

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1993/21
25 de junio de 1993

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
45º período de sesiones
Tema 10 a) del programa provisional

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS DETENIDOS
CUESTION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS SOMETIDAS
A CUALQUIER TIPO DE DETENCION O PRISION

La posible utilidad, el alcance y la estructura de un estudio especial
sobre el tema de la privatización de las cárceles

Reseña preparada por la Sra. Claire Palley de conformidad con
la decisión 1992/107 de la Subcomisión

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 6	4
I. NORMAS INTERNACIONALES EXISTENTES EN LA MATERIA . .	7 - 19	6
A. Normas internacionales de derechos humanos (instrumentos de derechos humanos mundiales) relativas al personal de administración penitenciaria	7 - 10	6
B. Normas regionales de derechos humanos relativas al personal de administración penitenciaria . .	11 - 14	8
C. Normas relativas al trabajo forzoso	15 - 19	10

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. CONCEPTO DE LA PRIVATIZACION DE LAS CARCELES, SU ALCANCE, ANTECEDENTES Y CRECIENTE APLICACION EN EL MUNDO	20 - 37	12
III. LA UTILIDAD DE UN ESTUDIO ESPECIAL	38 - 82	21
A. Examen de los argumentos a favor y en contra de la privatización de las cárceles	43 - 44	22
B. Análisis de otros argumentos políticos de principio contra la privatización de las cárceles y algunas consideraciones prudenciales	45 - 65	29
C. Examen de la base fundamental del poder y la responsabilidad del Estado en relación con la restricción de los derechos humanos, en particular con el poder de detener y encarcelar, y de los posibles límites jurídicos de la facultad para subdelegar las obligaciones, los poderes y las funciones del Estado	66 - 75	39
D. Determinación de las normas y salvaguardias cuya necesidad viene impuesta por la participación del sector privado en la administración de las cárceles y en el tratamiento de las personas detenidas o presas	76 - 82	43
IV. ALCANCE Y ESTRUCTURA DE UN POSIBLE ESTUDIO	83 - 87	47
A. Fuentes de información	84	47
B. Principios rectores propuestos	85 - 87	48

INDICE (continuación)

Página

Anexos

Normas internacionales existentes en la materia

I.	Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (aprobados por la Asamblea General en su resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988).	49
II.	Reglamento de Prisiones Europeo de 1987 - Versión europea revisada de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (extractos).	59

Nota: Véase también Derechos humanos - Recopilación de instrumentos internacionales, Naciones Unidas, Nueva York, 1988:

- i) Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (págs. 189 a 208);
- ii) Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (págs. 225 a 232);
- iii) Convenio (Nº 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de la Organización Internacional del Trabajo (págs. 166 a 177).

INTRODUCCION

1. La cuestión de la privatización de las cárceles se señaló por primera vez a la atención del Grupo de Trabajo de la Subcomisión sobre la Detención durante su período de sesiones de 1988, cuando fue planteada por el Sr. Alfonso Martínez 1/. El instructivo debate sostenido tras las observaciones introductorias de éste en el período de sesiones del Grupo de Trabajo de 1989 llevó al Grupo a recomendar que se pidiera al Sr. Alfonso Martínez la preparación de un documento que contuviera "propuestas sobre la mejor manera de abordar el estudio sobre la privatización de las prisiones" 2/. En virtud de esta recomendación, la Subcomisión pidió al Sr. Alfonso Martínez que preparara un informe con "propuestas sobre la mejor forma en que la Subcomisión pueda continuar el estudio de la cuestión de la privatización de las cárceles" 3/. Debido a otros importantes compromisos de trabajo con la Subcomisión, el Sr. Alfonso Martínez sólo pudo presentar su documento en el período de sesiones de 1991. Habiendo examinado ese documento de trabajo 4/, la Subcomisión, sin proceder a votación, decidió pedir a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que enviaran sus opiniones sobre el asunto al Secretario General; pedir al Secretario General que remitiera a la Subcomisión un documento de trabajo que incluyera una recopilación sistemática de esas opiniones y unos comentarios analíticos al respecto; y examinar el tema de la privatización de las cárceles en su 44º período de sesiones dentro del tema 10 a) de su programa provisional 5/.

2. En su 44º período de sesiones, celebrado en 1992, la Subcomisión tuvo en cuenta el documento de trabajo de 1991 del Sr. Alfonso Martínez y el documento de trabajo del Secretario General en que se comunicaban y se analizaban las opiniones sobre el tema de la privatización de las cárceles, presentado con arreglo a la petición de la Subcomisión 6/. Recordando sus decisiones 1989/110, de 1º de septiembre de 1989, y 1991/105, de 28 de agosto de 1991, y teniendo en cuenta los mencionados documentos de trabajo y el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención presentado en su 44º período de sesiones 7/, la Subcomisión decidió (decisión 1992/107, de 27 de agosto de 1992), sin proceder a votación:

- a) pedir a la Sra. Claire Palley que preparase "una reseña acerca de la posible utilidad, el alcance y la estructura de un estudio especial que se emprendería sobre el tema de la privatización de las cárceles";
- b) presentar esa reseña al Grupo de Trabajo sobre la Detención y a la Subcomisión en su 45º período de sesiones; y
- c) pedir al Secretario General que prestase a la Sra. Palley toda la ayuda que necesitara para completar su labor.

3. En cumplimiento de esta decisión, el Centro de Derechos Humanos envió nuevas solicitudes de información a los gobiernos que, según se sabía, últimamente habían privatizado determinados aspectos de la administración de las cárceles. De éstos enviaron respuestas el Gobierno de Francia y el

Gobierno de Australia, mientras que el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte suministró directamente a la Sra. Palley información sobre los servicios penitenciarios contratados y de escolta de los presos con empresas externas. También el Gobierno de España y el Gobierno de la República del Sudán enviaron respuestas a las primeras solicitudes de información del Secretario General.

4. La Ley Orgánica N° 1/1979 General Penitenciaria de España especifica las funciones de los establecimientos penitenciarios y limita la ejecución de las penas privativas de libertad a dichos establecimientos. Esta limitación no ha impedido contratar servicios de empresas privadas en determinados casos en la esferas del servicio de comidas y de la seguridad para el control de los sistemas electrónicos (sensores, circuitos de televisión cerrados) instalados al exterior de los establecimientos penitenciarios. El Gobierno de España no tenía previsto introducir modificaciones importantes en la ley vigente que previesen la privatización de las cárceles.

5. El Gobierno del Sudán consideraba que las cárceles no debían ser transferidas al sector privado por el principio de que sólo un órgano ejecutivo del Estado con atribuciones judiciales y libre de influencia externa debía encargarse de la ejecución de las sentencias judiciales. Se expresó preocupación por el efecto que podían tener unos márgenes de utilidad que fuesen contrarios al interés de los reclusos y de las medidas de rehabilitación. El Gobierno del Sudán también señaló la necesidad de que los empleados de las cárceles actuaran en un contexto de trabajo sistemático basado en la disciplina similar al que se espera de una fuerza paramilitar regular, pero con las complicaciones derivadas de la sindicalización. También estaba el riesgo de que bandas organizadas, particularmente de traficantes de drogas, abusaran de tales acuerdos. Sin embargo, el sector privado podía cumplir un papel utilizando el trabajo de los reclusos, siempre que la supervisión administrativa de las instituciones penitenciarias y la ejecución de las sentencias judiciales estuvieran en manos de un órgano ejecutivo (el Servicio de Prisiones) directamente supervisado por el poder judicial y la autoridad legislativa.

6. La presente reseña se ha preparado para presentarse al Grupo de Trabajo sobre la Detención y a la Subcomisión en su 45° período de sesiones de conformidad con la decisión 1992/107. Tiene por objeto plantear las cuestiones principales que será preciso analizar en todo estudio futuro y servir de base para el examen de la necesidad de semejante estudio.

I. NORMAS INTERNACIONALES EXISTENTES EN LA MATERIA

A. Normas internacionales de derechos humanos (instrumentos de derechos humanos mundiales) relativas al personal de administración penitenciaria

7. Cuando en los principales instrumentos universales y regionales se definen los derechos humanos o se trata de la privación de la libertad, el castigo y las restricciones lícitas de los derechos humanos, no se mencionan ni el sistema de administración penitenciaria ni la condición del personal penitenciario. Sin embargo, hay varios instrumentos subsidiarios que son pertinentes. La regla 46.3) de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos 8/ dispone expresamente que los miembros del personal de administración penitenciaria serán funcionarios penitenciarios profesionales y tendrán la condición de empleados públicos con seguridad en sus cargos.

8. El caso estadounidense Lareau c. Manson ofrece una descripción útil del efecto jurídico de las Reglas mínimas 9/ al explicar el efecto de las reglas en el derecho internacional y su pertinencia para los ordenamientos internos que contienen cláusulas sobre el respeto de las garantías procesales o prohíben expresamente las formas de castigo crueles o insólitas. El análisis también se puede aplicar a otros instrumentos subsidiarios mencionados a continuación, como el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. El juez Cabranes sostuvo:

"Esas reglas pueden ser importantes como expresión de las obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas ante la comunidad internacional, por ejemplo, en el caso Filartiga c. Pena-Irala, 630 F.2º 876, 883 (Segundo Distrito 1980), y como parte del cuerpo de derecho internacional (incluido el derecho internacional consuetudinario) relativo a los derechos humanos que se ha cimentado en la Carta de las Naciones Unidas... El Artículo 55 de la Carta dice que las Naciones Unidas promoverán el respeto a los derechos humanos; en el Artículo 56 los Estados Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente para la realización de los propósitos del Artículo 55; y el párrafo 2 del Artículo 62 de la Carta autoriza al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Al aprobar las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Consejo Económico y Social actuó en cumplimiento de ese mandato de establecer normas internacionales para promover la efectividad de los derechos humanos...

La adopción de las Reglas mínimas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y su posterior aprobación por el Consejo Económico y Social no las hace necesariamente aplicables aquí. Sin embargo, esas acciones constituyen una declaración internacional que sienta autoridad sobre las normas básicas de la dignidad humana y sobre ciertas prácticas que repugnan a la

conciencia de la humanidad. Las normas incorporadas en esa declaración son pertinentes a los cánones de la decencia y la equidad que expresan las nociones de justicia incorporadas en la cláusula del respeto de las garantías procesales... A este respecto, es significativo que los tribunales federales -incluidos el Tribunal Supremo y el Tribunal de Apelación del Segundo Distrito- hayan invocado las Reglas mínimas como orientación en determinados casos. Véase, por ejemplo, Estelle c. Gamble, 429, U.S., en las páginas 103 y 104 y N° 8... (donde se citan las Reglas mínimas como ejemplos de "normas contemporáneas de decencia" a los efectos de la Octava Enmienda)."

9. El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (véase el anexo I), en su principio 2, establece que:

"el arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin."

A los efectos del Conjunto de Principios se establece que:

- b) por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito;
- c) por "persona presa" se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.

El Conjunto de Principios contiene numerosas referencias a "autoridades" en relación con las personas detenidas o presas (principios 29 a 33). En otros principios (apartado c) del párr. 1 del principio 12, párr. 4 del principio 18, párr. 1 del principio 23 y principio 35) se hace referencia a los "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" y a daños causados por "un funcionario público". Por la estructura del Conjunto de Principios en general resulta implícito que el término "autoridades" en relación con la administración del lugar de detención se refiere a funcionarios del Estado 10/ (para facilitar su consulta, el Conjunto de Principios se adjunta a la presente reseña).

10. En el Comentario del artículo 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley 11/, se señala que la expresión "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" incluye a "todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención". En el preámbulo se subraya

- "a) que, al igual que todos los organismos del sistema de justicia penal, todo órgano de aplicación de la ley debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella;

...

- c) que todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley forma parte del sistema de justicia penal, cuyo objetivo consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia, y que la conducta de cada funcionario del sistema repercute en el sistema en su totalidad."

En el Código de conducta está implícito que las personas que ejercen funciones de policía y tienen facultades de detención son "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" y que no se prevé que ciudadanos particulares que actúen en cumplimiento de un contrato formen parte del sistema de justicia penal.

B. Normas regionales de derechos humanos relativas al personal de administración penitenciaria

11. Las Reglas mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de los reclusos (enmendadas en 1987), que establecen normas mínimas para la administración penitenciaria, disponen, en la regla 54, que:

- "54. 1) La administración penitenciaria procederá a una selección cuidadosa en la contratación o la designación a posteriores cargos de todos los miembros del personal. Se hará especial hincapié en su integridad, humanidad, capacidad profesional y aptitud personal para el trabajo.
- 2) Los miembros del personal normalmente trabajarán como funcionarios penitenciarios profesionales de carácter permanente y tendrán la condición de empleados públicos; la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de su eficiencia, de su buen estado de salud física y mental y de un nivel de instrucción suficiente. La remuneración del personal deberá ser adecuada para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Se determinarán las ventajas y de la carrera y las condiciones del servicio teniendo en cuenta el carácter penoso de sus funciones.
- 3) Cuando sea necesario emplear personal a tiempo parcial, deberán aplicarse estos criterios en la medida en que corresponda."

La disposición de que todo el personal debe "normalmente" tener la condición de empleado público deja claro que sólo en casos excepcionales podrán ser miembros del personal penitenciario empleados que no sean funcionarios públicos. Esta excepción permitiría el mantenimiento de prácticas de larga data, como la contratación de ciertos profesionales, por ejemplo médicos y capellanes, para prestar cierto tipo de servicios a la prisión. La excepción, tal como está formulada, no permite la concesión a empresas externas de la totalidad de la administración penitenciaria de determinadas cárceles. (Se anexan a la presente reseña el preámbulo y las reglas pertinentes relativas al personal.)

12. Las disposiciones relativas a los derechos humanos de los documentos de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) no son instrumentos jurídicamente vinculantes, pero constituyen compromisos políticos

que los Estados participantes han afirmado reiteradamente. Los compromisos han sido reforzados por la Declaración de la Cumbre de Helsinki de la Conferencia, de 20 de julio de 1992, que estableció un mecanismo intergubernamental estructurado e instituciones encargadas de supervisar los compromisos de los Estados participantes. Las medidas de ejecución consisten meramente en la persuasión política, porque este orden "paneuropeo y norteamericano" establecido por el Acta Final de Helsinki y las reuniones de continuidad de la Conferencia se rige por el principio del consenso. Sin embargo, los Estados participantes en la CSCE, en sus documentos, han asumido compromisos en general equivalentes a los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y otros instrumentos internacionales.

13. Para el tema de la privatiza de las cárceles resulta pertinente el párrafo 23 del Documento de Clausura de Viena, de 15 de enero de 1989, que establece:

"Los Estados participantes...

- 23.2. asegurarán que todo individuo detenido o preso sea tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente a toda persona humana;
- 23.3. observarán las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos así como el Código de conducta de las Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;
- 23.4. prohibirán el uso de la tortura y de otras prácticas o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y tomarán efectivas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole para prevenir y castigar tales prácticas;
- 23.5. considerarán su adhesión, si aún no lo han hecho, a la Convención contra la Tortura y Otros Trato o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes."

14. Los Estados participantes en el preámbulo del Documento de la Reunión de Copenhague de 29 de junio de 1990, reafirmaron "su compromiso de cumplir plenamente todas las disposiciones... [de los] demás Documentos de la CSCE relativos a la dimensión humana". Además, en el párrafo 1.16.4. del documento, los Estados participantes convinieron en que

"velarán por que la educación y la información relativas a la prohibición del uso de la tortura se incluyan plenamente en la capacitación del personal encargado de la aplicación de las leyes, personal civil o militar, personal médico, funcionarios públicos y otras personas que pudieran participar en la custodia, interrogatorio o trato de toda persona sujeta a cualquier forma de arresto, detención o prisión."

Examinada en este contexto, la referencia a "otras personas que pudieran participar...", además del personal encargado de hacer cumplir la ley y los funcionarios públicos, no va en contra del compromiso asumido en la Reunión de Continuidad de Viena de enero de 1989 de observar los dos conjuntos de normas de las Naciones Unidas. La formulación general del párrafo obviamente se concibió para abarcar casos no mencionados como, por ejemplo, el personal de limpieza, el personal del servicio de comidas, el personal de los hogares de niños o cualesquiera otras personas que pudieran "participar" en el tratamiento de los presos, en vez de especificar quién debía recibir esa capacitación en una larga lista que podría resultar incompleta.

C. Normas relativas al trabajo forzoso

15. El Convenio de la OIT (Nº 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio 12/ estipula en el párrafo 1 de su artículo 2 que:

"trabajo forzoso u obligatorio" designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente."

En el apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio se excluye de esta definición:

"Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado."

El artículo 4 del Convenio prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado. En virtud del artículo 5, ninguna concesión a particulares, compañías o personas jurídicas privadas deberá implicar la imposición de cualquier forma de ese trabajo cuyo objeto sea la producción o recolección de productos que utilicen dichos particulares, compañías o personas jurídicas privadas, o con los cuales comercien. Por último, con arreglo al artículo 6, los funcionarios del Estado, incluso cuando deban estimular a las poblaciones a su cargo a que se dediquen a una forma cualquiera de trabajo, no deberán ejercer presión sobre esas personas con el fin de hacerlas trabajar para particulares o personas jurídicas privadas.

16. Es preciso señalar que en los Estados que han ratificado el Convenio Nº 105 de la OIT, que prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio como castigo por tener o expresar opiniones políticas de oposición ideológica al orden político, social o económico establecido (lo que posiblemente incluye los delitos cometidos por motivos políticos), la imposición de dicho trabajo para particulares con más razón estaría prohibida.

17. Las disposiciones del Convenio N° 29 de la OIT van mucho más allá de las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según el apartado b) del párrafo 3 del artículo 8 del Pacto, no queda prohibida la imposición de trabajos forzados en los países en que con ella pueda castigarse un delito en cumplimiento de una pena impuesta por un tribunal competente. El inciso i) del apartado c) del párrafo 3 del artículo 8 excluye análogamente de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional.

18. El apartado a) del párrafo 3 del artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue el modelo del inciso i) del apartado c) del párrafo 3 del artículo 8 del Pacto. La Comisión Europea de Derechos Humanos considera que ese artículo del Convenio Europeo no impide al Estado establecer contratos con empresas privadas para el trabajo que se exija a los presos durante su reclusión y no indica que la obligación de trabajar de un preso deba limitarse al trabajo dentro de la cárcel o para el Estado 13/. En cambio, en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 se adopta la redacción del apartado c) del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio N° 29 de la OIT.

19. En el caso de los Estados partes en el Convenio N° 29 de la OIT o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que han incorporado uno de estos dos instrumentos en su derecho interno, prevalecerá la norma superior que prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio para particulares o dirigido por particulares, especialmente a la luz del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto Internacional, que prohíbe la restricción o la suspensión de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes o convenciones so pretexto de que el Pacto los reconoce en menor grado.

II. CONCEPTO DE LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CARCELES, SU ALCANCE,
ANTECEDENTES Y CRECIENTE APLICACION EN EL MUNDO

20. Por "privatización" se entiende la participación del sector privado en las funciones públicas o el suministro de servicios. Antes de definir la "privatización de las cárceles" es esencial, a fin de tener la debida perspectiva, entender el fenómeno de la privatización del sistema penal, que significa la participación del sector privado en la ejecución de la política y las funciones penales. El "continuo carcelario" del sistema penal, señalado por Foucault, abarca ya todos los ámbitos de la prisión y, debido al desarrollo de ideologías de lucha de la comunidad contra el delito y de privatización, se extiende por toda la comunidad 14/. Del lado "menos severo" de ese continuo, el sector privado participa extensamente en la aplicación de la política penal. Efectivamente, esa participación del sector privado, considerada fructífera, constituyó un factor importante para animar a la privatización en el ámbito "más severo" del sistema penal, es decir, en los establecimientos de detención o prisión de adultos del Canadá y los Estados Unidos de América, que fueron los primeros impulsores de las disposiciones recientes de privatización de las cárceles 15/. En este contexto, es importante observar que la participación del sector privado no tiene necesariamente motivos "de lucro". Organizaciones voluntarias y no gubernamentales en muchos Estados han comenzado o participado en establecimientos y programas para delincuentes juveniles, instituciones que no son de reclusión, como establecimientos de transición, servicios de libertad condicional y bajo palabra, y cursos y servicios de rehabilitación 16/.

21. A fin de dar un panorama general, hay que señalar que se cuenta o se ha contado con la participación del sector privado en una amplia gama de funciones, instalaciones y servicios penales. La participación respecto de las personas detenidas o presas y de las personas que esperan el juicio o están cumpliendo una pena comprende:

- a) la financiación del costo o la rehabilitación de cárceles y establecimientos de reclusión;
- b) la construcción de prisiones, ya con fondos públicos, en cuyo caso la propiedad quedará en manos del Estado, ya con fondos privados, en cuyo caso la cárcel será de propiedad privada, sujeta a arrendamiento u otros arreglos contractuales, o será vendida al Estado;
- c) el suministro de servicios profesionales, instalaciones y bienes a las cárceles y lugares de detención, por ejemplo, servicios médicos y psiquiátricos, educación y formación profesional de los reclusos y el personal, servicios de capellanía, servicios de comidas, mantenimiento de edificios, suministro de bienes, equipo material de seguridad y sistemas de información computadorizada;
- d) la fiscalización de los programas de trabajo e industrias carcelarios, o la participación en ellos, o arreglos contractuales para el trabajo de los reclusos;

- e) la administración y gestión de toda una cárcel o lugar de detención, que puede ser incluso una escuela correccional de menores, un centro de tratamiento comunitario o un centro para inmigrantes ilegales;
- f) la administración de establecimientos no carcelarios para antes del juicio o después del encarcelamiento, por ejemplo, albergues para personas en libertad bajo fianza y alojamientos de transición;
- g) castigos distintos de la prisión como, por ejemplo, libertad vigilada y prestación de servicios a la comunidad;
- h) combinaciones y variantes de estas funciones 17/.

