

EL SISTEMA CARCELARIO EN ESTADOS UNIDOS
Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos
(situación actual en los Estados Unidos)*

EDGARDO ROTMAN

Agradezco a los organizadores de esta conferencia, especialmente a mi amigo el profesor Edmundo Hendler, por brindarme esta oportunidad de hablar, después de veinte años de ausencia de esta facultad, acerca de un tema particularmente importante por su vinculación con valores y derechos humanos fundamentales. Me referiré entonces al derecho penitenciario de los Estados Unidos y a la situación actual de los derechos de los presos en ese país.

Es un tema al cual estoy vinculado como abogado, como escritor y como profesor.

El derecho de los presos es una rama del Derecho bastante novedosa en los Estados Unidos, tanto que si hace veinte años hubiera querido abordarlo, mi conferencia hubiese sido mucho más escueta, ya que la mayoría de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia se produjo durante ese lapso.

Hoy en día constituye un ámbito jurídico muy complejo y extenso, por lo cual hoy puedo darles sólo una visión extremadamente resumida y parcial.

En primer lugar quiero recordarles que en Estados Unidos no solamente el procedimiento penal, sino también el

* Conferencia pronunciada el 27-VI-95 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

derecho penal sustantivo y la legislación penitenciaria son estatales. De modo que no se puede hablar estrictamente de derecho penitenciario estadounidense sino de la legislación, jurisprudencia, prácticas y políticas penitenciarias de cincuenta Estados, además de las del gobierno federal.

Dada la supremacía de la Constitución Federal de los Estados Unidos, y el rol rector que han tenido la jurisprudencia de la Corte Suprema y la de los tribunales federales en la edificación de este Derecho, tanto la cátedra universitaria como la doctrina, se circunscriben principalmente a estas fuentes cuando se ocupan de este sector jurídico.

Hasta la década del '60, la actitud de los tribunales fue de total prescindencia con respecto a lo que pasaba dentro de las cárceles. Seguían lo que se llamó la *hands off doctrine*, literalmente doctrina de manos afuera, que significa no entrometerse salvo en situaciones muy excepcionales en la administración penitenciaria. Se alegaban como argumentos el federalismo, la división de poderes, la inidoneidad de los jueces para tratar problemas penitenciarios y el peligro que los tribunales se vieran inundados por un torrente de demandas sin fundamento ni sustancia jurídica alguna.

Durante la década del '60 y principios de la siguiente, se produce el abandono paulatino de la doctrina de la prescindencia, de la doctrina *hands off*, por varias razones:

En primer lugar el público, incluyendo los jueces, descubren las sórdidas condiciones de las prisiones en general y su situación horrenda en algunos Estados, tales como Arkansas y Alabama. La publicación de libros y artículos denunciando tales escándalos y el estallido de revueltas y motines atraen la atención del público hacia un mundo que había permanecido hasta entonces poco menos que invisible desde el exterior. El ejemplo más elocuente de movilización de la opinión pública es la rebelión en la prisión de Attica en Nueva York, de donde resultan cuarenta y tres muertes.

Otro factor es la aparición de una nueva camada de abogados en el foro de muchos Estados: los defensores de los derechos y libertades civiles, es decir de derechos humanos dentro de la terminología argentina. Este fenómeno se ve facilitado por una parte por el financiamiento gubernamental y privado a estos profesionales, y más tarde, a partir de 1976, por una ley federal que les posibilita el cobro de honorarios profesionales en los juicios por violaciones constitucionales.

Por otra parte el movimiento por los derechos de los presos en los Estados Unidos debe ser comprendido en el contexto de una democratización fundamental que cambió la sociedad estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial.

El movimiento por los derechos de los presos fue impulsado por la minoría blanca a mediados de la década del '50. Esta abrió el camino a otros grupos que bregaban por sus derechos tales como las mujeres, los niños, los desamparados, los enfermos y los inválidos.

El movimiento por el derecho de los presos fue impulsado por el rol activo de los tribunales federales, apoyado por los jueces de la Corte Suprema. En ese sentido el surgimiento de una Corte Suprema liberal, encabezada por Earl Warren, fortaleció los derechos de los individuos privados de libertad, expandiendo los derechos de las minorías que incluían el acceso y representación. Los presos, en su mayoría pertenecientes a grupos minoritarios y paupérrimos, se beneficiaron más que cualquier otro grupo socialmente marginado en esa categoría.

Durante la década del '60 la Corte Suprema reforzó en los Estados la obligatoriedad del respeto de aquellos derechos individuales, que constituyen la columna vertebral de la protección constitucional para procesados y condenados. Como consecuencia de esta nueva jurisprudencia constituida por los tribunales federales, los presos comienzan a ser oídos por los tribunales. Utilizaron como herramientas básicas: el recurso de hábeas corpus y el recurso de Derechos Civiles. El recurso de hábeas corpus está basado en la ilegalidad de la privación de libertad. La tendencia liberal de los años '60 llevó a un reforzamiento de los tribunales federales de rever condenas firmes de los tribunales estatales, viciadas por violaciones constitucionales en el procedimiento y facilitó la interposición del recurso de hábeas corpus, despojándolo de numerosas trabas.

El otro vehículo utilizado por los presos para hacer valer sus derechos en justicia, y que constituye el tema principal de esta conferencia, es la Ley Federal de Derechos Civiles sancionada después de la Guerra de Secesión para proteger a los esclavos contra los abusos de los Estados. La utilidad funcional de esta ley, incorporada al Código Federal como capítulo 42 sección 1983, fue resucitada en los años '60 para accionar en contra de violaciones de los derechos constitucionales de los presos.