22. Cada una de las modalidades de participación del sector privado plantea cuestiones de orden jurídico, práctico y normativo. Las formas de participación más controvertidas han consistido en la concesión por el Estado a entidades privadas de la función de vigilancia y administración de toda una institución y la contratación externa de la mano de obra de los reclusos. Estos no son fenómenos nuevos; suponen, pero ahora, sin abusos, una vuelta a las prácticas de los siglos XVIII y XIX y a métodos aún más antiguos de gestión de las cárceles y explotación del trabajo de los reclusos que se aplicaron desde el siglo XVI en Europa y hasta mediados del siglo XX en algunos Estados del sur de los Estados Unidos 18/. Los partidarios de estas actividades afirman que los recientes acuerdos contractuales especializados, que reeditan la participación del sector privado en la administración de las cárceles y en las industrias carcelarias, han sido provechosos para los reclusos. Analistas imparciales no han criticado la participación en las industrias carcelarias pero sí han insistido en la necesidad de establecer salvaguardias apropiadas; en cambio, ha habido opiniones divergentes sobre el traspaso de las funciones de gestión y vigilancia de las cárceles a entidades privadas, aun cuando esa transferencia de funciones ha estado sujeta a la vigilancia del Estado y a su facultad ejecutiva suprema de intervención. El argumento fundamental de oposición es que, si bien podría bastar con que se fijaran normas, junto con un escrutinio adecuado, para los grados menores de actuación en contacto con las personas sometidas al poder policial coercitivo de detención y encarcelamiento del Estado, el grado de delegación de la responsabilidad del Estado puede ser tan grande al contratarse la gestión de las cárceles que constituya una abdicación ilícita de las obligaciones del Estado. Se sostiene que, por sus consecuencias, la contratación de entidades privadas para que administren el castigo restringiendo la libertad de personas adultas 19/ no sólo plantea problemas de política penal sino también problemas jurídicos en cuanto a la función de los gobiernos y sus deberes para con la persona en gran parte de la esfera de los derechos humanos. Este tipo de argumento se desarrollará más adelante en los párrafos 64 a 75.

23. Se han formulado muchas definiciones de la "privatización de las cárceles". Algunas abarcan todos los fenómenos enumerados en el párrafo 21. Un experto australiano considera que "privatización de las cárceles" es, en cierta forma, un nombre equivocado.

"El concepto se refiere no a la propiedad y el control privados de una empresa, sino a la gestión por contrata, es decir, a la administración por el sector privado (o no gubernamental) de instituciones que siguen siendo responsabilidad del sector público." 20/

La lógica de esta crítica fue desarrollada por la Comisión de Servicios Correccionales de Queensland. Su Director General Adjunto explicó:

"En primer lugar, "privatización" no es la denominación apropiada para la participación del sector privado en los establecimientos correccionales en Queensland. Ello porque el Estado sigue siendo el propietario de la infraestructura física (por lo menos en el caso de los centros correccionales), los presos siguen siendo reclusos del "Estado" y pueden ser y de hecho son transferidos entre los establecimientos del sector privado y los administrados por el Estado durante el período de su condena y el Estado sigue financiando el funcionamiento de las instalaciones. De hecho, la diferencia entre las instalaciones del Estado y las administradas por el sector privado es que estas últimas son administradas por contrata en nombre de la Comisión de Servicios Correccionales de Queensland por una organización del sector privado que emplea a su propio personal. A todas luces, "administración por contrata" es el término más indicado en este contexto." 21/

El Gobierno del Reino Unido asume la misma posición:

"No estamos privatizando la administración de las cárceles. La adjudicación por contrata de las prisiones a menudo pasa equivocadamente por privatización. No es eso lo que ocurre. Sería inadmisibles que lo fuera. La responsabilidad última de todas las cárceles, administradas pública o privadamente, recae en el Secretario del Interior." 22/

El confinar el concepto de la "privatización de las cárceles" a los casos de propiedad privada de la empresa de una prisión y a aquellos en que el Estado deja de tener responsabilidad alguna invalidaría, en efecto, la participación importante del sector privado como posibilidad digna de estudio, ya que podría menoscabar el ejercicio de los derechos humanos.

24. En un memorándum del 17 de diciembre de 1992, el Gobierno de Francia explicó que la expresión "privatización de las cárceles" no era una descripción adecuada del caso de Francia. El programa que comenzó en 1988, en efecto, no constituía una renuncia a la autoridad del service public, sino que se podía concebir como un conjunto de contratos asociados con el servicio penitenciario público, correspondiente a una forma experimental de modernización de la administración penal. La modalidad francesa difiere radicalmente de la del Reino Unido y de Australia, puesto que la administración penal francesa se reserva "l'exercice de l'intégralité des fonctions régaliennes", conservando "les fonctions de direction, du greffe et de surveillance". Para que se puedan ejercer dichas funciones en los establecimientos penales, hay más funcionarios públicos que empleados del sector privado que se ocupan del funcionamiento material (físico) de los

establecimientos, en particular del mantenimiento del equipo, el transporte, el alojamiento, el servicio de comidas, la salud, el trabajo, la formación profesional y el apoyo logístico. Sin embargo, a los efectos de estudiar a fondo la participación del sector privado, es necesario incluir en el concepto de "privatización de las cárceles" el desempeño de esas funciones materiales, sobre todo en la medida en que supongan el transporte y la utilización de la mano de obra de los reclusos. En todo caso, el suministro de servicios, instalaciones y bienes no debe quedar al margen de una definición si se han de examinar las consecuencias de la actividad del sector privado para los derechos humanos. Dichos servicios pueden dar lugar a violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, los alimentos del servicio de comidas pueden ser de tal naturaleza que de hecho nieguen el derecho a profesar una religión; los mecanismos de seguridad pueden ser tan abarcadores que invadan la vida privada, y las actividades de formación en circunstancias extremas podrían violar el derecho a la libertad de pensamiento. Es especialmente necesario incluir en esa definición los servicios privados de escolta de reclusos porque a veces se sostiene que los guardias han sometido a los presos a tratos degradantes o han invadido su libertad residual.

25. Por último, el concepto no debe limitarse a la participación del sector privado dentro de las cárceles. Ello excluiría la posibilidad de considerar la administración por el sector privado de castigos que no suponen la reclusión, esfera que presentará muchos aspectos nuevos que afecten a los derechos humanos, sobre todo la injerencia en la vida privada por medio de la vigilancia. Estas distintas formas de castigo, sin embargo, tienen la ventaja de reducir las modalidades de privación de libertad consistentes en la reclusión. Se puede argumentar que la participación del sector privado en el suministro de servicios mediante la venta y supervisión de instrumentos de vigilancia o rastreo ofrece otra salida al afán de lucro de manera que resulta menos probable la presión del sector privado para mantener las cárceles llenas 23/.

26. En general, tiene que preocupar la posibilidad de que la participación del sector privado en cualquier etapa de la administración del castigo tenga consecuencias adversas para los derechos humanos, en particular debido a la aplicabilidad limitada de la doctrina de Drittwirkung. Por todos estos motivos, se sugiere que el concepto de "privatización de las cárceles", a los efectos de todo estudio, se defina ampliamente como:

"la participación del sector privado en el tratamiento, la custodia o el castigo de personas detenidas o presas y en la administración de cualquier forma de trato o castigo que sea distinta de la reclusión, impuesta en virtud de una orden o sentencia de una corte o tribunal establecido por la ley."

Esta propuesta de definición excluiría del ámbito del estudio la financiación y construcción de cárceles. Desde luego, la participación del sector privado en estas esferas tiene consecuencias importantes. En primer lugar, anima a la creación de un grupo de presión financiera interesado en promover la demanda de su producto, es decir, más prisiones, con el peligro de que influya en la política penal en detrimento de otras formas de castigo. En segundo lugar, la

utilización de tales métodos financieros a menudo -como en algunos Estados de los Estados Unidos de América- se sustrae a las medidas democráticas y legislativas normales, de control de los gastos públicos. Sin embargo, debido a que dichos fenómenos también se observan en todos los aspectos del suministro de servicios públicos y bienes y en los procesos políticos, y no atañen exclusivamente a los derechos humanos de las personas detenidas o presas, no se han incluido en la definición que delimita el estudio propuesto.

27. Es importante tener presente que no se debe desviar el análisis con consignas emotivas ni con el lenguaje de la comercialización. Los opositores dicen que: "las cárceles no son objeto de lucro" y señalan los nombres orwellianos de empresas como "Group 4 Total Security Ltd." o "Detention Corporation". Los simpatizantes se niegan a hablar de "privatización de las cárceles" y menos aún de "encarcelamiento administrado privadamente", para hablar más bien de "contratos de gestión de instalaciones", "contratación" o "suministro de servicios", "contratos de servicios carcelarios" e "industrias carcelarias". Pero estas descripciones hasta el eufemismo de las "residencias o albergues de rehabilitación", no deben impedir el examen de las cuestiones básicas 24/.

28. Como ya se ha indicado, la participación del sector privado en la administración de las cárceles y el empleo de la mano de obra de los reclusos tenían ya una larga historia en Europa y América antes de su resurgimiento contemporáneo 25/. Por lo tanto, es importante hacer hincapié en que el desarrollo del derecho y las normas internacionales en materia de derechos humanos era muy incipiente y en que, aun cuando algunos arreglos institucionales eran prácticas estatales tradicionales en otras épocas, esto no es en absoluto concluyente en cuanto al derecho internacional moderno en materia de derechos humanos. Ese cuerpo de derecho convencional y consuetudinario internacional y de principios generales, tal como ha evolucionado, tiene que ser determinante de la legalidad de las prácticas estatales cuestionadas 26/.

29. El resurgimiento de la participación del sector privado en la administración de las cárceles y las industrias carcelarias en los Estados Unidos de América se produjo medio siglo después de la virtual desaparición de dichas prácticas. Su caída en desuso se debió a la conciencia pública de los abusos y a la demanda de mejores normas, a la adopción de la rehabilitación como una meta importante del castigo y, en el caso de las industrias carcelarias, más bien a las objeciones de los sindicatos a la competencia del trabajo de los reclusos explotados. Varios factores, que entrañan argumentos económicos y creencias ideológicas, contribuyeron a la reanudación de la participación de las empresas privadas en las actividades de las cárceles. Se dio mucho crédito a las consideraciones prudenciales y se proclamaron las ventajas funcionales de la participación del sector privado. Aún no se demuestra la validez de los argumentos financieros debido al relativamente escaso tiempo que han funcionado las instalaciones privatizadas, a la dificultad de establecer comparaciones entre las cárceles nuevas, mejor concebidas, y las antiguas, a la diversidad de categorías de los reclusos (cuesta más mantener a los reclusos en establecimientos de alta seguridad), a la diversidad de regímenes carcelarios y a los costos ocultos de las

subvenciones del Estado y los gastos generales de administración. Los partidarios de la idea sostienen que la participación privada ha sido eficiente, económica y efectiva. Los opositores lo refutan.

30. Si los argumentos a favor finalmente son apoyados por pruebas irrefutables de éxito, es probable que, únicamente por motivos económicos y de funcionamiento, la privatización de las cárceles se difunda rápidamente. Ya en los Estados Unidos se pasó de la administración por el sector privado de establecimientos para menores a la de centros de detención de inmigrantes, a la de cárceles locales de seguridad mediana y a la de cárceles de alta seguridad para adultos en el transcurso del decenio de 1980. Con todo, no se debe exagerar el alcance de la gestión privada. Para fines de 1991, en 12 de los 50 Estados, había unos 60 establecimientos correccionales de seguridad para adultos administrados por el sector privado, en los que había alrededor de 20.000 reclusos locales, estatales y federales. Este es un pequeño porcentaje tanto de los establecimientos como de la población carcelarios: en 1990, había 771.243 reclusos en las cárceles de los Estados Unidos de América 27/. Estas cifras incluyen a los reclusos que se hallan en instalaciones (fundamentalmente para la detención de extranjeros e inmigrantes ilegales, así como algunos menores) que el Gobierno federal, por medio del Servicio de Inmigración y Naturalización, ha adjudicado por contrato. Pese a que la Comisión del Presidente sobre Privatización en 1988 recomendó un mayor grado de privatización de las cárceles, la tendencia ha sido a concentrarse en la construcción, la financiación y el suministro de bienes y servicios. Asimismo es una práctica de larga data del Gobierno federal y de muchos Estados establecer contratos con instalaciones penitenciarias públicas locales o de otras jurisdicciones para la custodia de los reclusos, servicio que se contrata por día. Las cárceles administradas por el sector público sirven así de proveedoras al prestar servicios institucionales a otras dependencias públicas por un pago contractual 28/.

31. En Australia, la primera prisión privada entró en funcionamiento en enero de 1990 en Queensland. En menos de tres años, la Comisión de Servicios Correccionales de Queensland

"pasó de una situación en que todas las instalaciones correccionales eran administradas y operadas por el personal de la Comisión a otra en que dos de sus 11 centros correccionales y 5 de sus 7 centros correccionales comunitarios eran administrados por contrata por grupos del sector privado o de la comunidad." 29/

El Estado australiano de Nueva Gales del Sur debía inaugurar una cárcel con capacidad para 600 reclusos en marzo de 1993 conforme a un acuerdo de construcción, propiedad y administración 30/. En julio de 1992, el Gobierno de Nueva Zelandia abrió a licitación dos contratos para construir y administrar cárceles, mientras que el Gobierno de Papua Nueva Guinea había adoptado medidas para subcontratar la construcción y dotación de personal, pero no la administración 31/.

32. El Reino Unido ha ampliado rápidamente su política de privatización de las cárceles. En julio de 1990, el Secretario de Estado del Interior anunció planes para la adjudicación por contrata de un centro de detención provisional a título experimental, así como de servicios de escolta de prisiones. En agosto de 1991, el artículo 84 de la Ley de justicia penal autorizó la adjudicación de contratos para los nuevos centros de detención provisional. El centro de detención provisional de Wolds se inauguró el 6 de abril de 1992 bajo contrato con el Group 4 Remand Services Ltd. Tres meses más tarde, en julio de 1992, se hizo uso de las facultades de enmienda de la ley para permitir la concesión de todos los establecimientos nuevos de detención y prisión. Luego, en febrero de 1993, la ley fue nuevamente modificada para permitir que el Secretario de Estado contratara los servicios de administración de todas las cárceles, tanto antiguas como modernas. Un contrato para la nueva cárcel de Blakenhurst, inaugurada en abril de 1993 y destinada a personas detenidas tanto como condenadas, fue otorgado a U.K. Detention Services Plc. 32/. En junio de 1993, se anunció que se contratarían los servicios de administración de establecimientos de menores y se invitó a licitar al sector privado. Cabe observar que el artículo 80 de la ley, desde el inicio, había permitido la concertación de acuerdos para el transporte y la custodia de reclusos a los efectos de asistir a los tribunales o de llevarlos a las comisarías y las cárceles y de unas a otras; con el Group 4 Remand Services Ltd. se concertaron acuerdos de ese tipo para los servicios de escolta en el primero de diez distritos (que a la postre han de abarcar a toda Inglaterra y Gales). Estos servicios privatizados de escolta entraron en funcionamiento el 5 de abril de 1993. Anteriormente, en 1989, el Centro de Detención del Servicio de Inmigración en Harmondsworth (que retenía a extranjeros que esperaban la determinación de sus casos), que desde 1970 había sido administrado por contratistas privados, también fue adjudicado por licitación al Group 4 Remand Services Ltd. 33/.

33. La expansión de la privatización carcelaria en el Canadá, para 1986, había sido considerable, en particular en el ramo de la detención de menores, los establecimientos de transición y la administración de sanciones que no suponen la reclusión 34/. Posteriormente, varias provincias introdujeron la vigilancia electrónica con la participación del sector privado, mientras que la provincia de Alberta para 1991 había puesto en funcionamiento centros de detención provisional administrados privadamente. En ese momento, no había cárceles privadas para personas condenadas.

34. En Francia, el programa de modernización o privatización de las cárceles resultó, entre 1988 y 1992, en la adjudicación por contrata al sector privado de 21 de 25 nuevos establecimientos, con lo cual se crearon 13.000 nuevas plazas. Como se explicó en el párrafo 24 más arriba, el contratista privado era responsable de su funcionamiento material, mientras que el service public pénitentiaire retenía las "fonctions de direction, du greffe et de surveillance".

35. Existen diferencias importantes entre los Estados en el grado de participación del sector privado en la administración de las cárceles:

- a) En algunos Estados de los Estados Unidos, las cárceles son totalmente administradas por el sector privado, comprendidas las funciones de custodia, vigilancia, disciplina y mantenimiento del orden, así como la facultad de establecer las normas de conducta en la prisión. A partir de 1987, ningún estatuto estatal vigente contemplaba una presencia constante, ni siquiera periódica, del Estado en las cárceles privatizadas y la inspección más frecuente era bienal.
- b) En Francia, las funciones citadas son privativas del service public 35/.
- c) En Inglaterra y Gales (hasta el momento no ha habido intentos de privatizar las cárceles en Escocia o Irlanda del Norte), pueden contratarse los servicios de custodia, vigilancia y mantenimiento del orden, a reserva de la facultad del Secretario de Estado en virtud del artículo 88 de la Ley de 1991, de reasumir el control de una cárcel bajo contrata mediante el nombramiento de un funcionario de la Corona como alcaide por un período determinado a fin de garantizar el control efectivo de una cárcel o cuando dicho nombramiento sea necesario para mantener la seguridad de una persona o evitar graves daños a la propiedad. Un funcionario de la Corona, el inspector residente, conserva las facultades disciplinarias. No obstante, el personal de la empresa contratada participa en la labor disciplinaria en la medida en que presenta cargos y pruebas. Sus pruebas también serán pertinentes cuando se determine si se han de imponer condiciones al otorgar la libertad bajo palabra a reclusos que cumplen penas de larga duración. Excepcionalmente, en casos de urgencia, en virtud del párrafo 3 del artículo 85 se puede aislar a los reclusos de otros presos o confinarlos provisionalmente en celdas especiales o se les pueden aplicar medidas especiales de control o coerción. El control y la vigilancia del Estado en la cárcel son mantenidos por la institución del inspector residente, que entraña la presencia de uno o dos funcionarios públicos en la cárcel -a diferencia de Francia, donde el número de funcionarios públicos supera al de los empleados de las empresas contratadas. Desde luego, con el servicio a tiempo completo de un funcionario público a cargo de la vigilancia, hay aquí una supervisión mayor que bajo el actual sistema estatal, en que las cárceles están a cargo de un director que las administra y rinde cuentas a un administrador de zona en el Ministerio del Interior. Asimismo, el Inspector Jefe de Prisiones efectúa inspecciones; actualmente, cada cárcel es inspeccionada más o menos una vez cada dos años. Se podría resumir la situación diciendo que la administración cotidiana del castigo recae en la empresa contratista, pero la imposición y asignación del castigo siguen siendo responsabilidad del Estado que mantiene una presencia física atenuada de la administración pública en la cárcel en la persona del inspector residente.

- d) En Queensland, Australia, el grado de control estatal es aún menor. Inicialmente, las cárceles privatizadas requerían la presencia de un supervisor residente, pero se adoptó el sistema de visitas de un auditor dos veces por semana cuando las operaciones dejaron de exigir una supervisión constante.
- e) En todos los Estados, está prevista la realización periódica o especial de comprobaciones de cuentas y de evaluaciones para determinar si se cumplen las altas normas especificadas en los contratos. Los contratos se someten a revisión periódica y pueden no ser renovados. Excepcionalmente, pueden ser suspendidos, pero la suspensión siempre entraña litigios jurídicos y dificultades prácticas concernientes a arreglos de reemplazo, y debe ser una decisión de último recurso.

36. Un aspecto saliente de la delegación de la administración en el sector privado es que ello no ha ocurrido en Estados que tengan una legislación desarrollada de administración pública, respaldada por un cuerpo de droit administratif y donde la supervisión de los órganos administrativos esté a cargo de tribunales administrativos especiales. En los Estados con estas características, el concepto del derecho público y las opiniones definitivas sobre las prerrogativas y el dominio del Estado son tan fuertes que se plantean dificultades jurídicas (como en Francia) al tratar de trasladar la administración de funciones esenciales del Estado al sector privado. En cambio, la administración penitenciaria a cargo del sector privado no ha planteado dificultades conceptuales en los Estados del common law 36/.

37. La expansión de la participación del sector privado en las cárceles y la administración del castigo ha sido fomentada por el reconocimiento empresarial de que los servicios correccionales representan un enorme mercado. Unicamente en los Estados Unidos, el total de los gastos de capital y de funcionamiento correspondientes al año 1990 de los sistemas correccionales de condados, estatales y federales, se estimó en más de 25.000 millones de dólares 37/. Los vínculos de carácter técnico y financiero entre los consorcios que participan en esta esfera en Norteamérica, Australia, el Reino Unido y Europa demuestran la conciencia empresarial de las perspectivas en todo el mundo. Tales empresas están estrechamente vinculadas con la industria de la seguridad y, por ende, con las industrias militares, lo que resulta en un complejo comercial-penitenciario internacional. Por estos motivos, algunos sociólogos han expresado preocupación y manifestado la necesidad de estudiar la influencia de esas empresas en el sistema de justicia penal, la repercusión del afán de lucro en la política penitenciaria y las poblaciones carcelarias, y la diversificación de la actividad empresarial hacia nuevas esferas de la justicia penal, en particular el suministro de la tecnología de vigilancia 38/.

III. LA UTILIDAD DE UN ESTUDIO ESPECIAL

38. Resulta evidente que la privatización de las cárceles es un fenómeno que va en aumento y que es esencial comprender las razones de esta tendencia para poder decidir con fundamento si se la acepta o se la rechaza, total o parcialmente. Con ese fin se expondrán los argumentos de sus partidarios y de sus detractores.

39. La razón principal que llevó a realizar un estudio de este tipo es que el castigo, y en particular la reclusión, significa que toda la conducta de vida del individuo afectado está reglamentada de una manera que, si no estuviera autorizada, violaría los derechos humanos prácticamente en todos sus aspectos 39/. Deben plantearse consideraciones adicionales de legalidad y de principio cuando la supervisión de personas detenidas o reclusas está a cargo ya no de funcionarios públicos sino de empleados de empresas privadas que, por contrato, asumen la responsabilidad de reglamentar la vida cotidiana de los reclusos. Las funciones y motivaciones de estos empleados no son idénticas a las de los funcionarios públicos: pueden actuar en parte por razones altruistas y, al igual que los funcionarios públicos, para obtener una retribución; pero al mismo tiempo trabajan con fines de lucro ya que, de lo contrario, rápidamente cesarían de ofrecer sus servicios.

40. Se plantean también cuestiones teóricas más vastas, de gran importancia. Deben investigarse aspectos como los fundamentos del poder de coerción del Estado (e incluso, la facultad para imponer limitaciones a los derechos humanos); y las restricciones a que pueda estar sujeta la actuación del Estado en el ejercicio de los poderes que le ha conferido el pueblo. Se plantea también el interrogante de si los Estados son responsables en el derecho internacional cuando sobrepasan esas eventuales restricciones.

41. Si la "privatización de las cárceles" es admisible, ya sea en parte o en el mayor grado posible, debe examinarse la necesidad de establecer salvaguardias adicionales, en forma de directrices y normas, para regir el funcionamiento de las cárceles privatizadas.

42. Por último, hay que señalar que si el Estado puede legalmente privatizar las prisiones, a reserva de que se establezcan las debidas salvaguardias, quedará sentado un principio significativo que servirá de precedente y justificación para la privatización en otras esferas afines en las que el Estado tiene el deber de mantener el orden, administrar justicia y hacer cumplir la ley, y en relación con las cuales puede limitar determinados derechos humanos. Entre las posibles esferas de privatización futuras figuran las tareas que incumben a la policía, que se justificarían como una ampliación del principio de las fuerzas policiales especiales para las industrias nacionalizadas o empresas de servicios públicos importantes (policía de ferrocarriles, aeropuertos y puertos, etc.). El desarrollo del concepto de una policía que suministra un "servicio" a "clientes" (el público) fue ya debatido por los ministros de gobierno en algunos Estados, paralelamente al tema de la privatización de las cárceles, y se plantea ya la necesidad de examinar y comparar el rendimiento de las diversas fuerzas locales existentes 40/. Si no se pone ningún límite a los poderes de delegación del

Estado, las empresas de seguridad podrían presentar sus propuestas para hacerse cargo de fuerzas policiales. La misma argumentación se aplica a la ampliación de los derechos de enjuiciamiento de delitos. La última salvaguardia para proteger los derechos de las personas contra delitos de terceros, cuando el Estado no lo hace, es el derecho a entablar un juicio privado, que de todas maneras el Estado puede detener mediante un nolle prosequi público. Ese precedente podría invocarse como justificación de la ampliación, lo que sucede ya en el caso de empresas que entablan acción judicial por delitos contra los derechos de autor y de otro tipo, como deudas, etc. 41/. Si se multiplican los procesos privados deberán enunciarse reglas que separen las funciones de instrucción, acusación y diversos aspectos de la sentencia. En relación con la privatización de los procesos civiles, no deberían oponerse objeciones a la Resolución de Deuda Alternativa, dado que se trata de un acto voluntario, puede considerarse una ampliación del arbitraje y no establece legislación y normas para la sociedad en su conjunto, ya que las decisiones no sientan precedentes. Sin embargo, si la jurisdicción de los tribunales privados fuera obligatoria y las personas estuvieran supeditadas a ellos -una política que se ha propugnado- 42/, esta privatización de la justicia civil sería análoga a la privatización de las cárceles. Una vez que desaparezcan los límites a la naturaleza de las funciones que pueden privatizarse, no es inconcebible que la seguridad nacional pueda privatizarse parcialmente, primero en los sectores tecnológicos de las comunicaciones (lo que infringiría los derechos a la vida privada) y, ulteriormente, con la posibilidad de que una guardia privada de seguridad reprima importantes perturbaciones del orden público. No obstante, es probablemente inconcebible que los gobiernos deseen delegar funciones por contrato en cuerpos armados de soldados mercenarios, si bien esta práctica fue ya adoptada en algunas situaciones revolucionarias. Pero es factible que, en el futuro, si se privatizan las funciones de la dirección general impositiva, en particular la informatización de los expedientes impositivos, la información que antes se guardaba celosamente ya que se estimaba que sólo el Estado podía examinarla por vía de sus funcionarios -e incluso en su caso sólo los inspectores tributarios y no otros funcionarios públicos interesados- se entregue a empresas privadas que se encargarán de su tratamiento, con la consiguiente posibilidad de que haya invasión de la vida privada e injerencia en la correspondencia. El mismo riesgo se plantea en el caso de que los registros de seguridad social o de atención infantil estén a cargo de empresas de informática.

A. Examen de los argumentos a favor y en contra de la privatización de las cárceles

43. Los siguientes argumentos, muchos de los cuales se superponen, se fundamentan en principios morales a los que suelen suscribir tanto los partidarios como los opositores de la privatización de las cárceles, quienes difieren en la aplicación de los principios y en las evaluaciones prácticas realizadas. Se observa a veces una diferencia ideológica, a saber, la convicción de que en principio conviene disminuir tanto el alcance como el tamaño de la administración pública. Al examinar estos argumentos debe recordarse que el objetivo de enumerarlos es comprender las razones por las que se difunde la privatización de las cárceles y alertar sobre los diversos

factores que podrían afectar negativamente los derechos humanos de los reclusos. La finalidad no es evaluar la manera más eficaz de administrar las prisiones ni decidir qué modalidad permite obtener niveles más elevados de bienestar general de la población carcelaria. Esta cuestión demanda extrema prudencia, para no atentar contra el disfrute de los derechos humanos.

44. Los argumentos a favor y en contra son los siguientes:

- a) La participación del sector privado es necesaria para hacer efectiva la reforma. Las prisiones estatales se han convertido en "pesadillas humanitarias" 43/, con exceso de población carcelaria, falta de higiene, ventilación y calefacción, ruido insoportable, violencia entre los reclusos, carencia de programas de rehabilitación, abusos de los guardias, duras medidas disciplinarias, contacto limitado con otros reclusos y períodos excesivamente prolongados de encierro en las celdas. Periódicamente se producen motines en las prisiones. En los Estados Unidos de América, las decisiones judiciales en el sentido de reducir rápidamente el hacinamiento en las cárceles, unidas a la resistencia del contribuyente a pagar más impuesto para financiar el mejoramiento de las prisiones impulsaron a los reformadores a propugnar la reforma legislativa, la supervisión a cargo de los tribunales y, finalmente, la alternativa de la participación del sector privado. Motivos bastante similares impulsaron la reforma por vía de la privatización en Francia, Australia y el Reino Unido.
- b) La participación del sector privado suprimirá obstáculos a la reforma derivados del poder de los sindicatos. Los intentos de reforma fueron resistidos por algunos profesionales, que se oponían al cambio 44/. Cuanto más horas pasaran los reclusos fuera de sus celdas más oficiales deberían estar de guardia. Existía una subcultura de tácita suposición de que la prisión debía organizarse según la conveniencia del personal carcelario y en la que predominaban las prácticas restrictivas. Muchos funcionarios eran inflexiblemente cínicos con respecto a la posibilidad de rehabilitación de los reclusos. Por consiguiente, los gobiernos empezaron a preocuparse por el grado de influencia que tenían los sindicatos del personal penitenciario sobre las condiciones de funcionamiento de las cárceles. Era éste un fenómeno común a los Estados Unidos de América, Australia y el Reino Unido 45/. Los gobiernos consideraron que la privatización era una vía para aplicar rápidamente las reformas y crear condiciones más satisfactorias no sólo construyendo y rehabilitando prisiones sino también introduciendo cierta flexibilidad y poniendo fin a los atrasos burocráticos y las obstrucciones provocadas por actitudes rígidas. Los opositores a esta privatización consideraron esas tentativas como una manera de "dar una paliza a los sindicatos", de explotar a los trabajadores actuando en Estados de los Estados Unidos de América en los que el poder sindical era débil y de menoscabar las

condiciones de servicio de los funcionarios públicos (funcionarios de las prisiones) sustituyéndolos por mano de obra suplente peor remunerada, con horarios de trabajo más largos y menos prestaciones sociales y de jubilación 46/.

- c) La introducción de normas para mejorar el funcionamiento de las prisiones se vería favorecida por el establecimiento de contratos de administración detallados que obligaran a los gobiernos (y a sus autoridades penitenciarias) a reflexionar y aclarar sus objetivos. Estos métodos de gestión han servido de catalizador al obligar a los gobiernos a examinar qué "resultados" deseaban obtener, en vez de limitarse a responder pasivamente a los problemas de hacerse cargo de los reclusos que les enviaban los tribunales y las fuerzas policiales o a hacer frente a alguna catástrofe en las cárceles. Las especificaciones para las cárceles privatizadas exceden con creces cualquier requisito aplicable anteriormente en las prisiones del Reino Unido y de Australia 47/. En el Reino Unido, la preparación de estas especificaciones estimuló la elaboración de normas aún más detalladas, que a partir del mes de abril de 1994 que deberán aplicar todas las prisiones del sector público. La respuesta de los opositores a este argumento relativo a los beneficios, es que se limita a mostrar que son los gobiernos y no el mercado los que pueden y deben definir las normas, y que además, pueden hacerlo sin complicar la situación con una riesgosa participación del sector privado, que impondría a su vez la necesidad de supervisar su desempeño y el debido respeto de los derechos de los reclusos. La observación de los opositores sobre la manera de neutralizar las obstrucciones sindicales sería del mismo tenor, a saber, que el verdadero problema es el deber que tiene el gobierno de remediar las deficiencias de sus empleados -y su falta de acción en ese sentido- y no la privatización. En ambos casos, la respuesta podría ser que la privatización constituye una opción reformista más viable que la de enfrentarse a los sindicatos y procurar aumentar considerablemente el presupuesto general de las prisiones. Los opositores en el Reino Unido observan entonces que las cárceles privatizadas del país funcionan con normas considerablemente más elevadas y, por ende, con un costo mucho mayor, cuyo importe no se revela ni siquiera al Parlamento, esgrimiéndose la "confidencialidad comercial". Los opositores piensan que el objetivo es tener un sistema penitenciario de dos niveles y es obvio que en el sector público prevalecen normas considerablemente más bajas lo que, a su vez, da nuevos argumentos a los detractores del sector público 48/.
- d) La manera más eficaz de dar trabajo a los reclusos es contar con la participación del sector privado. La necesidad de que aquéllos realicen un trabajo útil se fundamenta en la creencia de que el trabajo es una manifestación de dignidad humana y de autoestima. Se piensa también que contribuye a la rehabilitación. Además, en una síntesis de pensamiento económico y ético se aduce que si los reclusos no trabajan carecen de los medios financieros para mantenerse a sí mismos o a sus familias -aumentando la carga para el

contribuyente- y a su vez el hecho de que no lo logren repercute sobre la dignidad de los reclusos. En resumen, se considera que la lucha contra el efecto desmoralizador del ocio sobre los reclusos, la acción rehabilitadora de toda actividad y el trabajo de preparación para la puesta en libertad, así como la generación de ingresos para el Estado, forman un todo 49/. Estas razones llevaron al establecimiento de más industrias públicas y al trabajo para empresas privadas dentro o fuera de los confines de las instituciones penitenciarias 50/. Si la alternativa es la inactividad de los reclusos, se considera que es una obligación moral aceptar la participación privada. Únicamente los sindicatos de trabajadores que temen la explotación de una mano de obra barata se han opuesto a dicha participación. Los reformadores penales procuran garantizar que no se produzca una explotación injusta y, por consiguiente, propugnan la imposición de normas aplicables en materia de higiene, seguridad y remuneración del trabajo tanto para el sector público como para el privado. Además, si bien no ha sido universalmente ratificado el Convenio N° 29 de la OIT, que estipula que el trabajo de reclusos para personas privadas debe ser voluntario, algunos Estados en los Estados Unidos de América poseen normas jurídicas similares. La relativamente escasa experiencia que se tenía hasta 1985 indicaba que los reclusos obtenían una mejor remuneración del sector privado y que estaban dispuestos a trabajar 51/.

- e) La justificación ideológica de la privatización de las cárceles es que debería reducirse tanto el volumen como el alcance de la actividad gubernamental y que correspondería descentralizar las operaciones. En particular, se estima que la administración pública se ha convertido en una rígida burocracia tradicionalista, con las inevitables deficiencias administrativas resultantes y el envío a las prisiones de una retahíla de circulares inaplicables. En los últimos años, el Gobierno británico ha formulado y aplicado la política de que los servicios públicos deben rendir cuentas a la ciudadanía y mejorar la calidad de sus servicios. Refiriéndose al hecho de que el Gobierno haya proseguido "a una escala heroica" con la reforma de los servicios públicos, el Secretario de Estado de Interior explicaba lo siguiente:

"Debemos mantener la dinámica del cambio. Hemos hecho frente ya a gigantes que eran arrogantes por partida doble; primero decidían cuáles eran las necesidades del pueblo y después cómo habrían de atenderse." 52/

La opinión contraria, a la que el Secretario de Estado negó toda "justificación ideológica", es que la custodia y el cuidado de los reclusos debe ser monopolio del sector público 53/.

- f) Se propugna un sistema penitenciario de economía mixta integrado por proveedores públicos y privados, por considerarse más eficaz debido al efecto saludable de la competencia. El Secretario de Estado británico lo explicó de manera elocuente:

"El estímulo de la competencia mejorará las condiciones de todo el sistema penitenciario. Un mayor número de proveedores significará mayor innovación, mejor rendimiento de las inversiones y bases más amplias para una comparación bien fundamentada entre lo mejor y lo peor del sistema. En resumen, será más conveniente para los reclusos y para el público en general. Al igual que en los demás sectores, en el servicio penitenciario debe haber una búsqueda constante y rigurosa para mejorar tanto la calidad del servicio como su rentabilidad. Y es justamente eso lo que estimulará la competencia. Las prisiones no son una actividad humana excepcional que deba seguir al abrigo de los beneficios de la competencia en un monopolio centralmente controlado. Las deficiencias del Servicio Penitenciario Británico son un ejemplo perfecto de las fallas de un monopolio centralizado en cualquier sector." 54/

En un sistema mixto, el sector público también licita para obtener la gestión de un establecimiento penitenciario, ya sea nuevo o rehabilitado, en un proceso denominado "sondeo del mercado", y se acepta la propuesta de uno u otro sector que sea más rentable en relación con los productos especificados. El "sondeo del mercado" puede haber sido concebido como una forma de "dinamizar" el sector público pero una vez que las empresas privadas se incorporen a esta actividad de prestar servicios a las prisiones, estarán ansiosas por competir en este mercado. Consciente de ello, el Gobierno británico prevé asignar "un papel más protagónico al sector privado en la administración de las cárceles, con objeto de estimular la competencia y las nuevas ideas" 55/.

Otra presunta ventaja de utilizar servicios del sector privado que tengan la debida capacidad sería la reorganización racional de unos servicios que tienden a superponerse, en particular los de escolta privada, para permitir que el personal policial y penitenciario capacitado se dedique a sus deberes profesionales 56/. Con respecto a las capacidades, los opositores argumentan que los niveles de formación del sector privado son inferiores a los del sector público, a pesar de la salvaguardia de que cada oficial de custodia de prisiones del sector privado debe poseer un certificado del Secretario de Estado que especifique que no sólo se trata de una persona en buena salud física y mental, sino también que ha recibido la capacitación apropiada. No obstante, por lo menos un director de un establecimiento penitenciario del servicio público aprobó los métodos de formación del sector privado tras examinar los procedimientos y las normas en "la mejor cárcel que he visto en mi vida" 57/. En cambio, un estudio de la misma prisión después de un año de funcionamiento criticó la actitud del Gobierno, que se negó a revelar información básica sobre el personal, y observó que había una crisis en la dotación de personal 58/.

Los sindicatos del sector público que se oponen a la privatización señalan también el grave problema del bajo nivel de la industria de la seguridad privada, que forma parte de los consorcios, que administran las cárceles 59/.

- g) Se ha esgrimido el argumento del costo como respuesta a los problemas fiscales en los Estados Unidos de América, donde no se obtuvo la adhesión del público para recaudar impuestos destinados a construir nuevas prisiones. Se aduce también que las prisiones del sector privado son más baratas (es decir, más rentables) y permiten reorientar los fondos hacia programas de rehabilitación y la instauración de condiciones mejores. Esto se debe a que las empresas de construcción privadas pueden edificar cárceles mejor diseñadas, más rápidamente y por un costo inferior; además, pueden limitar eficazmente los gastos de funcionamiento empleando a menos personas, que no pertenecerán a sindicatos que tengan prácticas restrictivas e impongan condiciones de servicio innecesariamente generosas. Algunas de las cifras procedentes de Australia muestran ahorros fiscales considerables 60/. En los Estados Unidos había a la vez optimismo frente a la posibilidad de un ahorro del 25% en gastos de funcionamiento y pesimismo frente a la posibilidad de que, en negocios tan a largo plazo como son las cárceles, el balance no fuera rentable 61/. Los opositores cuestionan los resultados obtenidos en los Estados Unidos y destacan los fracasos tanto en el plano de la viabilidad financiera como de los niveles de rendimiento 62/.

Un autor estadounidense resume adecuadamente la opinión actual sobre la relación costo-beneficio:

"En la práctica, el paso a las prisiones privadas demostró ser menos oneroso para algunos y más para otros. Los ejemplos de ahorro y de exceso de gastos tanto en las cárceles públicas como en las privadas dejan bien a las claras que el desempeño de las primeras no fue siempre deficiente y el de las prisiones bajo gestión privada no fue invariablemente satisfactorio. En el mejor de los casos, el público debería recibir con escepticismo la afirmación de que las prisiones privadas ahorrarán dinero al contribuyente. Los datos disponibles no dan ningún motivo para suponer que las cárceles privadas funcionarán en absoluto con más eficiencia o a un costo menor para el contribuyente que las prisiones públicas." 63/

En el Reino Unido es difícil establecer comparaciones pero, hasta el momento, el sector público parece ser más barato que el privado, con las normas superiores que se estipulan para éste 64/. Un riesgo a más largo plazo es que, aunque inicialmente el mercado sea competitivo, puede desarrollarse una industria protegida en la que desaparezca la competencia y con ella la rentabilidad 65/. Incluso más grave es el peligro de que, si el Estado no puede volver al mercado competitivo para llamar nuevamente a licitación, no puedan hacerse efectivas las sanciones por abuso de autoridad o negligencia,

incluso para poner fin a abusos comprobados. El Estado se verá limitado y se mostrará reacio a sancionar a la empresa con severidad suficiente para obligarla a retirarse de la actividad al finalizar el contrato o durante el mismo, ya que será una pesadilla logística cambiar de administración cuando no se dispone de empresas competidoras y el Estado ha desactivado parcialmente su propio servicio penitenciario 66/.

- h) La participación del sector privado en las cárceles constituirá una oportunidad de crear riquezas. En 1985, un estudio oficial de los Estados Unidos de América señalaba lo siguiente:

"El arrendamiento directo ofrece a los inversores una valorización de su capital y pérdidas no monetarias con las que pueden compensar los ingresos en efectivo con fines impositivos, en particular la depreciación y los créditos impositivos de inversión. Los planes de arrendamiento con opción de compra permiten a los inversores deducir de su carga impositiva el componente de interés asociado a los pagos periódicos de arrendamiento. Tanto el arrendamiento como y el arrendamiento con opción de compra ofrecen al inversor una corriente de efectivo estable y la posibilidad de una rápida recuperación del capital invertido." 67/

Los opositores consideran que la ganancia es un factor que desvirtúa el tratamiento del delincuente y, si bien aceptan que los empleados del sector privado pueden ser tan altruistas como los del sector público, rechazan la idea de que una empresa no benéfica puede perseverar en la administración de cárceles sin fines de lucro, sobre todo a largo plazo. Los críticos señalan que hay un conflicto de intereses intrínseco entre la administración de prisiones con fines de lucro y el mejoramiento de las condiciones de los reclusos. Afirman que la necesidad de seguir percibiendo utilidades llevará a las empresas penitenciarias privadas a disminuir su personal y sus programas, ya que el personal abarca la mayor parte (más del 60%) de los presupuestos de las cárceles 68/. En resumen, consideran que en las prisiones privatizadas las condiciones se deteriorarán a largo plazo debido a la importancia que se atribuye al factor costos, mientras que el Estado, una vez aprobada la asignación presupuestaria, gasta el dinero de la manera indicada 69/. El verdadero problema es saber si en última instancia se violarán los derechos humanos de los reclusos instaurando condiciones en las cárceles que disminuyan su libertad residual, provoquen una degradación del trato o los priven de medidas de rehabilitación por haberse tomado decisiones con afán de lucro. La solución podría radicar en que el Estado ejerza una vigilancia adecuada e introduzca salvaguardias para evitar situaciones de este tipo, posibilidad que se analizará a continuación.

B. Análisis de otros argumentos políticos de principio
contra la privatización de las cárceles y algunas
consideraciones prudenciales

45. Fuera de los argumentos políticos encontrados de los partidarios de la privatización de las cárceles, los opositores de ésta esgrimen cinco argumentos de principio contra la gestión privada de las prisiones, que se refieren no sólo a los casos de transferencia de la administración de la prisión en todos sus aspectos a un contratista privado sino también a los casos en que, si bien el Estado sigue ejerciendo la función de supervisión, las funciones de custodia y administración del castigo están a cargo del contratista. Estos cinco argumentos son:

- a) Las facultades y funciones disciplinarias deberían ser ejercidas exclusivamente por el Estado, ya que la disciplina en los establecimientos de reclusión puede tener por efecto disminuir la libertad residual o prolongar el confinamiento de los reclusos y es una facultad cuasijudicial que, como cuestión de procedimiento y por su naturaleza, compete únicamente al Estado;
- b) El Estado debería ser el único facultado para ejercer coerción sobre los reclusos;
- c) La responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos (que pueden ser frecuentes durante los períodos de reclusión) debe recaer en el Estado, mientras que la interposición de terceros -como los contratistas privados y sus empleados- sujetos a las disposiciones de responsabilidad por actos delictivos en la jurisdicción interna llevará en la práctica demasiado a menudo a la denegación de recursos efectivos;
- d) El Estado debe conservar su responsabilidad y mantener la transparencia del sistema de justicia penal, garantizando el acceso del público a la información. El pueblo, como soberano, debe percibir que el sistema funciona adecuadamente y que recibe la información necesaria para gobernar de manera responsable; en cambio, si se interpone el sector privado, las operaciones se verán obstaculizadas por la norma del secreto comercial y sólo los funcionarios públicos podrán ejercer una vigilancia, si bien la experiencia en muchos ámbitos gubernamentales ha demostrado que los círculos oficiales son incapaces de desempeñar adecuadamente esta función;
- e) En principio, sólo el Estado debería estar facultado para administrar justicia y ejecutarla por coerción, ya que la legitimidad de estos poderes que son inherentes a los gobiernos y confiados al Estado por el pueblo depende de su ejercicio exclusivo por aquél.

Si bien es posible atender, en cierta medida, a estos argumentos de principio con disposiciones de salvaguardia (enumeradas en la sección D, más abajo) constituyen de todas formas razones adicionales pertinentes por las que un

sistema de concesión por contrato de la administración de prisiones podría equivaler a una delegación ilegítima del poder del Estado (esto se examina en la sección C, más abajo).