En 1961 la Suprema Corte permitió a los demandantes acudir directamente ante los tribunales federales, evitando los entonces prejuiciados tribunales estatales. Los primeros fallos abandonando la doctrina *hands off* fueron generados por el movimiento de los musulmanes negros, basados en la Primera Enmienda de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad religiosa, derecho hacia el cual la Corte era tradicionalmente muy sensible. De modo que las primeras victorias de los presos ante los tribunales consistieron en el reconocimiento al derecho de obtener copias del Corán, recibir su diario, exclusión de la carne de cerdo de sus comidas, oficiar ceremonias religiosas y realizar otras reuniones.

Desde entonces se multiplicaron los fallos de los tribunales federales haciendo lugar a demandas de presos basadas en otras cláusulas constitucionales, tales como la octava, cuarta, catorceava y Primera Enmienda a la Constitución. La Corte Suprema pronto convalidó esta jurisprudencia de protección a los derechos constitucionales de los presos violados, ya sea por reglamentos o prácticas penitenciarias. En 1974 el ministro de la Corte, Byron White, proclamó en "Wolf vs. Mc Donnell" la nueva tendencia, negando expresamente "la existencia de una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de esta nación" (418 U.S. 539 [1974]).

En el mismo año —1974— la Corte declaró que los presos mantienen todos los derechos de los ciudadanos comunes excepto de aquellos de los que expresa o implícitamente hubiesen sido privados por la ley. (Voto del ministro de la Corte Marshall en "Procunier vs. Martínez", 416 U.S. 396 [1974]).

En los últimos años se han producido algunos retrocesos en los derechos de los presos. La Corte Suprema actual, con una mayoría conservadora, si bien no ha desconocido tales derechos, ha tomado más exigentes los criterios y pruebas para determinar cuándo se producen las violaciones constitucionales por los funcionarios y operadores penitenciarios. Sin embargo, el núcleo de las victorias obtenidas en este terreno se mantiene aún intacto. La tendencia actual es buscar un equilibrio entre los imperativos de la seguridad institucional y el interés de todos los ciudadanos en mantener la protección de todos, incluyendo los presos, contra acciones opresivas y arbitrarias del gobierno.

Me referiré a los siguientes temas: castigos crueles e inhumanos, garantías constitucionales contra la imposición arbi-

traría de sanciones disciplinarias, traslados, violaciones al principio de igualdad ante la ley, violaciones al derecho constitucional a la privacidad, derecho de acceso a los tribunales y mecanismos procesales para hacer valer en justicia los derechos constitucionales de los presos.

CASTIGOS CRUELES E INUSUALES

Me referiré en primer lugar a las violaciones a la Octava Enmienda de la Constitución, que está específicamente dirigida a proteger los derechos de los condenados a penas privativas de libertad. Esta enmienda prohíbe los castigos crueles e inusuales. Su ámbito abarca todos los aspectos de la vida del establecimiento penal, marcando un nivel mínimo de humanidad en la ejecución de las condenas penales, más allá del cual el castigo se torna inconstitucional. Esta cláusula se aplica también a aspectos de la individualización de la pena —condenas groseramente desproporcionadas con relación al crimen juzgado— pero me ocuparé hoy solamente de su aplicación en el ámbito penitenciario.

La Corte Suprema ha insistido repetidamente que la Octava Enmienda es de contenido dinámico, y que toma su significado de "la evolución de los criterios de decencia que marcan el progreso de una sociedad en vías de maduración", *Trop vs. Dules* (357 U.S. 86 [1958]).

Uno de los criterios fundamentales utilizados por la Corte Suprema para determinar la existencia de una violación a la Octava Enmienda es la "innecesaria e irresponsable o maliciosa imposición de sufrimiento".

Para determinar si hubo "innecesaria e irresponsable o maliciosa imposición de sufrimiento" es necesario previamente aclarar de qué contexto estamos hablando, ya que los castigos crueles e inusuales pueden presentarse en distintas situaciones. Para cada una de estas situaciones típicas existen distintos requisitos subjetivos y objetivos, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Enumeraré primero estas situaciones típicas y luego expondré los requisitos subjetivos y objetivos necesarios para consumar la violación constitucional en cada caso.

Tales situaciones son: falta de atención médica, uso de fuerza excesiva, omisión de protección contra el ataque de otros internos y malas condiciones generales del establecimiento.

En cuanto a la falta de asistencia médica, no toda insuficiencia en los servicios médicos da lugar a una violación constitucional. La Suprema Corte en "Estelle vs. Gamble" (429 U.S. 97 [1976]), determinó que el empleado o funcionario penitenciario debe haber actuado con "indiferencia deliberada" frente a las "serias necesidades de atención médica" del interno. Si la acción u omisión del funcionario o empleado constituyese mera negligencia no hay violación constitucional y por ende no hay posibilidad de utilizar la acción conferida por la Ley Federal de Derechos Civiles, cuyas características explicaré más adelante. Si existe una mera negligencia el preso puede siempre iniciar un juicio común por daños y perjuicios por ante los tribunales estatales.

De modo que para que la falta de asistencia médica adquiera dimensiones de violación constitucional es necesario, subjetivamente, indiferencia deliberada, y objetivamente, una seria, grave necesidad de atención médica. Está claro que indiferencia deliberada es más que simple negligencia pero la Corte Suprema utilizó durante muchos años estas palabras sin definir las y dando lugar a interpretaciones judiciales muy distintas.

La segunda situación es el uso de la fuerza. Este está destinado a superar la resistencia física del preso en distintas situaciones, tales como riñas o negativa a retornar a su celda, y toma varias formas como, por ejemplo, el uso de gases lacrimógenos, las ligaduras de pies y manos, o la utilización de equipos de choque integrados por personal especializado. El requisito subjetivo para que el uso de la fuerza se convierta en una violación de la octava enmienda de la Constitución, es la intención maliciosa del operador penitenciario, mientras que el requisito objetivo es la existencia de cualquier daño, serio o leve, físico o mental, con tal de que no fuere mínimo.