46. Los opositores presentan también dos argumentos prudenciales que repiten en parte los alegatos expuestos en la sección A, más arriba. El primero de éstos es que la administración cotidiana de la pena de confinamiento ofrece más posibilidades de atentar contra los derechos humanos. Aun cuando la política no prohíba al Estado delegar esta tarea en personas privadas, sería poco prudente y atinado conferirles a éstas, entre otras, las siguientes facultades: prolongar la reclusión por medio de informes o incluso la imposición de medidas disciplinarias a los reclusos; clasificar a los reclusos, influyendo de esta forma sobre su posibilidad de obtener una remisión de la pena; determinar los períodos que deben pasar los reclusos en sus celdas y denegarles el contacto con los demás; censurar la correspondencia y el material de que disponen los reclusos en sus celdas; restringir el derecho a profesar una religión a prácticas esenciales y obligatorias; invadir la vida privada de los reclusos al tener acceso a sus antecedentes penales, y obligarles a trabajar para un contratista. Tampoco es aconsejable confiar a personas privadas la tarea de velar por la seguridad de los reclusos contra la violencia de sus pares, especialmente cuando se trata de personalidades perturbadas acusadas o culpables de delitos sexuales contra menores o de reclusos considerados débiles o jóvenes por los demás, que suelen ser víctimas de violaciones homosexuales 70/. Además, puede argumentarse que la administración del castigo a los reclusos a cargo de empresas privadas, a través de sus empleados, constituye en sí misma un castigo degradante. No es señal de respeto por la dignidad del ser humano el hecho de que el responsable de la prisión sea, por ejemplo, "Incarceration, Inc." o la "Mickey Mouse Prison Company Ltd." (en particular, teniendo presentes las asociaciones de algunas empresas de construcción y de seguridad). Las personas condenadas a prisión deben saber que han de estar encarceladas a cargo del Estado a cuya jurisdicción se hayan o se las haya sometido.

47. El segundo argumento sobre la imprudencia de permitir la participación del sector privado se basa en el nivel de formación del personal, que influye sobre sus capacidades y actitudes. También, en las condiciones de servicio, que se traducen en horarios de trabajo excesivamente prolongados que, a su vez, provocan agotamiento y actitudes negativas que repercuten sobre los reclusos. Es probable que una insuficiencia particularmente grave guarde relación con las obligaciones del sector privado con respecto a la discriminación racial y unas políticas de contratación de personal que impidan ese tipo de discriminación 71/. Dado que las especificaciones contractuales son decididas por las partes, salvo que haya una disposición que obligue expresamente al contratista a observar las directrices y circulares actualizadas del Estado sobre el servicio penitenciario, estas últimas no son vinculantes ya que modificarían el contrato. Por consiguiente, la falta de flexibilidad contractual impide que se apliquen las reformas más recientes, salvo si se incorporan a una revisión ulterior del contrato 72/.

48. Un autor estadounidense describe con precisión las cuestiones planteadas en el primer argumento de principio general sobre lo desacertado de la participación del sector privado en asuntos disciplinarios, con arreglo a las disposiciones del derecho nacional de los Estados Unidos de América:

"También está arraigada en el poder policial del Estado la autoridad para clasificar a los reclusos, determinar qué tipos de conducta son punibles dentro del establecimiento y disponer procedimientos disciplinarios que llevan a veces a la imposición de sanciones. Todas estas funciones influyen sobre la duración de la reclusión. En la mayoría de las jurisdicciones, la clasificación determina cuánto tiempo de "buena conducta" debe acumular un recluso. Cualquier medida disciplinaria que se tome contra él figura en sus antecedentes y puede influir sobre sus posibilidades de salir en libertad condicional. Además, la pérdida de méritos del recluso a raíz de una medida disciplinaria puede prolongar el confinamiento. Estas funciones equivalen a decisiones condenatorias. ¿Puede el sector privado determinar las conductas punibles, sancionar al recluso y prolongar su encierro?" 73/

Dicho de manera más analítica, la disciplina comprende los siguientes aspectos: establecer un código disciplinario que defina qué actos son punibles y qué sanciones se han de aplicar; decidir sobre la clasificación o la división en categorías de los reclusos que, en consecuencia, quedan sometidos a regímenes penitenciarios diferentes; informar (con recomendaciones) sobre los incidentes que se producen en la prisión; registrar, arrestar o reprimir a los infractores de la disciplina; formular cargos disciplinarios contra ellos; prestar testimonio en cualquier audiencia o actuación judicial; investigar hechos e imponer castigos como, por ejemplo, el régimen de aislamiento (pérdida de la libertad residual de asociación y de libertad en general) 74/; la imposición de días suplementarios (si existe un sistema de liberación anticipada automática) o la pérdida de "méritos" (en un sistema de concesión de libertad condicional), en ambos casos prolongando la reclusión; tomar decisiones sobre apelaciones; ejecutar el castigo impuesto; e informar sobre los hechos y los veredictos a las autoridades encargadas de conceder la libertad condicional o las autorizaciones, influyendo de este modo en las decisiones de aquéllas. Es obvio que algunas funciones son adjudicatorias y otras acusatorias, pero todas son cuasijudiciales y se refieren a la administración de justicia penal.

49. Teniendo en cuenta la preocupación que suscita el que los administradores privados de cárceles asuman todas esas funciones, en algunos Estados de los Estados Unidos se han delegado únicamente algunas de esas funciones en los contratistas privados de cárceles. En otros se han delegado todas esas funciones 75/. Para mantener el control del Estado, el modelo de Inglaterra y Gales prevé la existencia de un conjunto central de normas y de orientaciones para la clasificación de los recursos derivadas de una base de datos del Estado (LIDS), y la adjudicación de los procedimientos disciplinarios al inspector residente y el de las apelaciones al jefe de la Dependencia de Contratación de Servicios Penitenciarios, dejando al contratista las restantes funciones. El director de la cárcel privatizada únicamente en casos de urgencia podrá ordenar la separación de un recluso del

grupo, su reclusión temporal en una celda especial o la aplicación de cualquier otra medida especial de control o coerción 76/.

50. Otro importante motivo de preocupación es que, debido a las facultades discrecionales concedidas a los funcionarios de prisiones y a la renuencia de los tribunales y las autoridades gubernamentales a intervenir, no se ejerzan las facultades de disciplinarias dado que los empleados de las empresas privadas no se encargarán inicialmente de la presentación de informes y de las medidas de coerción. El "hacer la vista gorda" y desentenderse de las agresiones entre los presos, del uso indebido de drogas y de otros problemas tiene graves consecuencias para los derechos humanos de los presos agredidos. Este fenómeno se manifiesta en las cárceles recién privatizadas 77/, precisamente como sucedía antiguamente cuando las cárceles estaban bajo administración privada. En los Estados Unidos se ha argumentado que las empresas privadas de las cárceles se muestran renuentes a iniciar procedimientos disciplinarios debido al costo de tener que emplear guardias en esos procedimientos y al riesgo de que los reclusos entablen litigios. Es probable que los guardias privados estén aún menos dispuestos que los funcionarios públicos de prisiones a intervenir físicamente en el gran negocio de las drogas en las cárceles, donde las agresiones son una consecuencia frecuente. Hay que añadir que el personal que es víctima de tales represalias se ve afectado psicológicamente y su resentimiento se vuelca contra los reclusos en general.

51. El segundo argumento de principio a favor de que el Estado tenga el monopolio de la fuerza en las cárceles es del siguiente tenor: las cárceles se caracterizan necesariamente por sus exigencias de seguridad y, habida cuenta de su población, son lugares en que el uso de la fuerza en distintos grados es de continuo inevitable y no es infrecuente que se ejerza en gran escala, con la posibilidad de lesionar a personas inocentes de los actos reprimidos. Con frecuencia es necesario aplicar medios físicos de coerción personal utilizando las esposas, el registro por la fuerza y a veces incluso más. En ocasiones se utilizarían perros adiestrados. Siempre será necesario adoptar medidas para evitar las fugas, poner fin a las peleas entre los reclusos y a los motines. Deben existir equipos entrenados de control y coerción. Hay que contar con equipos de emergencia para situaciones de violencia en gran escala. No se puede proveer a una fuerza de tal envergadura confiando en la capacidad de defensa propia o de terceros de los particulares o en el alcance incierto del derecho del ciudadano a utilizar un grado razonable de fuerza para arrestar a otros o impedir su fuga en relación con delitos graves. En resumen, únicamente el Estado, por vía de sus empleados, puede ejercer los poderes apropiados. Lo que es más importante, aparte de los limitados poderes de los particulares, como son los contratistas y sus empleados, ningún ciudadano puede usurpar los derechos de otros ciudadanos (los reclusos) a la integridad corporal, a la seguridad de la persona u otros derechos humanos pertinentes.

52. En distintos Estados este argumento es aceptado en diversa medida. Algunos Estados de los Estados Unidos han conferido una autorización especial a los guardias privados para evitar las fugas y les han concedido protección ante una posible responsabilidad penal por actos de fuerza que ocasionen

muerres. Algunas veces actúan por "delegación". En otros Estados se emplea a funcionarios públicos de prisiones para proteger la seguridad del perímetro de las cárceles. En Inglaterra y Gales se concede a los funcionarios que custodian a los reclusos un cierto poder estatutario para emplear un grado razonable de fuerza cuando sea necesario para garantizar el orden, la disciplina, la prevención de las fugas, la prevención y detección de actos ilícitos cometidos o fallidos y la presentación de informes sobre ellos, o para cuidar del bienestar de los reclusos 78/. Se reconoce que, si se confieren esas facultades, es necesario seleccionar y capacitar apropiadamente a esos funcionarios 79/. Se acepta también que la resolución de situaciones graves en las cárceles privatizadas es un asunto que compete al Estado, en cuyo momento el Secretario de Estado está facultado para nombrar temporalmente a un funcionario de la Corona como alcaide de las prisiones. Este ejercerá todas las funciones del director o el inspector residente de las cárceles privadas. De hecho, se recurrirá al ejército, la policía o el servicio penitenciario del Estado para restaurar el orden.

53. El tercer argumento de principio es que si privatizan las cárceles, es probable que se desestimen con más frecuencia los recursos interpuestos por violación de los derechos humanos, debido al limitado alcance, de la responsabilidad del Estado por delitos de carácter penal y civil y de un eventual recurso específico contra la violación de los derechos humanos o civiles. Esta situación suscita menos preocupación cuando las víctimas son extranjeros, dado que el derecho de responsabilidad de los Estados hace responsable al Estado a nivel internacional. Lo mismo vale para el caso del Estado que haya aceptado el derecho de la petición individual con respecto a un instrumento mundial o regional de los derechos humanos. Sin embargo, la gran mayoría de los reclusos son nacionales y muchos Estados no han ratificado esos instrumentos.

54. En esta exposición general no resulta apropiado examinar los aspectos técnicos y las deficiencias de la legislación local en materia de delitos de carácter penal y civil salvo para hacer ver que esta situación afecta a la responsabilidad del Estado frente a los reclusos que son víctimas de agresión a manos de los guardias, a los presos que son agredidos por sus pares y a ciudadanos cuyos derechos pudieran ser violados a raíz de evasiones de las cárceles. Con frecuencia la legislación interna de los Estados prevé una protección insuficiente contra los abusos de autoridad de los empleados públicos. Con mayor razón le será fácil a un Estado distanciado por la interposición de un contratista, y posiblemente incluso la de un subcontratista del contratista, eludir la responsabilidad por las negligencias y abusos de autoridad de los empleados de esas personas 80/.

55. Algunos importantes Estados del common law, que son los principales defensores de la privatización de las cárceles, han formulado los reglamentos que rigen la vida carcelaria de tal forma que éstos son simplemente normativos y no obligatorios. Por consiguiente, no confieren derechos que en caso de violación puedan servir de base a una acción judicial 81/. El Estado sigue teniendo la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias contra los empleados estatales que hayan cometido alguna infracción. Incluso ese posible factor disuasivo se desvanece en el caso de los contratistas privados y sus

empleados. No podría imputárseles responsabilidad por delitos de abuso de autoridad en cargos públicos, puesto que esas personas no son funcionarios públicos. Análogamente existen dudas de si estarían sujetos a procedimientos de recurso público legal como la revisión judicial. Este punto queda más claro con el siguiente ejemplo: si violando el reglamento penitenciario de Inglaterra y Gales, los guardias privados recluyeran a un preso en una celda de castigo durante varios días y lo trataran de forma humillante, aunque éste regresara posteriormente a su celda ordinaria, no tendría la posibilidad de interponer un recurso contra el Estado, el contratista o sus empleados, dado que no habría sido víctima de ninguna pérdida monetaria (condición para presentar una reclamación por negligencia); no se habría producido una reclusión ilegal, porque habría estado en prisión bajo una autoridad; no cabría la posibilidad de entablar una acción judicial por incumplimiento de una obligación estatutaria, porque el reglamento penitenciario no confiere ese derecho; y, puesto que resultaría dudoso que los hechos fueran de tal grado como para constituir una agresión, lo probable es que esa reclamación contra los empleados del contratista no prosperaría; incluso si hubiera habido una agresión, ni el Estado ni tampoco el contratista serían responsables, porque los empleados habrían actuado al margen de su autoridad efectiva y aparente y les habría estado prohibido actuar de esa forma. Este ejemplo pone de relieve las limitaciones originadas por la Ley de la responsabilidad subsidiaria 82/. Además, dado que el Reino Unido no cuenta con una declaración general de derechos civiles, no cabe la posibilidad de interponer un recurso como tal por violaciones de los derechos humanos. El hecho de poder presentar una demanda contra el responsable directo de un delito que no dispone de recursos financieros (los guardias de los contratistas privados) de poco sirve a la víctima de una violación de los derechos humanos. Aunque en circunstancias análogas el Estado tampoco es responsable, por un principio práctico con frecuencia concede una indemnización ex gratia. En cambio, con la privatización esto no ocurrirá y habrá entonces que presentar los casos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, una vez agotados los recursos de la jurisdicción interna. En esas presentaciones se plantearán las cuestiones de la responsabilidad del Estado por la actuación de terceros 83/. Esto indicará una deficiencia sistémica en lo que respecta a la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos de los presos, que debería ser asumida por el Estado, puesto que se habrá producido utilización ilegítima del poder, de las funciones y de la posición de facto conferidos por el Estado al destinarse ese poder, esas funciones o esa posición a fines diferentes de los previstos.

56. En los Estados Unidos, la 42 U.S.C.A., 1983, permite entablar demandas contra los Estados que actúen a través de sus funcionarios designados, o cuando el Estado cree una situación en la que intereses privados privan a los individuos de sus derechos constitucionales o estatutarios, o cuando las funciones realizadas tradicional o generalmente por el Estado se delegan en intereses privados o son desempeñadas por éstos. Resulta claro que se planteará la cuestión de "la actuación del Estado" o la actuación privada "bajo apariencias legales" cuando los contratistas de cárceles o sus empleados usurpen los derechos constitucionales 84/. Si esa usurpación no alcanza un grado que el tribunal considera un castigo cruel o inusual o una violación de la legalidad de los procedimientos no cabrá la posibilidad de interponer

recurso. Los tribunales han sido indulgentes con los administradores de cárceles en cuanto a lo que constituye una violación de los derechos y se muestran renuentes a intervenir en las decisiones adoptadas por las autoridades penitenciarias. Sostienen que debido a que los problemas de las cárceles son complejos y requieren "conocimientos especializados, una planificación global, y la asignación de recursos, todo lo cual es competencia de forma particular de los poderes legislativo y ejecutivo de gobierno", los tribunales no deben intervenir, salvo en los casos de los abusos más flagrantes, y han aplicado este razonamiento para permitir el aislamiento disciplinario de reclusos, la restricción de la correspondencia, la colocación en celdas múltiples, la prohibición de visitas y la limitación de las posibilidades de participar en programas de rehabilitación 85/.

57. Con frecuencia el recluso es objeto de castigos y de represalias: además de su reclusión, corre un grave peligro frente a sus compañeros de reclusión. En 1987, en los Estados Unidos, el 6,5% de los reclusos federales y los reclusos de los Estados estaban bajo custodia de protección, una forma de reclusión segregada prevista para dar una mayor seguridad a los reclusos considerados como posibles objetivos de la violencia de sus pares, pero cuyas condiciones eran análogas a las impuestas como castigo por infracciones disciplinarias 86/. La imposibilidad de colocarlos bajo custodia de protección podía dar lugar a graves agresiones contra reclusos y por las cuales raramente podían interponer recurso contra el Estado, al considerarse que la simple negligencia respecto al daño que pudieren sufrir los reclusos no entrañaba responsabilidad alguna 87/. Es probable que esos casos se produzcan con más frecuencia con los contratistas privados, cuyos intereses de rentabilidad y reducción de personal crean incluso mayores posibilidades de que se cometan abusos. Los guardias no serán responsables del daño causado y el agresor no dispondrá de medios para indemnizar a la víctima, aun cuando haya sido el hecho mismo de estar en la cárcel lo que provocara la violación de sus derechos.

58. Una observación final: el paso de la administración pública a la privada de las cárceles afecta a la seguridad de los reclusos. En todas las cárceles la norma social fundamental es que los reclusos que son víctimas de la violencia de sus pares no se quejen ante las autoridades, debido a las posibles represalias y actitudes de desprecio contra los informantes. Por este motivo, el comportamiento del recluso exige un escrutinio continuo y una numerosa dotación de personal. El sector privado no tendrá incentivos para proveer a ello, de manera que las deficiencias de la legislación interna de responsabilidad por el maltrato de los reclusos revisten aún mayor gravedad. Una forma de remediarlo en parte (ya adoptada en las cárceles privatizadas del Reino Unido) consiste en especificar en el contrato que el contratista debe contar con un buen seguro de responsabilidad civil (que le protegerá contra las reclamaciones de ciudadanos de dentro o fuera de la cárcel), pero con ello no se resuelven las deficiencias de la ley de responsabilidad por delitos de carácter penal y civil que se basa fundamentalmente en la culpabilidad. Es posible que la única salvaguardia sea la de la responsabilidad absoluta con respecto a la seguridad de las personas, junto con un seguro obligatorio 88/, que en consecuencia reduciría el costo para los contribuyentes.

59. El derecho de la responsabilidad de los Estados ha evolucionado rápidamente. De acuerdo con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional (según se ha formulado desde 1985), los Estados son lesionados si el derecho infringido por la actuación de otro Estado dimana de un tratado multilateral o una norma del derecho consuetudinario internacional y se establece que el derecho ha sido creado o establecido para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales 89/. Actualmente se puede decir que la prohibición de los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes es una norma de derecho consuetudinario, aunque el contenido de la norma plantea, no obstante, dificultades debido a una cierta incertidumbre que rodea los hechos que se consideran sujetos a esa prohibición. En todo caso, los Estados Miembros de las Naciones Unidas deben preocuparse si el derecho interno de los Estados, en especial donde existe la privatización de las cárceles, sistemáticamente es incapaz de garantizar los derechos humanos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el derecho consuetudinario. En la medida que existan esas dudas respecto a la responsabilidad y los recursos, hay una poderosa razón de principio para considerar que la privatización de las cárceles puede contribuir a la violación de los derechos humanos.

60. El cuarto argumento de principio a favor de que se establezca una clara responsabilidad pública por la administración del sistema de justicia penal, incluidas las cárceles, presenta varios aspectos. En primer lugar, es necesario mantener informado al pueblo como soberano y garantizarle el derecho a buscar y recibir información (cuestión planteada en el artículo 19) para poder evaluar la actuación del gobierno y gobernar de forma responsable. En segundo lugar, es necesario que la ciudadanía vea y, por lo tanto, se asegure de que se cumpla debidamente la obligación del Estado de garantizar condiciones de encarcelamiento que sean compatibles con los derechos humanos. En tercer lugar, para que se pueda confiar en el sistema de justicia penal tiene que considerarse que el sistema funciona 90/, de manera que no bastará una vigilancia secreta del Estado. En cuarto lugar, la vigilancia es una tarea difícil y costosa que se realiza con frecuencia sin conocer los datos financieros internos y las decisiones de las empresas privadas y en cuya esfera los funcionarios identificados con políticas penales específicas son renuentes a investigar los posibles abusos debido a su propia asociación o al problema de encontrar alternativas 91/. En quinto lugar, hay que mantener el control y la responsabilidad definitivos del Estado y, por consiguiente, la facultad del gobierno para impartir instrucciones bien por conducto de un ministro o de un organismo regulador dependiente directamente de un ministro. Asimismo, los tribunales deben conservar sus poderes de control. La necesidad de disponer de poderes de control plantea dificultades en relación con la privatización de las cárceles, cuando la modalidad es la administración por contrata. Debido a que la relación es contractual, el Estado está limitado por las condiciones contractuales a menos que en el contrato se especifiquen expresamente algunas excepciones o éstas estén implícitas en la ley. Por eso, el Estado, salvo por vía de una modificación contractual posterior o de poderes estatutarios derogatorios, no puede obligar al contratista a acatar nuevas normas o disposiciones penales. Tampoco se pueden interponer recursos

de derecho público contra el contratista por omisión; únicamente se pueden interponer por incumplimiento de contrato o por delitos de carácter penal y civil 92/.

61. El aspecto de la información es tan importante que es necesario explicar lo que significa. Si no es visible públicamente la información sobre las empresas privadas de las cárceles, incluidos los principales accionistas, las finanzas, los precios de los contratos, los costos, el contrato definitivo con las condiciones exigidas, las normas observadas, la dotación de personal, con detalles sobre las categorías y grados profesionales, los planes de capacitación, las condiciones de servicio, las disposiciones para imprevistos y los períodos de preaviso, será imposible determinar si se han satisfecho los intereses de la ciudadanía y de los reclusos sobre las condiciones penitenciarias, si se han encontrado problemas y qué problemas están en ciernes. Hasta ahora no se han revelado plenamente todos estos aspectos: en Queensland, tanto las condiciones como las disposiciones financieras se considera secreto comercial; en Inglaterra y Gales, a los detalles financieros, los relativos a la dotación de personal, los niveles de rendimiento, los planes para imprevistos, los períodos de preaviso, etc., se les atribuye un "carácter comercialmente confidencial", y el ministro responsable se niega a facilitar esos detalles 93/.

62. En Inglaterra y Gales los inspectores presentan sus informes sobre las cárceles bajo contrata únicamente al Servicio de Penitenciario de Su Majestad (organismo que forma parte del Ministerio del Interior). Contienen "información sobre la gestión y se consideran confidenciales. Tampoco se publican los informes sobre prestación de servicios. Asimismo tampoco está prevista la presentación de un informe anual por el contratista o el inspector residente. En cambio, en el informe anual del Servicio Penitenciario de Su Majestad figura alguna información sobre el desempeño de las cárceles administradas tanto pública como privadamente 94/. Existen también juntas independientes de visitadores de cárceles designados, que pueden publicar informes; el Comité Superior de Asuntos Internos del Parlamento recibirá información del Ministro y de los funcionarios del Interior; y el Inspector Jefe de Prisiones realizará visitas de inspección (cada dos años aproximadamente).

63. Una preocupación especial radica en que, aunque la fuente principal de información pública serán los informes emitidos por la prensa y fundaciones filantrópicas, tales como el Fondo para la Reforma de las Cárceles, sus publicaciones podrán ser objeto de querrelas por difamación de los contratistas privados. La legislación inglesa en esta materia no confiere la misma protección a la expresión pública de opiniones sobre las actividades de empresas o personas que ofrece la legislación estadounidense, donde la libertad de expresión va en interés público, a condición de que las observaciones se hagan de buena fe. Tampoco se ha impuesto una prohibición a las restricciones previas. Por lo tanto, las empresas privadas de las cárceles estarán en condiciones de emitir instrucciones amordazantes. En cambio, en el caso de las prisiones administradas públicamente no sería aplicable la legislación sobre difamación, debido a que un órgano público no puede actuar como demandante en un pleito por difamación. Por lo tanto, en

Inglaterra y Gales el paso de la administración de las cárceles del sector público al privado supone en realidad una congelación legal de la crítica pública de las cárceles privadas, a menos que esa crítica se efectúe dentro de los límites estrictos del common law en materia de difamación. Únicamente en el Parlamento se estará absolutamente inmune para criticar la administración de las cárceles privatizadas.

64. El quinto argumento de principio es que en teoría únicamente el Estado debería tener el poder de administrar la justicia y ejecutarla por coerción, porque sólo entonces la justicia tendrá legitimidad a los ojos de las personas sujetas a su jurisdicción 95/. Un punto medular de esta cuestión es de dónde emana la facultad de castigar de los gobiernos y si es legítimo el castigo administrado por una entidad distinta del gobierno. Según las teorías modernas del Estado, esa facultad del gobierno dimana del concepto del contrato social, por el cual las personas convienen en formar un Estado, cediéndole su facultad para crear y hacer cumplir las normas a cambio de protección. En virtud ese contrato, los miembros de la sociedad acuerdan aceptar las leyes del Estado y autorizarle para que los castigue en caso de transgresión. John Locke, el principal precursor moderno del contrato social, formuló por primera vez una doctrina política de no delegación del poder legislativo, aunque mucho antes Henry de Bracton (1250) había enunciado el concepto de que el rey no podía delegar la jurisdicción que le había sido confiada, porque la misión del rey era hacer justicia y juzgar 96/. Bracton tomó la terminología del derecho romano y del derecho canónico para abordar el problema de la delegación de jurisdicción. Argumentaba que el rey estaba vinculado por un "deber que no sólo provenía de Dios sino también de sus súbditos" 97/. El rey era "creado y elegido" para sostener y defender la justicia y no podía traspasar esos derechos porque era él su depositario 98/. Bracton no era el único que pensaba de esta forma. El concepto de delegación de la jurisdicción por el pueblo estaba profundamente arraigado en las tradiciones constitucionales de los Estados europeos 99/. En efecto, los escritos de teoría política de la Edad Media sobre pactos y contratos entre el gobernante y el pueblo no eran meras especulaciones metafísicas sino conclusiones legítimas sobre el reconocimiento de los gobernantes por la comunidad (el pueblo), sobre cuyo consentimiento se asentaba la autoridad y la jurisdicción de los gobernantes. La idea de que la jurisdicción es un deber es el equivalente de la práctica del Estado de la Edad Media. La elaboración de Bracton que no se puede delegar la jurisdicción se incorporó pronto al pensamiento constitucional general.

65. Aunque resulte difícil convencer a los pensadores pragmáticos sobre la importancia de la teoría política (incluso cuando la aceptación de una determinada teoría es universal) es fundamental, al examinar la privatización de la administración de las cárceles, volver a la teoría del contrato social. Un autor estadounidense resume claramente las cuestiones de la forma siguiente:

"Por lo tanto, la facultad de castigar ha sido colocada en las manos del Estado mediante el contrato social, y cuando una entidad distinta del Estado trata de castigar una infracción, se viola el contrato social. Para mantener su legitimidad, la facultad de administrar el castigo y, por

lo tanto, de restringir la libertad de los que violan las leyes de la sociedad debe permanecer únicamente en manos de las autoridades públicas." 100/

Esta política refleja la "raison d'être" original -y es posible que siga siendo la fundamental- del gobierno 101/. Incluso si una empresa penitenciaria privada o, lo que da igual para el caso, una policía de "vigilantes" o verdugos, administrara de forma gratuita la justicia o el castigo, la privatización seguiría siendo una política contraria al contrato social por el cual el pueblo dio su consentimiento al gobierno 102/.

C. Examen de la base fundamental del poder y la responsabilidad del Estado en relación con la restricción de los derechos humanos, en particular con el poder de detener y encarcelar, y de los posibles límites jurídicos de la facultad para subdelegar las obligaciones, los poderes y las funciones del Estado

66. Los anteriores argumentos de principio sobre la incapacidad del Estado para delegar la función de la justicia penal, incluidas su administración y ejecución, pueden desarrollarse y convertirse en una norma del derecho internacional sobre los derechos humanos. Esto tiene importantes repercusiones teóricas para los límites del poder del Estado en relación con la capacidad de un Estado para imponer restricciones a los derechos humanos de sus ciudadanos en virtud del derecho internacional sobre los derechos humanos. El complejo argumento es el siguiente: la voluntad del pueblo constituye la base de la autoridad del poder público (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley (artículo 7 de la Declaración Universal); todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación (artículo 1 de ambos Pactos); la libre determinación comprende la libre determinación interna, es decir, la elección de la forma de gobierno; los pueblos han ejercitado su libre determinación para crear Estados y para dotar a las instituciones del poder público de esos Estados (con arreglo a la legislación) con la facultad, entre otras, para administrar justicia y regular los derechos humanos de conformidad con la ley; "de conformidad con la ley" no es una mera referencia a la legislación nacional sino que también señala la necesidad de que esa sea compatible con el estado de derecho o el principio de legalidad 103/. El Estado de derecho exige que el Estado mismo administre justicia y ejerza su jurisdicción, que le ha sido conferida por el pueblo; la administración de justicia es una prerrogativa exclusiva del Estado, que autoriza a éste, de conformidad con la ley, a restringir la libertad personal, pero ésta es una obligación y una responsabilidad del Estado mismo, que es una delectus persona 104/ dotada de las características particulares necesarias como depositaria del interés público, e investida a ese efecto del poder de policía 105/ los ciudadanos han conferido al Estado el poder para cumplir sus obligaciones; el derecho del Estado, que los ciudadanos le han conferido de privarlos de su libertad personal conforme al derecho, implica también que es el Estado mismo el que priva de libertad y el Estado mismo el que detiene al ciudadano; inevitablemente el Estado, como persona jurídica artificial, debe actuar por intermedio de sus empleados y organismos 106/; una ulterior delegación

a terceras partes que no sean funcionarios del Estado será una subdelegación de jurisdicción que afecta la libertad personal y es inadmisibles; ese principio contrario a la subdelegación de jurisdicción es un principio constitucional que ha estado vigente en los Estados desde el siglo XIII y tiene su origen en el derecho constitucional romano; no se ajusta a este principio el separar conceptualmente la responsabilidad y la obligación del Estado del desempeño efectivo de la función ni el afirmar que, siempre que el Estado conserve la responsabilidad, es lícito subdelegar la función del ejercicio de jurisdicción, sobre todo cuando la función de que se trata es la de administrar justicia, a diferencia de las funciones de redactar decretos complementarios o realizar acciones administrativas que no afectan a la libertad personal, en cuyo caso la subdelegación que se ajuste a los procedimientos legales puede ser apropiada; la responsabilidad del Estado no le permite subdelegar la facultad de imponer restricciones a la libertad personal, incluida la custodia de los reclusos. En resumen, la privatización de las prisiones mediante la adjudicación por contrata de la administración (control) y la custodia no se ajusta al derecho internacional sobre los derechos humanos.

67. Otro argumento a favor de este punto de vista es el hecho de que algunas cuestiones que no están suficientemente abordadas por el derecho y la práctica de los tratados se resuelvan invocando un principio de derecho privado común a los principales ordenamientos jurídicos del mundo, contribuyendo a colmar los vacíos del derecho internacional sobre los derechos humanos. Se hace referencia a la norma delegatus non potest delegare. El argumento discurre de la forma siguiente: el encarcelamiento tiene que ver con muchos de los derechos básicos de la persona humana; está sujeto al derecho internacional sobre los derechos humanos y no es un asunto que corresponda lisa y llanamente al ámbito de la discreción que en el derecho internacional se denomina soberanía. (El punto evidente que hay que subrayar es que el derecho interno, comprendida incluso la Constitución del Estado, no constituye ninguna defensa contra una denuncia de violación del derecho internacional.) Los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han comprometido en virtud del artículo 2 a respetar y a garantizar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción los derechos humanos reconocidos en el Pacto y a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclamaba ya que los Estados se "comprometían" a promover el respeto y la observancia universales de los derechos humanos. Resulta esencial determinar si la obligación que han contraído es la de actuar "ellos mismos" o se reduce tan sólo a supervisar y controlar toda subdelegación de funciones, a poner cuidado en la elección de sus concesionarios (los contratistas de las cárceles) y a vigilar sus actividades. Al decidir sobre la interpretación más adecuada, parece apropiado considerar como principio general de derecho reconocido por la comunidad de las naciones la norma contraria a la subdelegación de delegatus non potest delegare.

68. La conclusión de que el derecho internacional sobre los derechos humanos no permite que otros órganos distintos del Estado mismo por conducto de sus funcionarios restrinjan la libertad personal y en particular administren las cárceles, se ve reforzada por los argumentos de principio expuestos más arriba

(véanse los párrafos 45 a 64) sobre la disciplina, el uso de la fuerza, la responsabilidad por posibles daños ocasionados a los reclusos, la necesidad de rendir cuentas y el principio necesario de que la justicia y la autoridad son administradas exclusivamente por el Estado.

69. Otro motivo, que requiere más estudio, estriba en la evolución del derecho internacional sobre los derechos humanos. Antes de que se reconociera esa normativa, se hizo hincapié en la soberanía de los Estados considerando que el trato otorgado a sus súbditos era un asunto comprendido dentro de su jurisdicción nacional. Pero ese planteamiento no es ya suficiente. De conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la libre determinación de los pueblos y la voluntad de los pueblos son la base del poder público. Las limitaciones de los derechos y las libertades se han de establecer por la ley con el único fin de asegurar el respeto de los derechos y las libertades de los demás de satisfacer las justas exigencias del orden público, de la moral o del bienestar general en una sociedad democrática 107/. Por último, los Estados se han comprometido a respetar y garantizar esos derechos. Como se señaló en el caso estadounidense de Filartiga c. Pena-Irala, en que se abordó la tortura como una violación de los derechos humanos internacionales, de la Carta de las Naciones Unidas y de los instrumentos sobre derechos humanos,

"Habiendo examinado las fuentes de las cuales emana el derecho consuetudinario internacional -las costumbres de las naciones: la jurisprudencia y la labor de los juristas- concluimos que la tortura oficial está actualmente prohibida por la legislación de las naciones... Todos los tratados y acuerdos citados... ponen de manifiesto que el derecho internacional confiere derechos fundamentales a todos los pueblos frente a sus propios gobiernos." 108/

70. Si se adopta este punto de vista junto con el derecho en evolución de la responsabilidad de los Estados, según el cual los Estados tienen obligaciones frente a otros Estados en que los derechos han sido creados o establecidos para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (como informó la Comisión de Derecho Internacional -véase más arriba el párrafo 59); entonces, en el caso de que el derecho interno de un determinado Estado no garantice la observancia de los derechos humanos, ese Estado habrá dejado sistemáticamente de cumplir sus obligaciones y será responsable ante otros Estados que a resultas de ellos se consideren partes lesionadas. Al ponderar todos los argumentos jurídicos y de principio sobre la violación de los derechos humanos que entraña la adjudicación por contrato de las cárceles y la custodia de los presos, se puede argumentar que en el derecho internacional sobre los derechos humanos los Estados no pueden adoptar la práctica de delegar sus obligaciones y responsabilidades bajo el rótulo de la contratación de servicios. Lo que hayan hecho realmente tendrá que ser evaluado teniendo en cuenta todos los acuerdos concertados por ellos y concediendo al Estado un margen de estimación. Sin embargo, al final tendrá que aplicarse la máxima plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur. La afirmación de que se mantiene la responsabilidad del Estado puede no bastar cuando sea tan tenue que resulte despreciable. Hay buenas razones para

afirmar que los Estados que deleguen sus obligaciones allí donde estén en juego las responsabilidades en materia de derechos humanos incurrirán al hacerlo en responsabilidad internacional.

71. Es necesario añadir que ciertas modalidades de privatización de las cárceles, a saber la adjudicación por contrata de la gestión y la custodia, equivalen posiblemente a una forma de trato o castigo degradante, que es contraria a una norma del derecho internacional consuetudinario en materia de derechos humanos.

72. El argumento anterior se apoya en el dictamen del caso Velásques Rodríguez sobre desapariciones forzadas, que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte dejó bien sentado que existían esferas a las cuales el Estado tenía un acceso limitado; que la protección de los derechos humanos comprendía necesariamente el concepto de la restricción del poder del Estado; y que el Estado debía tanto actuar en conformidad con los derechos humanos como tener vigente un sistema encaminado a hacer posible el goce de los derechos humanos 109/.

73. La aceptación por parte de los Estados de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como, en el caso de los Estados Partes del Consejo de Europa, del Reglamento de Prisiones europeo y, en el caso de los miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), la repetida aceptación de las normas de las Naciones Unidas, señalan que la práctica del Estado es de tal naturaleza que las cárceles deben ser administradas por funcionarios públicos, a pesar de las recientes desviaciones de esa práctica en algunos Estados. En la parte I ya se llamó la atención sobre este punto.

74. El permitir la privatización de las cárceles mediante adjudicación por contrato de la custodia y la administración constituye una denegación de las garantías de los derechos humanos que se suelen considerar indispensables para la administración adecuada de la justicia. Equivale a una renuncia a ejercer el debido control sobre un tipo de actividad cuyas circunstancias son tales que permiten la violación de los derechos humanos y en la cual la participación directa del Estado reduciría su frecuencia.

75. Del argumento precedente se desprende la norma de que los derechos humanos deben ser garantizados por el Estado y de que cualquier limitación de esos derechos debe ser impuesta por el Estado por intermedio de sus órganos gubernamentales judiciales, ejecutivos o legislativos, según proceda. A la inversa, ninguna restricción deberá ser impuesta por órganos no estatales, en particular entidades privadas autónomas políticamente inaceptables.

D. Determinación de las normas y salvaguardias cuya necesidad viene impuesta por la participación del sector privado en la administración de las cárceles y en el tratamiento de las personas detenidas o presas

76. Es preciso estudiar las normas y salvaguardias especiales que se necesitarían en las cárceles privatizadas. (Obviamente, convendría contar con salvaguardias similares en las cárceles estatales.) Las principales esferas en que se necesitarían salvaguardias son las siguientes 110/:

- la supervisión por el Estado de la gestión de las cárceles y el cumplimiento de los contratos;
- la responsabilidad ante la sociedad y el Estado;
- la disciplina;
- el uso de la fuerza;
- la responsabilidad por la seguridad de los presos; y
- el trabajo de los presos.

77. La supervisión de la gestión y los contratos -en la medida en que la contratación externa se considere lícita- debe estar a cargo del Estado. Aparentemente es necesario elaborar una pauta de las Naciones Unidas en forma de normas mínimas que rija la práctica de los Estados en materia de contratación de empresas privadas para la administración de las cárceles. Entre otras cosas, sería necesario exigir lo siguiente:

- a) especificaciones detalladas, que definan de manera clara y concreta los servicios que han de prestar los contratistas al Estado y a los presos (las horas que han de pasar los presos fuera de las celdas, los programas, los horarios de las comidas, los límites al número de reclusos, la ayuda psiquiátrica, etc.);
- b) examen pormenorizado de la propiedad de las empresas carcelarias, tanto al iniciarse el contrato como al transferirse la propiedad de las acciones o producirse cambios en la dirección de las empresas;
- c) un sistema de incentivos destinados a alentar al contratista a cumplir las normas, por ejemplo, la evaluación de los resultados obtenidos en cuanto a la rehabilitación y la disminución de la reincidencia;
- d) prohibición del pago de una remuneración basada en un monto por persona y por día, a fin de desalentar una mentalidad de "Hilton Inn" que pretenda que las cárceles estén siempre llenas, y previsión en cambio del pago de una suma global;

- e) mantenimiento de la competencia, combinando la prohibición del monopolio u oligopolio de las grandes empresas contratistas de servicios carcelarios con el mantenimiento de un servicio penitenciario estatal;
- f) examen y revisión frecuentes de las condiciones contractuales;
- g) capacitación del personal de las empresas contratistas para que esté por lo menos al mismo nivel que el del sistema estatal, en lo posible dentro de éste;
- h) reforzamiento de la responsabilidad del personal de las empresas contratistas, mediante la exigencia de un juramento de servicio, el deber de confidencialidad, tendente a proteger la vida privada del preso, y la aplicación de sanciones por comportamiento incorrecto, que sean por lo menos tan eficaces como las que se aplican a los guardias estatales;
- i) presencia permanente de funcionarios públicos, para supervisar la cárcel y cumplir funciones fundamentales que no pueden delegarse;
- j) supervisión estricta del cumplimiento del contrato, por parte de funcionarios públicos residentes en la cárcel;
- k) inspecciones frecuentes.

78. La responsabilidad y la transparencia imponen, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) procedimientos de presentación de informes por funcionarios estatales residentes en la cárcel, controladores estatales en visita o inspectores estatales, comunicación de los informes a los órganos legislativos con frecuente regularidad, y su ulterior puesta a disposición de la prensa y el público;
- b) nombramiento de un ombudsman;
- c) realización periódica de encuestas entre los presos para informar sobre la experiencia de la cárcel;
- d) magnanimidad en los procedimientos de examen judicial teniendo presente que no se trata de funcionarios públicos sino de empresas privadas y su personal, que no tienen derecho al trato deferente que los tribunales dispensan a los funcionarios públicos;
- e) frecuente acceso de la prensa y los investigadores a las cárceles y los presos, a fin de mantener informado al público;
- f) información completa sobre los aspectos financieros de los contratos de gestión de las cárceles comprendidas las necesidades de contratación de personal, los costos y las utilidades; y

- g) prohibición de trasladar a presos a cárceles privatizadas que estén al margen de la jurisdicción del Estado, a fin de mantener la responsabilidad del Estado.

79. La disciplina deberá regirse, entre otras cosas, por las siguientes normas:

- a) un código disciplinario que especifique claramente las infracciones y sanciones;
- b) ese código será redactado por el Estado o, por lo menos, aprobado y promulgado por éste;
- c) normas de procedimiento obligatorias para la administración de las cárceles;
- d) disposiciones destinadas a incorporar el derecho del interesado a ser oído equitativamente y a estar representado en las audiencias disciplinarias en que se trate de "castigos" como la reclusión en celda solitaria (excepto en los casos urgentes y, en adelante, lo antes posible);
- e) procedimientos de revisión a cargo de funcionarios públicos superiores;
- f) examen judicial de actos ilícitos, pero practicado magnánimamente;
- g) clasificación de los presos por funcionarios públicos;
- h) acumulación automática de tiempo en prisión por "buena conducta";
- i) el contratista no podrá imponer medidas disciplinarias a los presos; y
- j) cuando los informes del contratista se traduzcan en la denegación de la libertad condicional, el preso o su abogado tendrán derecho a leerlos y a pedir una revisión.

80. El uso de la fuerza estará sujeto, entre otras condiciones, a las siguientes:

- a) el contratista y su personal sólo podrán aplicar medidas de coerción o de fuerza en circunstancias claramente determinadas y limitadas;
- b) el contratista y su personal deberán tener una buena formación en materia de objetivos y métodos pacíficos de coerción y control; y
- c) los incidentes de gravedad que puedan requerir el uso de la fuerza serán de competencia de los funcionarios públicos.

81. La responsabilidad por la seguridad de los presos supondrá, entre otras cosas, lo siguiente:

- a) la responsabilidad absoluta del contratista y del Estado por las agresiones o cualquier otro comportamiento incorrecto de los guardias respecto de los presos;
- b) la obligación de asegurar rápidamente una custodia de protección al preso que la solicite, y la responsabilidad absoluta del contratista si, debido al retraso en adoptar la correspondiente disposición, el preso es víctima de una agresión;
- c) un seguro de responsabilidad civil suscrito por el contratista para su empresa y personal, sea o no directamente responsable; y
- d) la estipulación de que el Estado puede certificar la responsabilidad, tras lo cual la compañía de seguros sólo tendrá que discutir el monto de la indemnización por daños y perjuicios.

82. El trabajo de los presos en las industrias carcelarias o fuera de las cárceles, como parte de los programas previos a la puesta en libertad, estará sujeto, entre otras condiciones, a las siguientes:

- conformidad con el Convenio N° 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930);
- la voluntad de trabajar del recluso;
- conformidad con el artículo 7 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- mantenimiento de los correspondientes pagos de la seguridad social (por ejemplo, el seguro de desempleo) efectuados por todo empleador;
- condiciones de trabajo seguros;
- cumplimiento de las normas relativas al salario mínimo;
- indemnización por accidentes, o enfermedades del trabajo;
- determinación clara de las deducciones admisibles de los salarios por concepto de asignaciones familiares, multas judiciales, indemnización de víctimas, impuestos o mantenimiento; e
- inspección frecuente de las condiciones de trabajo por el Estado.

IV. ALCANCE Y ESTRUCTURA DE UN POSIBLE ESTUDIO

83. Se estima que los numerosos motivos para que los Estados inicien o amplíen la privatización de las cárceles han quedado plenamente justificados en el presente estudio esquemático. En cambio, las siguientes cuestiones deberían ser objeto de un estudio más especializado:

- a) la conformidad de la privatización de las cárceles o de la contratación externa de su administración en el derecho internacional de los derechos humanos;
- b) en caso de que sea admisible la privatización, hasta qué punto y en qué condiciones pueden delegarse funciones específicas en los contratistas privados;
- c) si las Naciones Unidas deben elaborar un conjunto de normas que rijan el funcionamiento de las cárceles privatizadas;
- d) las salvaguardias mínimas o recomendables que deberían especificarse en detalle en todas las normas;
- e) la manera más adecuada de garantizar la supervisión por parte de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas como, por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención de la Subcomisión, los órganos especiales creados en virtud de tratados que se ocupan de la aplicación de los Pactos y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Comité de Expertos de la OIT, en lo concerniente a las industrias instaladas en las cárceles privatizadas, o un relator especial.