En un fallo reciente, "Hudson vs. McMillian" (112 S. CT 995 [1992]), la Corte Suprema extendió las exigencias subjetivas muy estrictas existentes para los casos de motines y revueltas a todas las situaciones de uso de fuerza, abriendo la posibilidad de un sinnúmero de abusos. La fórmula es "maliciosa y sádicamente, con el propósito de causar daño". Esta fórmula se justifica para eximir de responsabilidad a los

operadores penitenciarios en casos de gran apremio, en los que se requieran decisiones rápidas, pero no es de ninguna manera aceptable para todas las situaciones de fuerza, como el fallo antedicho le ha consagrado.

La tercera situación típica es la *omisión de protección al interno por parte del personal penitenciario contra ataques de otros internos*. Para caracterizar el requisito subjetivo, la Corte utilizó la misma fórmula de "indiferencia deliberada" ya aplicada a los casos de falta de asistencia médica y en cuanto al requisito objetivo, éste debe consistir en un riesgo considerable de daño serio.

Durante muchos años no existió una interpretación uniforme acerca del significado de las palabras "indiferencia deliberada", fórmula también aplicada como vimos a los casos de falta de asistencia médica.

Recién el año pasado, casi veinte años después de "Estelle vs. Gamble", la Suprema Corte interpretó el término "indiferencia deliberada" dentro del contexto de la omisión de protección, en forma muy restrictiva y contraria a los intereses de los presos. En "Farmer vs. Brennan" (114 S. CT 1970 [1994]) la Suprema Corte indicó tres elementos necesarios para poder afirmar que un operador penitenciario actúa con "indiferencia deliberada": en primer lugar debe ser consciente de hechos reveladores de un serio riesgo para el interno. Segundo, el empleado u oficial debe haber efectivamente inducido de tales hechos la existencia de un serio riesgo para el interno. Finalmente, el operador penitenciario debe haber omitido tomar medidas razonables destinadas a prevenir la producción del daño para el interno.

La cuarta situación típica consiste en malas condiciones generales del establecimiento. No existía ningún requisito subjetivo hasta 1992 y no tendría que haberlo. Pero desde el fallo de la Corte Suprema en "Wilson vs. Seiter" (501 U.S. 294 [1991]), también es necesario que los funcionarios o empleados penitenciarios actúen con indiferencia deliberada. En cuanto al requisito objetivo, es necesario que las condiciones generales del establecimiento desciendan por debajo de los niveles mínimos de decencia de una sociedad civilizada. Los motivos de este tipo de demandas van desde alimentación insuficiente, mala ventilación, existencia de roedores, hasta la sobrepoblación del establecimiento penal.

Con respecto a esta última situación es importante señalar que hasta el año pasado los Estados Unidos tenían el más alto porcentaje de presos por cada 100.000 habitantes. Ahora los Estados Unidos han sido sobrepasados nuevamente por Rusia. El porcentaje ha llegado ahora a 519 presos por cada 100.000 habitantes, cinco veces el porcentaje existente en la mayoría de los países industrializados. A mediados de 1992, la población penal en instituciones estatales y federales había superado en un 160 por ciento la de 1980 con un total de 855.958 presos. Posiblemente hoy en día ya haya superado el millón. Si se toman en cuenta las cárceles municipales y aquéllas para contraventores, la cifra debe estar cerca del millón y medio. En 1992 Estados Unidos gastó \$ 24,9 billones para construir, operar y mantener sus prisiones y cárceles. Había entonces 6,8 billones presupuestados para nuevas construcciones.

Debo aclarar que este incremento no es el resultado de un aumento de la criminalidad, sino de una nueva política criminal represiva, que incluye el aumento del número y duración de las penas. La sobrepoblación carcelaria ha llevado a frecuentes violaciones de la Octava Enmienda; uno de los fallos más importantes de la Corte Suprema en esta materia es "Rhodes vs. Chapman" (452 U.S. 337 [1981]). En este caso particular la Corte decidió que no había violación constitucional pese a la existencia de celdas que alojaban a dos o más presos. Pero fue en dicho fallo que la Corte Suprema definió los parámetros objetivos para determinar cuándo las condiciones podían transformarse en inconstitucionales. Ello ocurre cuando las condiciones de la prisión, separadamente o en forma combinada, privan a los internos del mínimo necesario para una existencia civilizada. Este lenguaje general y vago carece de valor orientador para los tribunales inferiores, quienes continuaron decidiendo los casos de malas condiciones de las instituciones penales en forma contradictoria.

La actual Corte Suprema, en "Wilson vs. Seiter" (1991), agregó a este tipo de violaciones constitucionales requisitos subjetivos además de los objetivos, lo cual va a tornar muy difíciles los pleitos en el futuro. Antes de "Wilson" no se necesitaba probar ningún estado mental particular para que este tipo de demandas prosperase. Si bien en el caso de falta de atención médica había que probar indiferencia deliberada, para los casos de malas condiciones generales del estable-

cimiento bastaba demostrar los hechos a nivel objetivo. Después de "Wilson vs. Seiter" el requisito subjetivo de indiferencia deliberada fue extendido a los casos de malas condiciones generales, lo cual abre la posibilidad de defensas basadas en la ausencia de culpabilidad por parte del personal penitenciario, como por ejemplo cuando sus miembros puedan alegar que las deficiencias físicas del establecimiento se deben a insuficiencia de los recursos económicos suministrados por el presupuesto estatal o simplemente al rápido crecimiento de la población penal, y que tales deficiencias no pueden, por consiguiente, ser atribuidas a la conducta indiferente o irresponsable de los mismos.