A. Fuentes de información

84. Se proponen las siguientes fuentes de información:

- a) un cuestionario dirigido a los gobiernos de los distintos Estados y a las organizaciones no gubernamentales interesadas en que se les solicite información detallada sobre la medida en que las cárceles hayan sido privatizadas, ya sea en la esfera de la administración, el trabajo de los presos o la prestación de servicios del sector privado, junto con información relativa a las salvaguardias y a los efectos de éstas;
- b) asesoramiento criminológico especializado sobre las salvaguardias necesarias y su evaluación; y
- c) asesoramiento especializado en derecho internacional sobre la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la responsabilidad de los Estados, posiblemente por uno de los relatores especiales sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional.

B. Principios rectores propuestos

85. Los tratados multilaterales existentes, en particular los Pactos internacionales y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, proporcionarán parámetros e indicarán el espíritu con que ha de realizarse el estudio.

86. La letra y el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos proporcionarán otras orientaciones.

87. Las normas de las Naciones Unidas que actualmente rigen la administración de justicia, especialmente las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, brindarán aún más orientación.

Anexo I

CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS
SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCION O PRISION (APROBADOS
POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCION 43/173
DE 9 DE DICIEMBRE DE 1988)

Ambito de aplicación del Conjunto de Principios

Los presentes principios tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Uso de los términos

Para los fines del Conjunto de Principios:

- a) Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad;
- b) Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito;
- c) Por "persona presa" se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito;
- d) Por "detención" se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra;
- e) Por "prisión" se entiende la condición de las personas presas tal como se define supra;
- f) Por "un juez u otra autoridad" se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

Principio 1

Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Principio 2

El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

Principio 3

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Principio 5

1. Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.

Principio 6

Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Principio 7

1. Los Estados deberán prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios, someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto.

* La expresión "tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" debe interpretarse de manera que abarque la más amplia protección posible contra todo tipo de abusos, ya sean físicos o mentales, incluido el de mantener al preso o detenido en condiciones que lo priven, temporal o permanentemente, del uso de uno de sus sentidos, como la vista o la audición, o de su conciencia del lugar o del transcurso del tiempo.

2. Los funcionarios que tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de principios comunicarán la cuestión a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas.

3. Toda otra persona que tenga motivos para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios tendrá derecho a comunicar el asunto a los superiores de los funcionarios involucrados, así como a otras autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas.

Principio 8

Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.

Principio 9

Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.

Principio 10

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Principio 11

1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

3. Se facultará a un juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.

Principio 12

1. Se harán constar debidamente:

a) Las razones del arresto;

b) La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad;

c) La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido;

d) Información precisa acerca del lugar de la custodia.

2. La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.

Principio 13

Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

Principio 14

Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1, del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

Principio 15

A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días.

Principio 16

1. Prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia.

2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un

refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.

3. Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial por que los padres o tutores sean notificados.

4. La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran.

Principio 17

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

Principio 19

Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.

Principio 20

Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.

Principio 21

1. Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.

2. Ninguna persona detenida será sometida, durante sus interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

Principio 22

Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.

Principio 23

1. La duración de todo interrogatorio a que se someta a una persona detenida o presa y la de los intervalos entre los interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma prescrita por ley.

2. La persona detenida o presa, o su abogado, cuando lo disponga la ley, tendrá acceso a la información descrita en el párrafo 1 del presente principio.

Principio 24

Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

Principio 25

La persona detenida o presa o su abogado, con sujeción únicamente a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión, tendrá derecho a solicitar autorización de un juez u otra autoridad para un segundo examen médico o una segunda opinión médica.

Principio 26

Quedará debida constancia en registros del hecho de que una persona detenida o presa ha sido sometida a un examen médico, del nombre del médico y de los resultados de dicho examen. Se garantizará el acceso a esos registros. Las modalidades a tal efecto serán conformes a las normas pertinentes del derecho interno.

Principio 27

La inobservancia de los presentes principios en la obtención de las pruebas se tendrá en cuenta al determinar la admisibilidad de tales pruebas contra una persona detenida o presa.

Principio 28

La persona detenida o presa tendrá derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.

Principio 29

1. A fin de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, los lugares de detención serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión, y dependientes de esa autoridad.

2. La persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares.

Principio 30

1. Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente publicados.

2. La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas a autoridades superiores para su examen.

Principio 31

Las autoridades competentes procurarán asegurar, de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores, y velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión.

Principio 32

1. La persona detenida o su abogado tendrá derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un juez u otra autoridad a fin de impugnar la legalidad de su detención y, si ésta no fuese legal, obtener su inmediata liberación.

2. El procedimiento previsto en el párrafo 1 del presente principio, será sencillo y expedito y no entrañará costo alguno para el detenido, si éste careciere de medios suficientes. La autoridad que haya procedido a la detención llevará sin demora injustificada al detenido ante la autoridad encargada del examen del caso.

Principio 33

1. La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio, podrán ser ejercidos por un familiar de la persona presa o detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso cuando ni la persona presa o detenida ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos.

3. La petición o recurso serán confidenciales si así lo pidiere el recurrente.

4. Toda petición o recurso serán examinados sin dilación y contestados sin demora injustificada. Si la petición o recurso fueren rechazados o hubiere un retraso excesivo, el recurrente tendrá derecho a presentar una petición o recurso ante un juez u otra autoridad. Ni las personas detenidas o presas ni los recurrentes sufrirán perjuicios por haber presentado una petición o recurso de conformidad con el párrafo 1 del presente principio.

Principio 34

Si una persona detenida o presa muere o desaparece durante su detención o prisión, un juez u otra autoridad, de oficio o a instancias de un miembros de la familia de esa persona o de alguna persona que tenga conocimiento del caso, investigará la causa de la muerte o desaparición. Cuando las circunstancias lo justifiquen, se llevará acabo una investigación iniciada de la misma manera cuando la muerte o desaparición ocurra poco después de terminada la detención o prisión. Las conclusiones de esa investigación o el informe correspondiente serán puestos a disposición de quien lo solicite, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso.

Principio 35

1. Los daños causados por actos u omisiones de un funcionario público que sean contrarios a los derechos previstos en los presentes principios serán indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidad.

2. La información de la que se deba dejar constancia en registros a efectos de los presentes principios estará disponible, de conformidad con los procedimientos previstos en el derecho interno, para ser utilizada cuando se reclame indemnización con arreglo al presente principio.

Principio 36

1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.

Principio 37

Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención.

Principio 38

La persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad en espera de juicio.

Principio 39

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

Cláusula general

Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Anexo II

REGLAMENTO DE PRISIONES EUROPEO DE 1987

Versión europea revisada de las Reglas mínimas
para el tratamiento de los reclusos (extractos)

Preámbulo

Los siguientes son los objetivos del presente Reglamento:

- a) Establecer diversas normas mínimas sobre todos los aspectos de la administración penitenciaria que son esenciales para asegurar condiciones humanas y el tratamiento positivo de los reclusos en sistemas modernos y progresistas;
- b) Servir de estímulo para que las administraciones penitenciarias elaboren políticas, así como un estilo y una práctica de gestión basados en principios contemporáneos correctos de propósito y equidad;
- c) Alentar al personal penitenciario a adoptar actitudes profesionales que reflejen las importantes cualidades sociales y morales de su trabajo y crear condiciones en que puedan optimizar su propio rendimiento en beneficio de la sociedad en general, los reclusos que están a su cargo y su propia satisfacción profesional;
- d) Establecer criterios básicos realistas para que las administraciones penitenciarias y los responsables de inspeccionar las condiciones y la gestión de las cárceles puedan juzgar válidamente el desempeño y medir el progreso hacia niveles superiores.

Se destaca que el Reglamento no constituye un sistema modelo y que, en la práctica, muchos servicios penitenciarios europeos ya funcionan muy por encima de muchas de las normas establecidas en él mientras que otros se esfuerzan y seguirán esforzándose por hacerlo. Para los casos en que la aplicación del Reglamento tropiece con dificultades o problemas prácticos, el Consejo de Europa cuenta con mecanismos y conocimientos para prestar asesoramiento y aportar el fruto de la experiencia de las diversas administraciones penitenciarias de su ámbito de influencia.

En el presente Reglamento se hace hincapié una vez más en los preceptos de la dignidad humana, en el compromiso de las administraciones penitenciarias de impartir un trato humano y positivo y en la importancia de las funciones del personal y de unos criterios de gestión modernos y eficaces. Tiene por fin servir de referencia accesible y brindar aliento y orientación a quienes trabajan en todos los niveles de la administración penitenciaria. El memorando explicativo que acompaña el Reglamento tiene por objeto asegurar la comprensión, aceptación y flexibilidad necesarias para alcanzar el nivel de aplicación más alto que sea realista pretender por encima de las normas básicas.

Parte I

PRINCIPIOS BASICOS

1. La privación de la libertad tendrá lugar en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto de la dignidad humana y se ajusten al presente Reglamento.
 2. El Reglamento se aplicará imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, origen nacional o social situación económica o de cualquier otra índole. Se respetarán las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.
 3. El tratamiento de los reclusos debe tener por objeto proteger su salud y dignidad y, en la medida en que lo permita la duración de la condena, inculcarles el sentido de responsabilidad y desarrollar en ellos aptitudes y actitudes que les permitan reincorporarse a la sociedad al salir en libertad con las mejores posibilidades de vivir conforme a la ley y mantenerse con el fruto de su trabajo.
 4. Inspectores calificados y experimentados designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios. Su tarea consistirá, en particular, en verificar si estos establecimientos se administran y en qué medida se administran conforme a las leyes y los reglamentos en vigor, los objetivos de los servicios penitenciarios y las prescripciones del presente Reglamento.
 5. La protección de los derechos individuales de los reclusos, especialmente en lo que atañe a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención, se garantizará por medio de controles realizados, de conformidad con las normas nacionales, por una autoridad judicial u otro órgano debidamente constituido y facultado para visitar a los reclusos que sea ajeno a la administración penitenciaria.
- 6.1) Este Reglamento se dará a conocer de inmediato al personal penitenciario en los idiomas nacionales;
 - 6.2) También se pondrá a disposición de los reclusos en los mismos idiomas y en cualquier otro idioma en la medida en que sea razonable y posible.

Parte III

PERSONAL

51. En vista de la importancia fundamental del personal penitenciario para una gestión adecuada de las instituciones y el logro de sus objetivos en materia de organización y de tratamiento de los reclusos, las administraciones penitenciarias asignarán especial prioridad al cumplimiento de las normas relativas al personal.

52. Se estimulará permanentemente al personal penitenciario mediante programas de formación, procedimientos de consulta y un estilo de gestión positivo, para que aspire a la aplicación de normas humanas y a una mayor eficiencia y consagración a sus deberes.

53. La administración penitenciaria considerará que es tarea importante informar en forma permanente a la opinión pública del papel que desempeñan el sistema carcelario y el trabajo del personal, fomentando así la comprensión social de su importante contribución a la sociedad.

54.1) La administración penitenciaria procederá a una selección cuidadosa en la contratación o la designación a posteriores cargos de todos los miembros del personal. Se hará especial hincapié en su integridad, humanidad, capacidad profesional e idoneidad personal para el trabajo.

2) Los miembros del personal normalmente trabajarán como funcionarios penitenciarios profesionales de carácter permanente y tendrán la condición de empleados públicos; la estabilidad de su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de su eficiencia, de su buen estado de salud mental y física y de un nivel de instrucción suficiente. La remuneración del personal deberá ser adecuada para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Se determinarán las ventajas de la carrera y las condiciones del servicio teniendo en cuenta el carácter penoso de sus funciones.

3) Cuando sea necesario emplear a personal a tiempo parcial, deberán aplicarse estos criterios en la medida en que corresponda.

55.1) Al ser contratado o después de un período suficiente de experiencia práctica, el personal deberá seguir un curso de formación general y especial y pasar pruebas teóricas y prácticas, a menos que sus calificaciones profesionales lo hagan innecesario.

2) En el curso de su carrera, todo el personal deberá mantener y mejorar sus conocimientos y su capacidad profesional siguiendo cursos de perfeccionamiento que la administración organizará periódicamente.

3) Se tomarán disposiciones para ampliar la experiencia y la formación del personal cuya capacidad profesional pueda beneficiarse de ello.

4) La formación de todo el personal deberá incluir instrucción sobre las prescripciones y la aplicación del Reglamento de Prisiones Europeo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

56. Se esperará que en todo momento los miembros del personal se conduzcan y cumplan sus funciones de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia beneficiosa en los reclusos.

- 57.1) En lo posible se deberá añadir al personal un número suficiente de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos de educación física y deportes.
 - 2) Estos y otros especialistas normalmente serán empleados con carácter permanente. Ello no excluye los servicios de trabajadores a tiempo limitado o voluntarios cuando resulten adecuados o provechosos por el nivel de apoyo y la formación que puedan brindar.
- 58.1) La administración penitenciaria velará por que en todo momento las instituciones estén plenamente bajo la autoridad del director, el subdirector u otro funcionario autorizado.
 - 2) El director del establecimiento deberá hallarse debidamente calificado para su función por su carácter, su capacidad administrativa, una formación profesional adecuada y su experiencia en la materia.
 - 3) El director será designado con carácter permanente y estará disponible o accesible según lo exija la administración penitenciaria en las instrucciones de gestión.
 - 4) Cuando dos o más establecimientos estén bajo la autoridad de un director único, cada uno de ellos será visitado con frecuencia. Cada uno de dichos establecimientos estará dirigido por un funcionario responsable.
59. La administración introducirá formas de organización y sistemas de gestión para facilitar la comunicación entre las distintas categorías de personal en un mismo establecimiento, asegurar la cooperación entre los distintos servicios, en particular respecto del tratamiento y la readaptación social de los reclusos.
- 60.1) El director, el subdirector y la mayoría del personal del establecimiento deberán hablar la lengua de la mayor parte de los reclusos o una lengua comprendida por la mayor parte de éstos.
 - 2) Se recurrirá a los servicios de un intérprete cada vez que sea necesario y posible.
- 61.1) Se tomarán las medidas necesarias para velar por que en todo momento un médico calificado y acreditado esté en condiciones de atender sin demora los casos de urgencia.
 - 2) En las instituciones que no cuenten con uno o más médicos con dedicación exclusiva, se dispondrá la visita periódica de un médico con dedicación parcial o de personal autorizado de un servicio de salud.
62. Se alentará la contratación de personal en los establecimientos o en las partes de establecimientos en que estén recluidas personas del sexo opuesto.

- 63.1) El personal de los establecimientos no deberá recurrir a la fuerza contra los reclusos salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos. El personal que recurra a la fuerza se limitará a emplearla en la medida estrictamente necesaria e informará inmediatamente al director del establecimiento sobre el incidente.
- 2) El personal recibirá el entrenamiento técnico especial que corresponda para poder dominar a los reclusos violentos.
- 3) Salvo en circunstancias especiales, los agentes que desempeñen un servicio en contacto directo con los presos no estarán armados. Por otra parte, no se confiará jamás un arma a un miembro del personal sin que éste haya sido adiestrado en su manejo.

1/ Véase el documento E/CN.4/Sub.2/1988/28, párrs. 10, 47, 48 y 50.

2/ Véanse en los párrafos 32 a 39 del documento E/CN.4/Sub.2/1989/29 un resumen del debate y en el párrafo 41 la recomendación.

3/ Véase la decisión 1989/110 de la Subcomisión, de 1º de septiembre de 1989.

4/ Véase el documento E/CN.4/Sub.2/1991/56.

5/ Véase la decisión 1991/105 de la Subcomisión, de 28 de agosto de 1991.

6/ Véase el documento E/CN.4/Sub.2/1992/21. Al 4 de agosto de 1992 se había recibido respuesta de los Gobiernos de Cuba, Egipto y Turquía. El Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de los Amigos también había enviado una respuesta.

7/ E/CN.4/Sub.2/1992/22.

8/ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Las Reglas se reproducen en Derechos humanos: Recopilación de instrumentos internacionales, Naciones Unidas, Nueva York, 1988, págs. 189 a 208.

9/ 507 F. Supl. 1117 (D. Conn. 1980) modificado por otros motivos. 651 F.2º 96 (2nd. Circ. 1981).

10/ Al comentar el significado del término "autoridad" en el Conjunto de Principios, Tullio Treves sostiene que "autoridad" corresponde al concepto desarrollado en derecho internacional con respecto a la responsabilidad de los Estados por los actos de sus agentes": 84 American Journal of International Law, abril de 1990, págs. 578 a 586, en la pág. 580. Según el derecho de la de responsabilidad de los Estados, los actos de los órganos y de los funcionarios del Estado (a veces incluso cuando actúan ultra vires) son imputables a los Estados, pero no lo son los actos de particulares.

11/ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979. El Código de conducta se reproduce en Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales, págs. 225 a 232.

12/ Adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión. Entró en vigor el 1º de mayo de 1932. El Convenio se reproduce en Derechos humanos: Recopilación de instrumentos internacionales, págs. 166 a 177.

13/ 21 Detained Persons v. Federal Republic of Germany (3134/67; 3189-206/67) Collection of Decisions 27, 97.

14/ R. V. Ericson, M. W. McMahon y D. G. Evans, "Punishing for Profit: Reflections on the Revival of Privatisation in Corrections" (1987) Canadian Journal of Criminology, vol. 29, pág. 363.

15/ Parte de la experiencia de las provincias canadienses en el año 1986 ilustra el alcance de la participación del sector privado en el sistema penal. Véase Ericson y otros, más arriba, págs. 364 y 365:

"En una publicación que lleva el título revelador de Everyone's Business (Un asunto que interesa a todos), el Ministerio de Servicios Correccionales de Ontario enumera los aspectos que abarcan sus más de 300 contratos: la administración de residencias de centros especializados de la comunidad (los servicios que más se adentran en la parte "más severa" del sistema penal; administración de contratos relativos a las órdenes de servicio a la comunidad; programas de sensibilización sobre las drogas y el alcohol; supervisión de la libertad bajo fianza; formación para ganarse la vida; programas de empleo, y servicios especiales para delincuentes autóctonos. En una declaración de la John Howard Society sobre su participación en el sistema penal de Ontario se señala su orientación hacia la parte "menos severa" del sistema aun cuando entra en el ámbito de las instituciones: prevención (educación de menores, educación de la comunidad); intervención temprana (centros de asistencia, orientación para menores en materia de estupefacientes y alcohol, servicio de colocación para jóvenes, instrucción elemental y/o capacitación para ganarse la vida, trabajo en grupo para menores, asesoramiento de menores, órdenes de servicio a la comunidad impuestas a menores, reconciliación de la víctima y el agresor/restitución en caso de menores); tribunales (verificación de la fianza, supervisión de la libertad bajo fianza, supervisión de la libertad vigilada, servicios para las víctimas, reconciliación de víctimas y agresores, restitución,

orientación para personas con retrasos en el desarrollo mental, alternativas a las multas, residencias juveniles, órdenes de servicio a la comunidad, programa para impedidos al volante); instituciones (visitas a personas detenidas, asesoramiento a los reclusos, supervisión de las ausencias provisionales, planificación para la puesta en libertad, defensa, esparcimiento, trabajo en grupos, apoyo a secciones [grupos de reclusos], evaluación de la comunidad federal, apoyo a la familia); y etapa postinstitucional (asesoramiento a la familia, asesoramiento voluntario, supervisión federal de la libertad bajo palabra, servicio de empleo, trabajo en grupos, centros residenciales, admisión y remisión, talleres internos).

Esta gama de actividades que pueden realizar los organismos no estatales en los ámbitos más leves del sistema penal forma parte del movimiento más amplio de justicia "no oficial" y de control de la comunidad. Los organismos del Estado y las grandes empresas no estatales con que establecen contratos movilizan a los ciudadanos para que participen más en la mutua fiscalización por medio de actividades de prevención, vigilancia y prestación de servicios. Los ciudadanos han de ser observadores a la vez que observados, a cargo de su propia vigilancia. Lo pueden conseguir pagando por ello, contratando a empresas privadas de seguridad. También pueden participar en ello, convirtiéndose en empleados a sueldo o voluntarios de organizaciones de vigilancia no estatales."

16/ Algunos criminólogos señalan que el sector voluntario es manejado por profesionales que, por muy altruistas que sean los motivos de su participación en estas labores, prestan servicios por contrata al sistema penal, perciben ingresos y promueven sus carreras e intereses profesionales: ibid., pág. 360, y J. R. Lilly y P. Knepper, "The Corrections-Commercial Complex" (1992) Prison Service Journal N° 87, pág. 46. Véase el artículo de los mismos autores, "An International Perspective on the Privatisation of Corrections" (1992) en The Howard Journal, vol. 31, págs. 174 a 191.

17/ El ámbito de participación en los servicios penales se indica en la nota 15 más arriba.

18/ Para un breve y útil recuento de la historia de las industrias carcelarias, véase D. M. Haller "Prison Industries: A Case for Partial Privatisation" (1986), Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol. 2, 479. Los peligros del desarrollo de una forma contemporánea de esclavitud deben evitarse con todas las salvaguardias posibles, en particular el consentimiento del recluso (véase más abajo), teniendo en cuenta los peligros históricos de la contratación de reclusos para trabajos externos. Véase Ericson, op. cit., págs. 357 y 358:

"En los Estados Unidos, en especial en el sur, el sistema penal prosperó gracias a su vinculación con la empresa privada. Por medio de un sistema de cesión en arrendamiento de los reclusos, estos no sólo eran "esclavos del Estado" legalmente (como se enuncia en la declaración clásica del caso Ruffin c. el Commonwealth, 62, Va. 790 [1871]), sino también esclavos de los empresarios locales que

concertaban contratos con el Estado para obtener la plusvalía del trabajo de los reclusos. Los funcionarios públicos unían el capital del Estado al capital privado para sacar provecho de la mano de obra de los reclusos. En el sur, aun después de haberse puesto fin oficialmente a la esclavitud de los negros, las legislaturas de los Estados promulgaron leyes (por ejemplo, relativas a los vagos y maleantes) que permitían que los antiguos esclavos y otros miembros marginales de la sociedad fueran encarcelados y cedidos en arrendamiento con fines de lucro. El tamaño de la población carcelaria estaba determinado no por el índice de criminalidad ni por la necesidad de control social ni por la eficacia de la policía, sino por el deseo de que el delito pagara -en beneficio de empleados públicos y privados. El sistema penitenciario de Mississippi celebró el hecho de arrojar utilidades cada año hasta la segunda guerra mundial. No fue sino hasta fines del decenio de 1920 y ya iniciado el de 1930 que las leyes pusieron término al sistema de cesión en arrendamiento de los reclusos, al parecer en respuesta a la presión de las empresas manufactureras rurales y los sindicatos que no podían soportar la competencia, en especial con el advenimiento de la depresión."

Véase también J. Dilulio, "Prisons, Profits and the Public Good: The Privatisation of Corrections", Criminal Justice Centre, Sam Houston State University, 1 Research Bulletin 1, págs. 2 y 3 (1986).

19/ Desde que entró en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño, se pueden plantear cuestiones análogas en relación con la práctica generalizada de la detención de menores en establecimientos del sector privado supervisados por el Estado. Es posible que el grado de supervisión y de exigencia de rendición de cuentas sea tal que no se pueda hablar de un traspaso de la responsabilidad. Sin embargo, el argumento de que la custodia de los presos adultos es deber del Estado en principio es igualmente válido. La única distinción posible es que los menores son el equivalente de pupilos del Estado y que, tradicionalmente, su custodia y educación se han encomendado a particulares y entidades privadas in loco parentis.

20/ R. W. Harding, "Private Prisons in Australia" (1992), Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, N° 36, Australian Institute of Criminology, pág. 1.

21/ S. Macionis, Director General Adjunto de la Comisión de Servicios Correccionales de Queensland, Conferencia sobre el sector privado y la participación de la comunidad en la justicia penal, Wellington, Nueva Zelandia, 30 de noviembre a 2 de diciembre de 1992, "The Queensland Experience", pág. 6.

22/ Sr. Peter Lloyd, Ministro de Estado, 18 de septiembre de 1992, comunicado del Servicio Penitenciario de Su Majestad, 219/92. En una respuesta parlamentaria se adoptó una posición análoga:

"Las cárceles en cuestión no están siendo privatizadas. Sólo se está contratando su administración. Es algo muy limitado... Nos interesa que todo servicio que se contrate se desempeñe satisfactoriamente."

House of Lords Debate, 20 de abril de 1993, col. 1370, Earl Ferrers.

23/ Véase J. G. Miller, "The Private Prison Industry: Dilemmas and Proposals" (1986), Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol. 2, págs. 465 a 477, que aboga por un programa nuevo y distinto que sea verdaderamente competitivo con las cárceles. En los Estados Unidos se ha expresado preocupación por las fuertes presiones que ejercen las empresas internacionales de seguridad y construcción sobre los políticos y algunos administradores penitenciarios y las eficaces técnicas de comercialización que emplean para manipular a la opinión pública. En el Reino Unido, la Campaña de los Sindicatos Penitenciarios ha suministrado información detallada sobre las interconexiones: véase Prisons Services Privatisation, T.U.C. Affiliated Prison Unions, Londres, 1992, págs. 39 a 65.

24/ El vocabulario y las asociaciones que suscita son importantes. Así, en el artículo 5 de la Ley francesa N° 87-432 de 22 de junio de 1987 relativa al servicio penitenciario público se reemplazó la expresión "maisons de correction et maisons centrales" en el artículo 719 del Código de Procedimiento Penal por "maisons d'arrêt et établissements pour peines".

25/ Para la historia de la participación del sector privado en los centros correccionales y cárceles europeos, véanse M. Ignatieff, A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850, Londres: Macmillan, 1978, y G. Rusche y O. Kirchheimer, Punishment and Social Structure, Nueva York: Columbia University Press, 1939. Para el resurgimiento contemporáneo de las cárceles privadas, véanse S. Borna, "Free enterprise goes to prison" (1986), British Journal of Criminology vol. 26, págs. 321 a 334, y J. Mullen, K. J. Chabotar y D. M. Carrow, The Privatisation of Corrections, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, febrero de 1985. Véase también Criminal Justice Associates Inc. (Sexton, Auerbach, Farrow et al.), Private Sector Involvement in Prison - Based Businesses: A National Assessment, U.S. Department of Justice, noviembre de 1985.

26/ Por ejemplo, el hecho de que prevaleciera la esclavitud en gran parte del mundo en el siglo XIX no hará del resurgimiento contemporáneo de la esclavitud otra cosa que una violación del derecho internacional en materia de derechos humanos.

27/ G. C. Zoley, "A discussion of the Wackenhut Experience providing correctional management services in the U.S." (1992), Prison Service Journal N° 87, 38. El Sr. Zoley es presidente de la empresa correccional de Wackenhut, que supervisó una instalación para 150 personas en 1986 y para 1992 se había convertido en una "organización internacional de administración de servicios correccionales con más de 5.500 reclusos". Según el Centro de estudios de criminología y derecho de la Universidad de Florida, en noviembre de 1991 en los Estados Unidos había 43 instalaciones penitenciarias de

seguridad para adultos, con capacidad para 15.476 reclusos. Se estaban construyendo varias otras instalaciones: extraído de Centre for Alternative Industrial and Technological Systems, Prison Services Privatisation (preparado para la Campaña de los Sindicatos Penitenciarios), Londres, 1992, págs. 67 y 68. Así, en un año, el ámbito de la privatización se había ampliado rápidamente.

28/ L. F. Travis III, E. J. Latessa y G. F. Vito, "Private Enterprise and Institutional Corrections: A Call for Caution", (1985) Federal Probation, vol. 49, N° 4, pág. 10.

29/ Macionis, nota 21 más arriba, pág. 4. El paso a la "administración por contratistas" como parte de la reforma correccional se produjo tras la publicación de J. J. Kennedy, Final Report of the Commission of Review into Corrective Services in Queensland, State Government Printer, Brisbane, 1988.

30/ La licitación ganadora para esta cárcel fue la de un consorcio en que participaba Wackenhut, que también era parte en un contrato para un centro de detención y acogida (Wacol) en Queensland. Véase la nota 27 más arriba.

31/ Andrew Stewart, "Private Prisons Prove their Worth", Business Review Weekly, 3 de julio de 1992, pág. 32. Antes de su independencia, Papua Nueva Guinea había estado compuesta de dos territorios dependientes administrados por Australia.

32/ Es parte de un consorcio en que participa la Corrections Corporation of America. Esta empresa es el mayor administrador de establecimientos en los Estados Unidos de América. Forma parte de un consorcio que compone la Corrections Company of Australia, administradora del Centro Correccional de Borallon (344 plazas) en Queensland.

33/ Securicor mantuvo el contrato entre 1970 y 1988. En 1989 Group 4 asumió el contrato después que se llamó a licitación. En 1987, una investigación parlamentaria reveló que resultaba tres veces más caro mantener a un recluso en Harmondsworth que en un establecimiento penitenciario público equivalente: Prison Services Privatisation, nota 27 más arriba, pág. 95.

34/ Véase la nota 15 más arriba.

35/ Originalmente, las fonctions de surveillance et de gardiennage se consideraron idóneas para la administración por el sector privado pero, tras un examen de las dificultades jurídicas, incluidas las prerrogativas del Estado y la condición del personal, se descartó la idea de tal gestión. Véase P. Couvrat, "Quelques réflexions sur la loi du 22 Juin 1987 relative au service public pénitentiaire" (1987), Revue Science Criminelle et Droit Penal Comparé, 925. El memorándum del Gobierno de Francia hacía hincapié en que, como parte de las prerrogativas del Estado, conservaba las funciones de dirección, las funciones de secretaría y administración y de custodia y vigilancia.

36/ Conceptos claros de la prerrogativa del Estado derivada de la prerrogativa real se han oscurecido con el desarrollo de la doctrina de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido y sus antiguas colonias y con la doctrina de la división de los poderes en los Estados Unidos de América. Evidentemente, algunos Estados del sur de los Estados Unidos gozan de disposiciones heredadas de derecho civil, al igual que Quebec, pero no participaron en el desarrollo en el siglo XIX del droit administratif o sistemas paralelos en el continente europeo. Estudiosos del tema en los Estados Unidos han debatido acaloradamente la cuestión de la delegación de poderes en los administradores penitenciarios del sector privado. Véase la nota 95 más abajo.

37/ J. R. Lilly y P. Knepper, "The Corrections - Commercial Complex" (1992), Prison Service Journal, N° 87, pág. 47.

38/ J. R. Lilly y P. Knepper, "An International Perspective on the Privatisation of Corrections" (1992) The Howard Journal, vol. 31, pág. 186. Los autores manifiestan la inquietud de que las empresas carcelarias con sede en los Estados occidentales industriales afectarán el futuro del castigo en los países del Tercer Mundo.

39/ Lo describe correctamente la sentencia de los Estados Unidos en el caso Morales c. Schmidt, 340 F. Suplemento 544, 550 (W.D. Wisc. 1972), revisada 489 F.2d 1335, 1344 (7ª Circ. 1973):

"En los litigios relativos a la Decimocuarta Enmienda, el aspecto más característico de la prisión, es que es un conjunto de disposiciones de carácter físico y de medidas íntegramente a cargo de funcionarios públicos, que determinan toda la existencia de ciertos seres humanos (excepto, quizá, en el ámbito del espíritu e inevitablemente también en él) día tras día, cuando están dormidos, despiertos, hablando, en silencio, trabajando, distrayéndose, mirando una película, comiendo, evacuando, leyendo, solos o acompañados. No sucede lo mismo con los miembros de la población general adulta. Los Estados no exigen a la población que se levante a una hora determinada, se retire a sus habitaciones también a una hora fija, coma a ciertas horas, viva durante algunos períodos totalmente aislada de los demás, use ciertas vestimentas o se someta a inspecciones bucales o anales después de las horas de visita, ni prohíbe a los miembros de la población general adulta hablar entre ellos, usar barba, besar a sus cónyuges o comunicarse con sus amantes."

40/ El Honorable Kenneth Clarke, Secretario de Estado del Interior, Address at 10th Anniversary Conference of the Audit Commission, 5 de marzo de 1993, pág. 10. La motivación no es únicamente el ahorro sino la satisfacción del público. El 5 de marzo de 1993, el Secretario de Estado consideraba aún al servicio policial "un monopolio natural": ibid., pág. 13. Un editorial del periódico The Times del 2 de septiembre de 1992, aludía a algunos aspectos de la evolución ulterior refiriéndose a la policía como un "servicio", y al público como un "cliente" de la policía que debe decidir entonces "cuántos servicios policiales está dispuesto a pagar,

especificando qué calidad de servicio considera rentable". En un reciente informe del Adam Smith Institute, An Arresting Idea (que figura en "Private security firms urged to take over from bureaucratic police", Security Management Today, agosto-septiembre de 1991, pág. 4) se postulaba la privatización de la formación policial, del registro de extranjeros y de otras funciones policiales. La justificación dada por el grupo de estudiosos del mercado libre se basó en varios experimentos realizados en los Estados Unidos de América, donde las ciudades pequeñas preferían las empresas privadas a las fuerzas policiales para mantener el orden público. En junio de 1993, el Gobierno estudiaba la posibilidad de privatizar algunas funciones secundarias de la policía, como la escolta de camiones acoplados en las carreteras.

41/ D. N. Wecht, "Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons", (1987) Yale Law Journal, vol. 96, págs. 815 y 817.

42/ Véase Colin Jacque, "Privatizing the Court System", The Lawyer, 4 de febrero de 1992, pág. 19, donde el autor defiende la privatización de "todo el sistema judicial excepto, por supuesto, la designación de jueces... Toda la estructura, comprendidos los edificios y el personal del sistema judicial, quedaría en manos de una compañía afiliada al Gobierno... Deberían revisarse los aranceles judiciales, ya que el mejoramiento de servicios que en la actualidad no satisfacen las necesidades ni del público ni de los abogados sería extremadamente oneroso... Convendría que estos aranceles aumentaran de manera proporcional a la importancia y la complejidad del problema que se debate... La finalidad es lograr la autosuficiencia de todo el sistema. Esto volvería redundante un sistema de justicia civil financiado con fondos públicos" El autor admite que debe garantizarse "una justicia accesible y equitativa para todos" y que de alguna manera debe velarse por que "las partes en litigios de pequeña envergadura no queden "descartadas" por aranceles excesivos".

43/ J. T. Gentry, "The Panopticon Revisited: The Problem of Monitoring Private Prisons" (1986) Yale Law Journal, vol. 96, págs. 353 y 354. Jeremy Bentham, el reformador y fundador del utilitarismo, proponía en su Panopticon (1791) la construcción y administración -mediando un pago- de una prisión especialmente diseñada en la que los reclusos temieran constantemente que se los estaba observando y, por consiguiente, se abstuvieran de todo comportamiento incorrecto. El renacimiento del concepto de gestión privada de las cárceles fue también motivado por la reforma. Lo propusieron, prácticamente al mismo tiempo, dos influyentes fuentes estadounidenses: una publicación de la Rand Corporation y una investigación publicada por el National Institute of Corrections. Véase P. Greenwood, Private Enterprise Prisons? Why Not? The Job would be Done Better and at Low Cost, Santa Mónica, California: Rand, 1981; y S. S. Steinberg, J. M. Keating y J. J. Dahl, Potential for Contracter Management in Local Correctional Facilities, Center for Human Services para el National Institute of Corrections, Washington, D.C., marzo de 1981.

44/ Al menos un motín (el de la prisión de Gloucester) fue provocado deliberadamente por funcionarios penitenciarios que intentaban impedir la reforma: Inspector de Prisiones de Su Majestad, Report on an Inquiry into

Disturbances in Prison Service Establishments in England between 19 April/19 May 1986, H.M.S.O., Londres, 1987.

45/ Véase Harding, *op. cit.*, más arriba, págs. 2 y 7. Los políticos muy raramente manifiestan abiertamente estas críticas, pero en el Home Secretary's Speech to the Prison Reform Trust, de 24 de marzo de 1993, en las páginas 11 y 12, el Secretario del Interior declaraba:

"Las prisiones públicas deben aprovechar la experiencia adquirida a raíz de la competencia -y la colaboración- con los proveedores del sector privado... Cada establecimiento debe procurar constantemente utilizar los recursos disponibles, incluido su personal, de la manera más flexible, imaginativa y eficiente posible. El objetivo deberá ser siempre hallar formas de obtener un mayor rendimiento con los mismos recursos o con menos. El aumento de la productividad ha sido, a lo largo de la historia, la manera de mejorar el rendimiento de cada servicio y de cada industria; sin una mayor productividad, la sociedad contemporánea viviría todavía como en la época victoriana y algunos sostienen que ciertos sectores del Servicio Penitenciario siguen estando en esas condiciones."

Anteriormente, el Secretario de Estado había escrito en The Independent, 22 de diciembre de 1992, que si no se cumplían las condiciones especificadas en las cárceles privatizadas, podía imponer sanciones financieras a los contratistas que disminuyeran sus beneficios: "Es la solución más eficaz de que dispongo para influir sobre un servicio contratado".

46/ C. Becker, "With Whose Hand: Privatisation, Public Employment and Democracy", (1988) Yale Law and Policy Review, vol. 6, pág. 88. Los sindicatos penitenciarios del Reino Unido consideran la política gubernamental de privatización de prisiones de la manera expuesta en Prison Services Privatisation, nota 27 más arriba, págs. 5 a 6 y 21 a 23.

47/ Véanse las especificaciones para un funcionamiento modelo destinadas a los centros penitenciarios en Queensland adjuntas a Macionis, *op. cit.*, nota 21 más arriba. Véanse también las especificaciones de funcionamiento detalladas (desde entonces enmendadas y completadas) adjuntas a Invitation to Tender: Management of H.M. Prison Manchester - Letter of Invitation, 27 de octubre de 1992.

48/ Prison Services Privatisation, preparado para la Campaña de los Sindicatos Penitenciarios, nota 27 más arriba, pág. 79.

49/ No hay ninguna prueba de que el trabajo contribuya a la rehabilitación o evite la reincidencia, pero según afirmaba el Presidente del Tribunal Supremo Burger en su discurso "Fábricas con vallas" de 16 de diciembre de 1981, "si sólo el 10% de las personas que de otro modo volverían a prisión no lo hacen, el esfuerzo ya valdría la pena". Véase Haller, *op. cit.*, nota 18 más arriba, pág. 495. Haller analiza con cierto detalle lo que denomina "la teología del trabajo". Los beneficios, vistos por un estudio oficial estadounidense, se analizan en Private Sector Involvement in Prison-Based Business, nota 25, más arriba, págs. 36 y 78 a 81. El sector

empresarial, los guardias de prisiones y los legisladores coincidieron en que el principal beneficio era la disminución del ocio de los reclusos. Para conocer una posición canadiense (Ontario) y la opinión del asesor del Grupo de Trabajo Especial Nielsen del Gobierno Federal, de que el trabajo de los reclusos para el sector privado disminuye los gastos de mantenimiento y de servicios sociales de la Comisión Correccional Canadiense, véase Ericson, nota 15 más arriba, pág. 373.

50/ En Private Sector Involvement in Prison-Based Business, págs. 37 y 73, se presentan varios modelos para el sector privado, que puede participar como empleador, inversor, administrador o cliente; asimismo, se enumeran las formas de participación en los Estados de los Estados Unidos de América hasta 1985.

51/ Ibid., pág. 87. Los reclusos en los Estados Unidos de América mostraban una marcada preferencia por los proyectos laborales del sector privado, no sólo porque la remuneración era superior a la de las industrias penitenciarias tradicionales sino también debido al resentimiento generado por el hecho de que el Estado percibía una cuantía sobre los salarios de los reclusos por alojamiento y comida. Estos eran hostiles a trabajar para sus "carceleros".

52/ Address at 10th Anniversary of the Audit Commission, 5 de marzo de 1993, págs. 17 y 18.

53/ Ibid., págs. 15 y 16. De hecho, esta ideología procede de las instituciones de investigación del sector liberal contrario al intervencionismo de Estado. Al igual que en los Estados Unidos de América, donde un grupo de reflexión de la Rand Corporation fue el primero en proponer la privatización de las cárceles, el Adam Smith Institute del Reino Unido dio impulso a esta idea con su publicación Omega Justice Policy, A.S.I. Research Ltd., Londres, 1984. A pesar del rechazo inicial del concepto por el Ministerio, el Adam Smith Institute continuó con el tema de la privatización de las cárceles y publicó el estudio de P. Young The Prison Cell, A.S.I. Research Ltd., Londres, 1987, que describía la experiencia estadounidense de manera idílica y al mismo tiempo criticaba el "dominio del productor" que ejercían los sindicatos penitenciarios. Stephen Shaw, en "The Short History of Prison Privatisation" (1992), Prison Service Journal, N° 87, págs. 30 a 32, observa que "fue el interés personal de tan sólo dos diputados poco conspicuos del Comité del Interior en la idea de un sistema de prisiones privadas... el que estableció firmemente esta cuestión en el temario político". El cuarto informe del Comité de Interior, Contract Provision of Prisons, H. C., Paper 291, 1987, recomendó que "a título experimental, el Ministerio de Interior permitiera a empresas privadas presentarse a convocatorias para la construcción y la administración de establecimientos carcelarios". Ulteriormente se encargó a los consultores Deloitte Heskins y Sells que prepararan A Report to the Home Office on the Practice of Private Sector Involvement in the Remand System, 1989. El informe fue favorable. En el mundo de la contabilidad internacional inevitablemente se crean vínculos recíprocos y pueden plantearse conflictos de intereses. La Campaña de los Sindicatos Penitenciarios observa que la Corrections Corporation of America

(véase nota 32, más arriba) tenía como auditores externos en Tennessee a Deloitte y Touche: Prison Services Privatisation, nota 27, más arriba, pág. 50.

54/ Home Secretary's Speech to the Prison Reform Trust, 24 de marzo de 1993, págs. 15 y 16.

55/ Framework Document, H. M. Prison Service, Londres, abril de 1993, pág. 2, Secretario de Interior.

56/ House of Commons Debates, 5 de diciembre de 1991, col. 220, Secretario de Estado.

57/ D. Waplington, "Observations on a Visit to the Wolds" (1992), Prison Service Journal, N° 87, pág. 33.

58/ Prison Reform Trust, Wolds Remand Prison Contracting-Out: A First Year Report, Londres, abril de 1993, págs. 26 y 27.

59/ Véase Prison Services Privatisation, nota 27, más arriba, págs. 28 a 38 y 92 y 93, donde se documentan las deficiencias de las empresas de seguridad. En los Estados Unidos un estudio del National Institute of Justice detectó graves problemas. En J. E. Field, "Making Prisons Private: An Improper delegation of a Governmental Power" (1987), Hofstra Law Review, vol. 15, pág. 664, se mencionan varios estudios sobre la deficiente calidad del personal en las empresas de seguridad privada.

60/ Harding, op. cit., nota 20, más arriba, pág. 7, declara que los gastos de capital disminuyeron en un 50% en Nueva Gales del Sur en la prisión de Junes, donde ascienden a 57 millones de dólares australianos. En la primera página, el autor revela también que los gastos de funcionamiento de Queensland Remand y del Reception Centre ascendían a 11,5 millones de dólares australianos por año, en comparación con 18 millones de dólares australianos si hubieran sido administrados por el sector público.

61/ Véanse los argumentos contrarios sobre las ventajas y desventajas operacionales de la privatización de prisiones en W. I. Cikins, "Privatisation of the American Prison System: an Idea whose Time has Come? (1986), Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol. 2, págs. 445 y 456 y 457.

62/ En Prison Services Privatisation, nota 27, más arriba, págs. 69 y 70, se citan algunos ejemplos de fracasos financieros de cárceles privadas en los Estados Unidos. Se plantean problemas de envergadura si un contratista va a la quiebra y dificultades para transferir su personal al sector público. Una posible solución sería la reestructuración y la adquisición por terceros, si se establecen las debidas salvaguardias con respecto al carácter del comprador en una "oferta pública de compra" de la prisión. La Campaña de los Sindicatos Penitenciarios del Reino Unido es aún más crítica con respecto a la reducción de costos, el despido de personal, la falta de formación adecuada de las empresas estadounidenses en el negocio de la administración de prisiones y la presunta corrupción: ibid., págs. 74 a 77 y 91 y 92.