Históricamente los tribunales negaron rotundamente que el financiamiento inadecuado fuera una defensa legítima en caso de violaciones constitucionales. Ahora la cuestión se ha tornado un tanto incierta. En cuanto al plano objetivo, el criterio más frecuente antes de "Wilson vs. Seiter" era el llamado de "la totalidad de las condiciones".

Este criterio no requería que los jueces atendiesen a ninguna condición particular, sino que la suma de todas ellas amenazaran el bienestar físico o mental de los presos. En "Wilson vs. Seiter" la Corte declaró que el requisito objetivo para una violación de la Octava Enmienda en materia de condiciones inaceptables era la privación "de una necesidad humana identificable", es decir de una condición particular. De acuerdo con el voto de Scalia, las condiciones combinadas del establecimiento penitenciario pueden aun llevar a una violación de la Octava Enmienda, aun cuando fuesen incapaces de alcanzarla en forma individual. Pero para que la combinación de condiciones llegue al extremo de una violación constitucional, es indispensable, según Scalia, que se refuercen mutuamente de modo de producir el efecto de privar de una única necesidad humana identificable, tal como la comida, calor o ejercicio. El ejemplo de Scalia es la combinación de baja temperatura en la celda más la falta de provisión de frazadas. En general, sin embargo, no es necesario que las condiciones se combinen. Ya no se puede hablar, como antes de "Wilson vs. Seiter", de un resultado general producido por un cúmulo o totalidad de condiciones.

El fallo de la Corte Suprema más reciente en materia de condiciones de la institución es "Helling vs. McKinney" (113 S.C. 2475 [1993]), donde la Corte decidió que el daño al inter-

no producido por las condiciones del establecimiento no requería necesariamente ser actual sino que un daño futuro de suficiente entidad podía también constituir una violación de la cláusula constitucional. Se trata de un caso muy interesante en el cual el demandante había sido obligado a compartir una pequeña celda con otro interno que fumaba cinco paquetes diarios de cigarrillos.

Así como existe un derecho constitucional a la asistencia médica, también, en el caso de los presos enfermos mentales, existe un derecho al rechazo a la intervención médico-psiquiátrica. En "Washington vs. Harper" (494 U.S. 210 [1990]), la Suprema Corte abordó el tema del suministro de drogas antipsicóticas a presos enfermos mentales en contra de la voluntad de los mismos. La Corte decidió que tal suministro podía ser involuntario en el caso de internos aquejados de una seria enfermedad mental, siempre que se cumplieren dos condiciones: en primer lugar tales internos debían representar un peligro para ellos mismos o para terceros y en segundo lugar, el tratamiento debía satisfacer el interés médico del paciente. La Corte determinó la necesidad de rodear tal decisión de ciertas garantías procesales. El Reglamento del Estado de Washington, aprobado en el caso por la Corte, disponía que la decisión debía ser hecha por un psiquiatra, y luego, en caso de apelación, examinada en una audiencia presidida por un Comité compuesto de un psiquiatra, un psicólogo y el superintendente auxiliar. El interno podía asistir a la audiencia, ofrecer pruebas, repreguntar testigos, ser asistido por un consejero lego, y apelar la decisión ante los tribunales estatales. Es decir que según "Washington vs. Harper", no es necesaria la intervención judicial pero sí la de psiquiatras independientes. No es necesario tampoco que el interno esté representado por un abogado sino que es suficiente una persona independiente que comprenda los problemas psiquiátricos involucrados en el uso de la droga antipsicótica.

Cuando las situaciones extremas de castigo cruel e inusual prohibidas en el ámbito de la ejecución penal por la Octava Enmienda se producen en el campo de la prisión preventiva no se aplica la misma enmienda, reservada para los condenados, sino otras disposiciones constitucionales, principalmente la Catorceava Enmienda que garantiza el debido proceso legal.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONTRA LA IMPOSICIÓN ARBITRARIA DE SANCIONES DISCIPLINARIAS

Los reglamentos disciplinarios constituyen un medio esencial para el manejo ordenado y eficaz de los establecimientos penitenciarios. Se trata de una función difícil, ya que muchos de los destinatarios de estos reglamentos ya han demostrado con su delito la dificultad de ser disuadidos por la amenaza de sanciones. Por otra parte, los reglamentos disciplinarios en los institutos penales abarcan aspectos de la vida diaria que en la vida en libertad son indiferentes al derecho, como por ejemplo la posesión de utensilios de cocina inofensivos, que en el medio penitenciario se pueden transformar en armas.

Las sanciones disciplinarias más comunes son la pérdida del tiempo ganado por buena conducta (*good time*), la colocación en un calabozo o unidad disciplinaria, y la pérdida de privilegios, como por ejemplo el de ver televisión o de comprar comestibles en el kiosco del establecimiento.

La norma constitucional en juego es la Catorceava Enmienda de la Constitución, que además de otras funciones, prohíbe la privación de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal.

Si bien en principio el derecho a la libertad se extingue por virtud de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, el Estado, a través de leyes y reglamentos, crea dentro del proceso penitenciario nuevas expectativas de libertad anticipada o parcial, generando de esta manera un resurgimiento limitado del interés constitucionalmente protegido, es decir del interés jurídico "libertad". Esto puede suceder, según la legislación de cada Estado, en diversos ámbitos, como por ejemplo en el de las sanciones disciplinarias, en el del otorgamiento de la libertad condicional o libertad a prueba y en el de la revocación de las mismas, en el de la autorización de salidas transitorias y en el de permanecer en la sección general del establecimiento penal y no ser trasladado a unidades que, en los Estados Unidos, se denominan "de segregación administrativa".

Para todas estas situaciones es necesario asegurar la aplicación del mandato constitucional del debido proceso legal. Pero en estos casos el contenido del debido proceso legal

es menor que en el caso del proceso penal. No se rodea a estos procedimientos con todas las garantías y salvaguardias del proceso penal sino con una cantidad menor, a veces con un mínimo, como en el caso de traslado a una unidad de segregación administrativa, en los cuales se trata solamente del derecho a ser oído en una audiencia informal.