63/ S. F. Stacy, en "Capitalist Punishment: The Wisdom and Propriety of Private Prisons", (1991) Nebraska Law Review, vol. 70, págs. 900 y 914. C. Logan, en Private Prisons: Cons and Pros, New York, Oxford University Press, 1990, pág. 93, afirma que los ahorros en los servicios de Inmigración y Naturalización oscilaron entre el 6 y el 72%. En las prisiones condales los ahorros fueron del 5 al 52%, según el espacio disponible para adjudicar servicios por contrato a otras jurisdicciones y la posibilidad de eliminar algunos puestos de plantilla. No obstante, un partidario de la privatización, el profesor Logan, declara en la página 117 lo siguiente: "Las cárceles privadas no serán forzosamente menos caras que las que pertenecen al Estado y son directamente administradas por éste".

64/ Véase Wolds Remand Prison Contracting-Out, *op. cit.*, nota 58, más arriba, pág. 15. Los gastos iniciales de Wolds, cuando la prisión privada todavía no estaba llena, ascendían a 37.336 dólares de los EE.UU. por año y por recluso, mientras que el gasto promedio en el Servicio Penitenciario en 1991-1992 era de 22.984 dólares de los EE.UU. Pero esta comparación es imposible. El Secretario de Estado del Interior reveló que el costo semanal por recluso en 1992, durante los primeros nueve meses de funcionamiento de la Wolds Remand Prison, fue de 626 libras esterlinas (939 dólares). En la State Lindholme Prison, una cárcel de formación de categoría C, el costo ascendió a 336 libras (504 dólares), pero el autor consideró que esta comparación era engañosa ya que cuando una cárcel acaba de inaugurarse y se va llenando de reclusos sus gastos per capita son más elevados. House of Commons Debates, 30 de marzo de 1993, c. 115. El Director General del Servicio Penitenciario escribió en The Times del 2 de junio de 1993 que los gastos semanales por recluso en Wolds ascendían a la sazón a 350 libras (525 dólares) y en la nueva prisión de Blakenhurst a 310 libras (465 dólares); en cambio, en el sector público el promedio era de 440 libras (660 dólares). El autor señalaba que la última cifra incluía las prisiones de alta seguridad.

65/ En los Estados Unidos de América se acusa a las empresas que administran cárceles de mantener en un principio artificialmente los precios bajos para que el público se acostumbre a las cárceles privadas, con la intención de aumentar los precios una vez que lo hayan logrado; J. M. Cheever, "Cells for Sale", National Law Journal, 19 de febrero de 1990, pág. 33, col. 2. Asimismo, en el Reino Unido los sindicatos de funcionarios penitenciarios que se oponen a la reforma sugieren que esas empresas hicieron ofertas a pérdida para adjudicarse contratos, pero admiten que ello tampoco puede probarse, ya que los aspectos financieros de los contratos son "comercialmente confidenciales", y esta información se niega incluso al Parlamento: Prison Services Privatisation, nota 27, más arriba, pág. 17. En cambio, el estudio del National Institute of Justice de los Estados Unidos, Private Sector Involvement in Prison-Based Business, nota 25, más arriba, págs. 83 y 84, llegó a la conclusión de que las empresas privadas participaban en los negocios penitenciarios (es decir, utilizando a los reclusos como mano de obra) tanto por una inquietud filantrópica y una actitud de responsabilidad empresarial como por imperativos prácticos comerciales. Sin embargo, concluyó que "en última instancia, una empresa podrá continuar su participación mientras ello se justifique financieramente". Esto se aplicará con más razón a la responsabilidad considerablemente mayor de administrar toda una prisión.

66/ Véase Gentry, *op. cit.*, más arriba, nota 43, págs. 358 y 359 y Stacy, *op. cit.*, nota 63 más arriba, págs. 915 y 916. El estudio oficial de los Estados Unidos de América, *Privatisation of Corrections*, *op. cit.*, nota 25, más arriba, pág. 75, hacía una observación similar sobre la disminución de la capacidad y la dificultad de volver a una gestión pública.

67/ *The Privatisation of Corrections*, nota 25, más arriba, pág. 50.

68/ Es más barato reducir la plantilla de personal y mantener a los reclusos dentro de un perímetro seguro, como sucede en algunos establecimientos estadounidenses privatizados. Las celdas tienen televisores e incluso terminales de computador para ocupar a los reclusos y los guardias armados utilizan equipos audiovisuales para vigilarlos. Los reclusos raramente abandonan sus celdas. En el Reino Unido se prometen dos formas de protección contra esto. Las actividades de los reclusos se especificarán en el contrato y habrá un inspector residente que verifique el cumplimiento de las normas: R. Graef, *The Independent*, 4 de marzo de 1993, pág. 4. El Prison Reform Trust, al informar sobre el primer año de funcionamiento de Wolds y reconociendo los problemas iniciales inevitables de una nueva prisión, halló que había razones valederas de preocupación y que no se respetaban las normas establecidas, en particular con respecto al personal, *op. cit.*, nota 58, más arriba, págs. 37 a 39.

69/ Es probable que en algún momento el Estado decida economizar. Es concebible que en el futuro haya hacinamiento en las cárceles. Una respuesta parlamentaria reveló que podían introducirse modificaciones en los servicios contratados para la prisión de Wolds, e incluso cambios en el número convenido de plazas si la población carcelaria superaba su nivel normal durante un período de tiempo prolongado: *H. C. Debates*, 20 de enero de 1992, col. 55, Ministro de Estado. Los documentos de licitación para la prisión de Estado de Manchester, Cédula 1, Anexo C, prevén también la posibilidad de exigir al contratista que acepte un número de reclusos superior al del nivel de ocupación acordado.

70/ Las pruebas de una incidencia comparable de estos abusos en las cárceles estatales y privadas son limitadas y por ende no son concluyentes, pero las agresiones entre reclusos son un grave problema cuya frecuencia en la Wolds Remand Prison de Inglaterra (privatizada) duplica con creces la registrada en el sistema estatal: *Wolds Remand Prison Contracting - Out: A First Year Report*, *op. cit.*, nota 58, más arriba, pág. 34, párrs. 13.10 y 11. Se considera que la disponibilidad ilegal de estupefacientes es un factor coadyuvante.

71/ Por ejemplo, en la prisión de Wolds, el Group 4 no contrató originalmente a ningún guardia perteneciente a una minoría étnica, mientras que al 5 de noviembre de 1992, el 9,7% de los 237 reclusos deambulatorios pertenecían a minorías étnicas. Para el 19 de marzo de 1993 este porcentaje había disminuido al 7,1% (22 de 310 reclusos) mientras que tres miembros del personal (1,6% del total) pertenecían a minorías étnicas.

72/ El Ministro de Estado del Interior explicó en los siguientes términos la postura de la primera cárcel inglesa privatizada:

"La Prisión del Estado de Wolds no está obligada a aplicar las orientaciones e instrucciones del Servicio Penitenciario sobre relaciones raciales. No obstante, debe establecer políticas y procedimientos que alcancen resultados similares. La dirección de Wolds publica y expone una política de relaciones raciales, capacita a su personal en esta materia y ha designado a un funcionario y un comité de relaciones raciales, que se reúne en promedio cada dos meses y acopia mensualmente información procedente de la supervisión. El inspector residente supervisa estrechamente el desempeño del contratista."

House of Lords Debates, 11 February 1993, WA 54, Earl Ferrers.
Una respuesta anterior había revelado que el funcionario de capacitación actuaba también como funcionario de relaciones raciales.

73/ Connie Mayer, "Legal Issues Surrounding Private Operation of Prisons", (1986) Criminal Law Bulletin, vol. 22, 309, págs. 319 y 320.

74/ Los sistemas judiciales nacionales de dos Estados pioneros en la privatización de las cárceles no les reconocen a los reclusos una libertad residual, que convertiría el régimen de aislamiento en una infracción que exigiría garantías de procedimientos adecuadas: véase Hewitt v. Helms 459 U.S. 460 (1983). La Corte Suprema sostuvo (pág. 468) que "era razonable que los reclusos previeran que en algún momento de su reclusión estarían sometidos a este tipo de confinamiento. El Juez Stevens expresó su profundo desacuerdo con esto en las páginas 487 y 488. En R. v. Deputy Governor of Parkhurst Prison, Ex parte Haque [1992] 1 A.C. 58, la Cámara de los Lores sostuvo que el Director y los funcionarios bajo su autoridad podían utilizar métodos de coerción contra los reclusos dentro de los límites definidos de la prisión, que toda la vida del recluso estaba reglamentada por el régimen penitenciario y que, por consiguiente, éste no poseía ninguna libertad residual: véase, en particular, el dictamen de Lord Bridge en las páginas 162 a 164.

75/ Incluso se permite a los contratistas de cárceles que redacten códigos o reglamentos para las instituciones penitenciarias. Ello porque en la mayoría de los Estados se autoriza a los directores de las cárceles del sector público a redactar normas institucionales y establecer algunos reglamentos disciplinarios para todo el Estado: J. E. Field, op.cit., nota 59 más arriba, 661. D. N. Wecht, en "Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons" (1987) Yale Law Journal, vol. 96, 821, explica que debido al deseo del poder legislativo (y de los tribunales) de confiar en la capacitación y la competencia de los funcionarios de prisiones, se deja a la discreción del personal penitenciario la aplicación de esas normas: "Las cárceles son "instituciones totales" en las cuales los guardias determinan día a día lo que los reclusos pueden o no hacer".

76/ Ley de Justicia Criminal, 1991, artículo 3 b).

77/ En Wolds Remand Prison Contracting Out: A First Year Report, op. cit. supra N° 58 hay muchos párrafos sobre la no intervención del personal en situaciones de agresión y de suministro de drogas: párrs. 4.7 a 12, y 10.8. Véanse también las páginas 33 a 35, en que se expresa el punto de vista del Estado de que la presentación de informes sobre cada incidente resulta "puntillosa". A finales de los años veinte, una cárcel privada de Michigan tuvo que cerrar, porque los guardias no estaban interesados en eliminar la circulación de contrabando.

78/ Ley de Justicia Criminal, 1991, artículo 86, 3) y 4).

79/ Se pretende satisfacer este requisito mediante especificaciones contractuales y la exigencia de certificados de aptitud expedidos por el Secretario de Estado. Sin embargo, el no haber sido objeto anteriormente de condenas penales no es un requisito para el personal de custodia de las cárceles de los sectores privado y público, pero se tiene en cuenta para su contratación: House of Commons Debates, 23 de abril de 1993, col. 216.

80/ D. W. Dunham, "Inmates' Rights and the Privatisation of Prisons", (1986) Columbia Law Review, vol. 86, 1475, 1479, cita a una autoridad de los Estados Unidos que muestra que cuando los administradores de centros privados de detención subcontratan a su vez, los empleados de los subcontratistas, a menos que se demuestre que son agentes del Estado y que ha estado presente la "acción del Estado" cuando los subcontratistas trataban mal a los reclusos, ni los administradores de cárceles privadas ni tampoco los funcionarios estatales serán responsables de las violaciones de los derechos del recluso cometidas por los subcontratistas.

81/ Por lo que respecta al Reino Unido, véase R. v. Deputy Governor of Parkhurst Prison, ex parte Hague [1992] 1 A. C. 58, donde la Cámara de los Lores sostuvo que el Reglamento de Prisiones de 1964 tenía carácter normativo y servía de marco para el funcionamiento del régimen carcelario, pero no estaba destinado a proteger a los reclusos contra pérdidas, lesiones o daños, ni tampoco a concederles el derecho a entablar acciones judiciales. Compárese el caso de los Estados Unidos en Connecticut Board of Pardons v. Dumschat 452 U. S. 458 (1981), en que la Corte Suprema rehusó reconocer una determinada libertad consagrada por el Estado a un recluso a quien se había denegado la conmutación de pena, que de haberse reconocido habría permitido presentar un recurso por falta de garantías procesales. Los términos de la ley pertinente no eran obligatorios ni definían explícitamente las obligaciones de los encargados de conceder la libertad de que se trataba: ibid., pág. 465.

82/ El Estado no es responsable del delito de abuso de autoridad en cargo público cometido cuando un funcionario sabe que sus actos sobrepasan a sus facultades: véase Racz v. Home Office, 4 de diciembre de 1992 (Court of Appeal), Judgment, at., pág. 21). Se intenta reducir aún más la aplicabilidad de la responsabilidad subsidiaria en las cárceles privatizadas de Inglaterra y Gales en cuyas especificaciones contractuales se estipula lo siguiente:

"El contratista será independiente en todo momento de la duración del contrato y nada del contenido de éste deberá interpretarse en el sentido de que crea en momento alguno una relación de empleador y empleado entre la administración y el contratista o cualquiera de los empleados de éste. Ni el contratista ni ninguno de sus empleados se presentarán en ningún momento como empleados de la administración": Documents for the Operating Contract of H. M. Prison Manchester, Schedule 5, Conditions of Agreement, F. 24.

83/ James, Young and Webster v. Reino Unido (7601/76; 7806/76) Judgement, 14 December 1979, 3 E.H.R.R. 20 y National Union of Belgian Police v. Belgium (4464/70) Judgement, 27 May 1974, 1 E.H.R.R. 578, son ejemplos de que el Estado debe adoptar medidas reales para proteger la libertad del individuo contra la interferencia de intereses privados y que si es incapaz de hacerlo, es responsable precisamente, porque los que cometen esa intromisión no lo son: P. Sieghart, The International Law of Human Rights, Oxford: Clarendon Press, 1983, pág. 44.

84/ West v. Atkins 487 U.S. 42 (1988) en que la Corte Suprema sostuvo por unanimidad que la prestación de asistencia sanitaria a los reclusos por un médico privado en virtud de un contrato con el Estado constituía "una actuación estatal" y una actuación sujeta aparentemente a la legislación del Estado, a los efectos del artículo 1983. Véase también Medina v. O'Neill 589 F. Supp. 1028 (D. Tex. 1984) en cuyo caso una descarga del fusil de un guardia privado mató a un viajero clandestino capturado e hirió a otro. El guardia trabajaba para un agente privado de seguridad contratado por el Servicio de Inmigración y Naturalización para detener a trabajadores indocumentados.

85/ Véase D. N. Wecht, "Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons", (1987) Yale Law Journal, vol. 96, 815 a 820, que cita el caso Procurier v. Martínez 416 U.S. 396 (1974), págs. 404 y 405 y otras numerosas decisiones de la Corte Suprema.

86/ J. E. Robertson, "The Constitution in Protective Custody: An Analysis of the Rights of Protective Custody Inmates" (1987), Cincinnati Law Review, vol. 56, pág. 91.

87/ Davidson v. Cannon 106 S.C. 668 (1986) y Daniels v. Williams 106 S.C. 662 (1986).

88/ La interposición de una empresa comercial de seguros, en lugar del pago directo por el Estado (que es su propio asegurador) conlleva riesgos. Las empresas de seguro se caracterizan por objetar los montos y atrasar el pago de las indemnizaciones y por acordar el pago de cantidades mínimas, ejerciendo una verdadera coacción cuando el demandante no tiene medios.

89/ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su 44º período de sesiones, 4 de mayo a 24 de julio 1992, Actas Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10, (A/47/10), pág. 36.

90/ Véase Gentry, *op. cit.*, nota 43 más arriba, pág. 358, que cita a Richmond Newspapers Inc. v. Virginia 448 U.S. 555 (1980) 571 y 572: "Es importante que el proceso penal de la sociedad haga visible la justicia y la mejor forma de hacerla visible es darle a la población la posibilidad de observarla".

91/ Travis, Latessa y Vito, *op. cit.*, nota 28 más arriba, pág. 15, y Gentry, nota 90 más arriba, págs. 359 y 360. Un peligro concreto consiste en la "captura del regulador" por la entidad regulada, bien debido a que la industria está más organizada que el público en general, o "debido a que el organismo está lleno de empleados antiguos, actuales y posibles de la industria regulada", bien debido a "las lealtades entre antiguos compañeros" y a formas de quitar importancia a las dificultades. En el contexto de la defensa esta situación se conoce como "la puerta giratoria" entre el Pentágono y los contratistas de la defensa. En las prisiones inglesas recién privatizadas, los directores y parte de su personal superior han sido reclutados del Servicio Penitenciario y trabajan estrechamente con sus antiguos colegas, los inspectores residentes, que están encargados de supervisarlos.

92/ En Inglaterra y Gales se puede apelar forma indirecta a los recursos de derecho público entablando acciones contra el Secretario de Estado del Interior por no hacer uso de sus restantes poderes discrecionales de dirección de conformidad con la ley, pero hay que ser pesimistas respecto de la posibilidad de ampliar el ámbito de las funciones de examen judicial: véase J. Garner, "After Privatisation: Quis Custodiet Ipsos Custodes?" [1990] Public Law 329 y C. Graham, "The Regulation of Privatised Enterprises" [1991] Public Law 15.

93/ La única justificación posible es que se trata de la primera fase de la privatización y que no sería justo revelar esa información a los competidores. Si esa información no se revela después del período inicial, no habrá entonces ninguna obligación de rendir cuenta pública ante el poder legislativo. Véase, entre otros documentos, House of Commons Debates, 24/1/92, col. 362; 4/11/92, col. 223; 11/11/92, col. 789; 16/11/92, col. 4; 17/11/92, col. 106; y 20/4/93, col. 1370.

94/ House of Commons Debates, 24/1/92, col. 362; 6/7/92, col. 38; y 23/3/93, col. 531.

95/ Lo siguiente es un resumen de los puntos de vista expresados por I. P. Robins, "Privatisation of Corrections: Defining the Issues" (1986), Judicature, vol. 69, 331; J. E. Field, "Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power" (1987), Hofstra Law Review, vol. 15, 649 en págs. 673 a 674; y Stacy, *op. cit.*, nota 63 más arriba, págs. 920 y 921.

96/ Véase H. P. Ehmke, "Delegata Potestas non Potest Delegare", A Maxim of American Constitutional Law" (1961), Cornell Law Quarterly, vol. 47, pág. 50. El Dr. Ehmke rechaza algunas conclusiones superficiales, ampliamente citadas, sobre el contexto de la referencia de Bracton y la negación de los autores de que la máxima era un principio de derecho constitucional, que

presentan en un artículo de título parecido. Véase P. W. Duff y H. E. Whiteside (1929), Cornell Law Quarterly, vol. 14, pág. 168.

97/ La teoría del contrato y la idea de que la autoridad emana del pueblo se remonta al siglo XII y discurre a través de una cadena de importantes pensadores constitucionales de John of Salisbury (1159), a Manigold of Lautenbach (1185), Marsilius of Padua (1324), Richard Hooker (1597), Johannes Althusius (1603), Hugo Grotius (1625), Thomas Hobbes (1651), John Locke (1690) y Jean-Jacques Rousseau (1762).

98/ Ehmke, véase la nota 96 más arriba, pág. 56. En cambio, el Papa y el Emperador permitían la subdelegación, pero ellos tenían que ver con "imperios" y no con un Estado único.

99/ En los comentarios del Compendio, la subdelegación de la jurisdicción delegada está restringida: véanse citas de comentaristas españoles y franceses en Duff y Whiteside, op. cit., véase la nota 97 más arriba, pág. 171. En la antigua Roma, únicamente las personas nombradas por el Emperador para tomar decisiones podían tomarlas. La máxima delegata potestas non potest delegare (D.1.21.5) se aplicaba a la magistratura. Esta doctrina fue incorporada no sólo a los sistemas civiles como el derecho romano-holandés sino también al common law, en el cual ha sobrevivido como un supuesto de la interpretación estatutaria y asimismo fue asumida en la ley de fideicomisos, de mediación y arbitraje.

100/ Stacy, op. cit., véase la nota 63 más arriba, pág. 921.

101/ Este argumento se señaló (junto con la política opuesta de atribuir una función legítima a la empresa privada) en el estudio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, titulado The Privatisation of Corrections, op. cit., nota 25 más arriba, pág. 72.

102/ Véase Dilulio, op. cit., nota 18 más arriba, pág. 5.

103/ Silver et al v. United Kingdom (5947/72) Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 11 de octubre de 1980.

104/ El Estado es una delectus persona, debido a su consagración reconocida al servicio público, a su mayor responsabilidad política, y a su mayor capacidad para dirigir a sus propios empleados. Para que el poder público controle su propio sistema de justicia penal (incluidas las cárceles privatizadas) es necesario que se encargue directamente de su administración y supervisión.

105/ El Estado es una entidad soberana, heredera de los poderes y tradiciones reales. Los ciudadanos no lo consideran una empresa privada cuyo objetivo fundamental sea el lucro -aun cuando en la Edad Media los reyes eran magnates feudales y los Estados modernos participan en la actividad empresarial.

106/ El hecho de que el Estado actúe por intermedio de personas, los funcionarios públicos, confunde a los legos que no pueden comprender por qué motivo las personas privadas no deben realizar las mismas funciones. Ese punto de vista se explica haciendo hincapié en la necesaria rendición de cuentas, en el juicio de Lord Greene M.R. in Carltona Ltd. v. Commissioners of Works and Others [1943] 2 All E.R. 560:

"En la administración del Estado de este país las funciones otorgadas a los ministros (constitucionalmente otorgadas a los ministros porque son constitucionalmente responsables) son funciones tan diversas que ningún ministro podría nunca cumplirlas personalmente. Las obligaciones impuestas y los poderes otorgados a los ministros son ejercidos habitualmente bajo su autoridad por funcionarios responsables de cada ministerio. De no ser así, no se podrían llevar adelante los asuntos públicos. Constitucionalmente, las decisiones de esos funcionarios son naturalmente decisiones del ministro. El ministro es responsable. El es quien debe responder ante el Parlamento de cualquier acto que los funcionarios hayan realizado bajo su autoridad y, si para un asunto importante designara a un funcionario de categoría inferior del cual no cabría esperar el cumplimiento competente de la labor encomendada, el ministro tendría que responder de ello ante el Parlamento. Todo el sistema de organización y administración por departamentos se basa en el supuesto de que los ministros, al ser responsables ante el Parlamento, velarán por que las tareas importantes sean encomendadas a funcionarios experimentados. Y si no actúan de esa forma, el Parlamento es el lugar al que habrán de dirigirse las quejas oportunas."

107/ En el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

108/ 630 F. 2d. 876 (2d. Cir. 1980).

109/ 28 I. L. M. 291 (1989); veredicto de 29 de julio de 1988, véanse págs. 165 a 170.

110/ Muchas de estas ideas figuran en Dunham, op. cit., nota 80 más arriba; Weeht, op. cit., nota 75 más arriba; Gentry, op. cit., nota 43 más arriba; y Private Sector Involvement in Prison-Based Businesses, op. cit., nota 25 más arriba.