¿Cómo se determina la cantidad de proceso legal que corresponde a cada situación? La Corte Suprema concibió una prueba, en el caso "Mathews vs. Eldrige" (424 U.S. 319 [1975]) según la cual hay que balancear los siguientes factores: el interés privado en juego, el efecto sobre los intereses gubernamentales en el caso en que cada salvaguardia o garantía procesal fuera otorgada, el valor de la garantía y el riesgo de una privación arbitraria de la libertad del interesado, en el caso en que la garantía no fuese otorgada.

Habiendo bosquejado los lineamientos generales de la aplicación de la Catorceava Enmienda al ámbito de la ejecución penal, me referiré especialmente a los requisitos constitucionales que rodean la aplicación de algunas sanciones disciplinarias.

En el caso de "Wolff vs. McDonnell" (418 U.S. 539 [1974]) la Corte Suprema abordó el tema, circunscribiéndolo a los procedimientos resultantes en la pérdida del tiempo ganado por buena conducta y extendiendo sus conclusiones en una nota al caso de encierro en un calabozo o celda de castigo. La Corte afirmó que estos dos tipos de sanciones debían estar precedidos por ciertas garantías procesales para no ser violatorias de la catorceava enmienda aunque dichas garantías eran menores que las acordadas durante el proceso penal.

La lista de garantías enunciadas por la Corte es la siguiente: primero, notificación escrita de la infracción disciplinaria por lo menos veinticuatro horas antes de la audiencia disciplinaria; segundo, derecho a ofrecer testigos y prueba documental, excepto cuando el ejercicio de tal derecho pudiera afectar la seguridad de la institución o sus objetivos penológicos (por ejemplo, cuando la declaración de ciertos testigos pudiera dar lugar a represalias contra los mismos o debilitara la autoridad del testigo dentro de la institución); tercero, el derecho a ser asistido en la preparación y presentación de la defensa. Este derecho está limitado a internos analfabetos, pero ha sido extendido por la jurisprudencia de los tribunales federales a enfermos mentales o extranjeros que no puedan

expresarse en inglés. No se trata de un derecho a asistencia letrada sino a la ayuda de otro interno capaz de prestarla o bien a la ayuda proveniente del personal penitenciario; cuarto, derecho a recibir una declaración detallando las pruebas en que se basará la autoridad disciplinaria para sancionar y expresando los fundamentos de la sanción impuesta; quinto, que la sanción disciplinaria sea impuesta por un órgano decisorio suficientemente imparcial. Se considera en general que el tribunal disciplinario puede estar integrado por funcionarios penitenciarios empleados por la misma institución donde se produjo la infracción, siempre que no se tratase de los oficiales que investigaron o denunciaron la infracción. A diferencia de los procesos penales, en los procesos disciplinarios los internos no tienen derecho a carear testigos adversos o a repreguntarlos, por temor de incrementar la tensión existente en los establecimientos penitenciarios, la cual podría resultar en situaciones violentas.

TRASLADOS

Los presos no solamente están sujetos a los avatares de sanciones disciplinarias, sino también a una serie de decisiones administrativas que tienen mucho peso sobre su vida. Una típica medida a veces muy gravosa aunque no necesariamente disciplinaria, es el traslado a otro establecimiento donde el interno goce de menos privilegios, o que puedan significar la pérdida de un empleo dentro de la institución, o donde las condiciones de la privación de libertad fueran en general más gravosas.

Estas medidas, aunque no disciplinarias, pueden llegar a vulnerar el derecho constitucional al debido proceso legal, siempre que hubiere una ley o reglamento estadual que crease una expectativa que pueda caracterizarse como un interés jurídico en la "libertad" protegido por la Catorceava Enmienda.

En "Meachum vs. Fano" (427 U.S. 215 [1976]) la Suprema Corte decidió que el traslado de un preso de una prisión a otra no involucra ni afecta ningún interés constitucionalmente protegido.

Tal protección rige durante el proceso penal pero una vez dictada la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad ella incluye la posibilidad de que el preso sea internado o

trasladado a cualquier establecimiento que determinen las autoridades penitenciarias y también cualquier traslado dentro de la misma institución penal. Cuando el traslado interno es a una unidad de aislamiento bajo condiciones más gravosas que las existentes dentro de la población penitenciaria general, algunas mínimas garantías procesales son pertinentes, si una ley o reglamento penitenciario las impusieren. En "Hewitt vs. Helms" (459 U.S. 460 [1983]) la Corte Suprema decidió acerca de un caso en que un preso había sido sacado de su celda y colocado en una zona más restrictiva del establecimiento como consecuencia de una reyerta, pero sin haber sido encontrado culpable de ninguna infracción disciplinaria. La Corte decidió que el proceso legal debido en estos casos era una audiencia informal, no contenciosa, en la cual se debían examinar los antecedentes para decidir si el interno constituía una amenaza a la seguridad y debía por lo tanto ser trasladado a la unidad restrictiva. Su único derecho consistía en ser notificado de los cargos existentes en su contra y de presentar sus puntos de vista en la audiencia informal.

Aun cuando los traslados por razones disciplinarias son generalmente permitidos sin las garantías del debido proceso, varios tribunales han invalidado traslados utilizados sea como represalia o bien para castigar el ejercicio de derechos constitucionales (por ejemplo, haber criticado a las autoridades penitenciarias cuando tal crítica está protegida por la Primera Enmienda de la Constitución referente a libertad de expresión).

A diferencia del traslado penitenciario, el traslado de un establecimiento penitenciario a un manicomio, debe estar rodeado de garantías procesales especiales para no ser violatorio de la Constitución. Dado el estigma resultante de este tipo de traslados, los tratamientos a que está sujeto el enfermo mental y el riesgo de una prolongación indeterminada del encierro, hace que no se considere como previsto en la condena privativa de libertad. Las garantías en estos casos son: notificación por escrito de que el traslado está bajo consideración; fijación de una audiencia con suficiente tiempo de antelación como para que el interno pueda prepararse, oportunidad para que el interno ofrezca testigos para la audiencia y que repregunte a los del Estado; cuando ello fuera posible, un órgano decisorio independiente, una constancia escrita para el preso, en la que se mencione la prueba en que se basa la decisión del traslado, y explicación al preso de todos sus derechos procesales.

IGUALDAD ANTE LA LEY

En las cárceles estadounidenses existen enormes conflictos raciales. Las tensiones normales se ven exacerbadas por las frustraciones, hacinamiento y resentimiento que prevalecen en las prisiones.

En "Washington vs. Lee", 263 F. Supp. 327 (D.C. Ala. 1966) un tribunal federal consideró que la separación de los presos por raza era violatoria del derecho de igualdad ante la ley, salvo para situaciones excepcionales en que tal segregación podría justificarse por un período limitado de tiempo para mantener la seguridad de la institución. La Suprema Corte confirmó la sentencia pero en general los tribunales inferiores se han mostrado reacios en justificar la segregación racial, aun en situaciones de potencial violencia.

También las mujeres han demandado a instituciones alegando que la falta de paridad en el tratamiento con respecto a las cárceles para hombres, constituía una violación del derecho de igualdad ante la ley. En dichas demandas adujeron que las oportunidades de trabajo y educación eran menores en las instituciones para mujeres. La mayoría de las decisiones requieren paridad de tratamiento ("McCoy vs. Nevada Department of Prisons", 776 F. Supp. 521 [D. Nev. 1991]). Paridad de tratamiento no significa tratamiento idéntico sino sustancialmente equivalente ("Glover vs. Johnson", 478 F. Supp. 1075 [D.C. Mich. 1979]). Por ejemplo, los presos hombres no pueden ser adiestrados, instruidos para trabajos bien remunerados, mientras que las mujeres solamente para tareas muy humildes. Si esta equivalencia sustancial no es lograda, el gobierno tiene la carga de probar que las diferencias responden a la necesidad de lograr importantes objetivos gubernamentales ("Pitts vs. Tornbough" 866 F2d. 1450 [DC Cir. 1989]). De lo contrario se considerará violado el derecho de igualdad ante la ley.

PRIVACIDAD

La Cuarta Enmienda a la Constitución protege a las personas, hogares, papeles y efectos privados contra allanamientos o requisas y secuestros injustificados o irrazonables.

En 1984, en una decisión de cinco votos contra cuatro airadas disidencias la Corte Suprema negó el derecho a privacidad dentro de las celdas ("Hudson vs. Palmer", 468 U.S. 517 [1984]). Se basó para ello en la noción jurídica de allanamiento elaborada por la Corte Suprema en "Katz vs. United States" (389 U.S. 347 [1967]). De acuerdo con dicha jurisprudencia existe allanamiento cuando se viola una expectativa de privacidad considerada legítima o razonable o más bien, dijo textualmente la Corte, una expectativa que la sociedad esté dispuesta a reconocer como razonable. En el caso de las cárceles el voto de la mayoría afirmó que no existía tal expectativa de privacidad, puesto que el personal penitenciario tiene que tener un acceso incondicional y amplio dentro de las celdas, para localizar armas, drogas, u otros objetos de contrabando, para prevenir fugas y para mantener la higiene.

Si bien es cierto que muchas requisas y secuestros se justifican, la Corte Suprema cometió el error de ignorar aquellas que sólo persiguen fines de hostigamiento o vejamen.

Precisamente el caso que dio lugar a la decisión constitucional tan criticada se trataba de una requisita eminentemente injustificada.

Al negar a los presos todo derecho a la privacidad en sus celdas, la Corte Suprema de los Estados Unidos les negó su dignidad humana; como afirmara en su disidencia el ministro Stevens, el pequeño residuo de privacidad que mantienen los presos marca la diferencia entre la esclavitud y la decencia humana. El valor de cartas personales, fotografías, recuerdos, o una biblia se magnifican en las cárceles y permiten mantener al preso en contacto con aspectos de su existencia ligados a su futura readaptación social.

En el caso *Hudson vs. Palmer* la Suprema Corte no solamente convalidó la requisita, sino también la destrucción de la propiedad del interno. Quiero agregar que en ciertos casos tal destrucción puede violar la Octava Enmienda que prohíbe los castigos crueles e inusuales, cuando por ejemplo se destruyen los anteojos indispensables para la visión del preso, o violar la enmienda primera, cuando por ejemplo la destrucción de una biblia significa una violación de la libertad religiosa.

La Corte ha reconocido un residuo de derecho a la privacidad con relación al cuerpo de los presos. En "Bell vs. Wolfish" (441 U.S. 520 [1979]), la Corte autorizó las inspecciones

visuales de las cavidades corporales después de las visitas aun cuando no existiesen razones especiales para sospechar una tentativa de contrabandear drogas u objetos prohibidos dentro de la institución. Sin embargo, la Corte reconoció que estas inspecciones se prestaban a abusos y que debían ser ejecutadas razonablemente. Su razonabilidad está determinada por un balanceo entre la necesidad de la inspección y la invasión del derecho a la privacidad.

Además de la protección a la privacidad ofrecida por la enmienda cuarta en materia de requisas y secuestros, la Suprema Corte ha reconocido la existencia de un derecho general a la privacidad dentro de la Constitución, derivado de varias cláusulas de la misma.

Muchos de los litigios en este campo giran alrededor de la vigilancia o inspección corporal de presos por empleados penitenciarios del sexo contrario, especialmente cuando se están duchando, vistiendo, durmiendo, o usando el retrete. Los tribunales se han visto frente a la difícil tarea de conciliar el derecho a la privacidad con el interés del personal penitenciario a tener igualdad de oportunidades en el empleo; y el interés de la institución en mantener la seguridad.

Dado que se trata de una casuística muy profusa, me limitaré a decir que la tendencia general de la jurisprudencia es sacrificar el interés a la privacidad en aras del interés en la igualdad frente al empleo y de minimizar la importancia de la intrusión en la esfera íntima, aprobando las intrusiones de la privacidad de los presos por el personal penitenciario de sexo opuesto. Esto es más patente en los casos de palpación y vigilancia visual de las celdas, salas de estar y baños. Se considera que si tales tareas son realizadas en forma profesional, la intrusión a la privacidad es mínima, con limitaciones similares a las de los profesionales de la salud de sexo opuesto.

La tendencia general es extender la autorización a personal penitenciario del sexo opuesto a realizar tareas que puedan significar intromisiones en la esfera privada de los presos. Algunos tribunales excluyen los casos en que los exámenes requieran que el preso se desnude. Otros tribunales han puesto más restricciones en los casos en que el sujeto inspeccionado es del sexo femenino.

EL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

Este derecho tiene muchas dimensiones: derecho a asistencia letrada, sea de abogados, de estudiantes de Derecho, procuradores o de presos conocedores de la ley; el derecho a libros jurídicos y otros materiales necesarios para litigar; el derecho a obtener transcripciones del expediente, papel, utensilios para escribir, máquinas de escribir; derecho al franqueo gratis de correspondencia, y un derecho limitado a la presencia física en tribunales durante el juicio, siempre que la misma tenga un sentido práctico.

Ninguno de los derechos de los presos tiene valor sin el derecho básico de hacerlos valer ante los tribunales. El derecho de acceso a las cortes de justicia está basado en el derecho general al debido proceso legal.

El vehículo básico que poseen los presos para hacer valer sus derechos constitucionales ante las Cortes de Justicia es la acción basada en el capítulo 43 del Código federal, sección 1983, es decir, la acción por violación de derechos civiles. Además los presos tienen acceso a los tribunales por otras razones, como por ejemplo para plantear recursos de hábeas corpus contra sus condenas penales, iniciar juicios de divorcio o de daños y perjuicios.

Los alcances del derecho de los presos a acceder a los tribunales han sido establecidos gradualmente a través de la Corte Suprema. En "Hull", ex parte (312 U.S. 546 [1941]), el alto tribunal decidió que son solamente los jueces y no los funcionarios penitenciarios quienes pueden determinar si los requisitos formales y sustanciales de las demandas han sido satisfechos.

En "Wolff vs. Mc Donell" (418 U.S. 539 [1974]), la Corte Suprema permitió la apertura de la correspondencia enviada a los presos por sus abogados para determinar la existencia de objetos ilegales o contrabando, siempre que dicha apertura procediera en presencia del interno. La correspondencia no puede en principio ser leída por el funcionario interviniente, salvo que existiese una causa fundada que permitiera inferir una amenaza cierta a la seguridad del establecimiento.

En "Johnson vs. Avery" (393 U.S. 483 [1969]) la Corte Suprema declaró inconstitucional un decreto que prohibía el patrocinio legal de presos por otros presos avezados en el co-

nocimiento de las leyes y procedimientos judiciales (*Jail-house Lawyers*).

En "Procanier vs. Martínez" (416 U.S. 396 [1974]), la Corte Suprema decidió que el interés en la seguridad institucional no era suficiente para fundar una prohibición general de entrevistas de presos con estudiantes de Derecho o procuradores, enviados por los abogados para hacer firmar escritas u obtener informaciones conducentes a un mejor patrocinio letrado.

Por último, en "Bounds vs. Smith" (430 U.S. 817 [1977]), la Corte decidió que los internos debían tener acceso a bibliotecas jurídicas adecuadas o bien ser asistidos por personas versadas en leyes.

En definitiva, la Constitución impone ciertas obligaciones positivas a los Estados que dan sentido práctico al derecho de los presos de tener acceso a los tribunales.

MECANISMOS PROCESALES CON LOS QUE LOS PRESOS HACEN VALER SUS DERECHOS FRENTE A LOS TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES

El vehículo fundamental es la Ley Federal de Derechos Civiles incorporada al Código federal como capítulo 42 sección 1983.

Dicha ley establece básicamente que cualquier persona que invocando leyes, ordenanzas, reglamentos, usos o costumbres de cualquier Estado o territorio, o bajo la apariencia de autoridad conferida por las mismas, sometiera a otra persona a la privación de cualquier derecho, privilegio o inmunidad garantizado por la Constitución y leyes de la nación, será responsable a la parte dañada por daños y perjuicios, y deberá acatar órdenes judiciales. Las mismas pueden imponer obligaciones de hacer, ordenar la abstención de ciertas conductas, o bien contener prohibiciones de innovar o la imposición de otras medidas.

Los demandados pueden ser personas físicas o municipalidades. Los Estados no pueden ser demandados en virtud de la inmunidad que les confiere la enésima enmienda de la Constitución. Los funcionarios estatales no pueden ser demandados en su carácter oficial con el fin de obtener una

indemnización pecuniaria que, a la postre, tendría que ser pagada por el Tesoro oficial, dada la mencionada inmunidad de los Estados. Por el contrario, dichos funcionarios o empleados pueden ser demandados en su carácter oficial en juicios que persigan una sentencia imponiendo una obligación de hacer o de no hacer (*injunctives*). Este tipo de acciones no son estrictamente consideradas contra el Estado, aun cuando impongan obligaciones de hacer que, al final, deben ser financiadas con dinero del Estado.

Las demandas basadas en la sección 1983 de la mencionada ley federal también pueden ser entabladas contra los miembros del personal penitenciario en su carácter personal.

La persona demandada debe haber actuado bajo el manto de la autoridad oficial, bajo una apariencia de legalidad. Por supuesto no es necesario que la ley estadual autorice al funcionario a incurrir en conductas inconstitucionales, basta la apariencia de legalidad.

En los últimos años los gobiernos estatales han utilizado, de más en más, contratistas privados para operar ciertos aspectos de las instituciones penitenciarias, tales como asistencia médica y comida. Sobre esto quiero hacer un paréntesis para indicar que el sistema penitenciario en los Estados Unidos es una empresa estatal que absorbe muchos billones de dólares.

En muchos Estados las instituciones estatales cuentan con el sector privado para una serie de servicios y programas dentro de la prisión y pospenitenciarios. Contratan con el sector privado para la provisión de comida, servicios médicos, mantenimiento, seguridad, educación, y programas industriales. La provisión de comida es un negocio que supera el billón anual, y es considerada como la rama de la industria alimenticia de crecimiento más rápido.

En cuanto a las prisiones privadas, éstas empezaron en forma esporádica a fines de la década del '70. A mediados de 1992 había dieciocho sociedades, tales como *Corrections Corporation of America* o *Wackenhut Corrections Corporation*, administrando sesenta instituciones que totalizaban veinte mil camas en diecisiete estados.

Volviendo a los contratistas, la Corte Suprema en "West vs. Atkins" (487 U.S. 42 [1988]), decidió que los mismos actúan bajo la apariencia de la autoridad estatal y que pueden

ser demandados en acciones basadas en la sección 1983. En el caso se trataba de un médico que trabajaba en la prisión estatal dos veces por semana.

Las municipalidades, a diferencia de los Estados, pueden ser demandadas en base a la sección 1983. Según los principios generales que rigen la responsabilidad por actos ilícitos en el derecho común estadounidense, las entidades colectivas en cuanto empleadores, responden por el hecho de sus empleados de acuerdo con el principio *respondent superior*. Sin embargo, en el caso de las municipalidades, la Corte Suprema decidió que no se aplican las normas generales sobre responsabilidad por el hecho del empleado en el caso de acciones basadas en la sección 1983. La municipalidad es responsable únicamente cuando la violación constitucional hubiese sido generada por una política o costumbre municipal y que tal política o costumbre hubiese sido la fuerza motivante de la violación.

Dentro del sistema de honorarios profesionales, que es distinto del argentino, la ley federal introduce una modificación para incentivar a los abogados que deseen patrocinar a los demandantes, en acciones basadas en la sección 1983. La parte ganadora puede cobrar honorarios profesionales razonables. En general solamente se regulan honorarios para el demandante salvo en casos muy excepcionales. Aunque la ley dice textualmente que es la parte ganadora la que tendrá derecho a honorarios, dado el propósito de atraer abogados a que patrocinen a los demandantes en materia de violación de derechos civiles, los demandados por regla no pueden reclamar honorarios.

SITUACIÓN ACTUAL

Durante tres décadas los litigios llamados en Estados Unidos de interés público, en los cuales los abogados demandantes representan a varios grupos sociales particularmente venerables, lograron cambios trascendentales en la distribución de recursos públicos y en la calidad de vida de las instituciones públicas.

Actualmente, en consonancia con un clima político crecientemente conservador, las Cortes federales se muestran

más remisas a intervenir para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a las incursiones del gobierno. Por otra parte, las fundaciones privadas y los entes gubernamentales que proveían de fondos a los estudios jurídicos dedicados a pleitear causas de interés público, han disminuido considerablemente su ayuda financiera.

Sin embargo, esto no significa que los tribunales hayan claudicado en su función de protectores de los derechos constitucionales de los presos, o que hayan abandonado totalmente las prisiones a manos de sus administradores. Aunque existe una mayor deferencia hacia la autoridad penitenciaria y los jueces se muestran un tanto más reacios a intervenir, aún continúan contribuyendo al mantenimiento de niveles constitucionales aceptables en las cárceles y prisiones de la nación. En enero de 1983, cuarenta Estados, más el distrito de Columbia, Puerto Rico, y las Islas Vírgenes, estaban bajo órdenes judiciales destinadas a reducir la superpoblación carcelaria y eliminar condiciones inconstitucionales de privación de libertad.

Hoy en día todas las partes interesadas, abogados, profesores, fundaciones y entidades de bien público que financian este tipo de litigios, se preguntan cuál debe ser el rol adecuado de los tribunales en el futuro en cuanto a herramienta de reforma social: hasta qué punto deben ser reemplazados por otros medios tal vez más efectivos, como, por ejemplo, la acción política abierta, el *lobbying*, las negociaciones informales o la educación pública.

Como consecuencia de estas dudas, una serie de libros y artículos han realizado balances acerca de los resultados de los pleitos de interés público o social en general, y también, en particular, de aquéllos relacionados con los derechos de los presos. Dado que los cambios penitenciarios son el resultado de una multitud de factores, resulta difícil evaluar el impacto de los litigios sobre las instituciones penales. En general, los estudios científicos concluyen que este tipo de pleitos han tenido un efecto significativo y positivo sobre el panorama penitenciario. Dichos estudios concuerdan también, en general, en que los mencionados pleitos han contribuido a una mejor comprensión de los criterios constitucionales que gobiernan las instituciones penales. Los litigios han creado una nueva sensibilidad a los problemas penitenciarios. Los mismos han contribuido también a la profesionalización de los

responsables de la conducción y planeamiento de las instituciones penales. Es así que los nombramientos motivados por razones puramente políticas han sido reemplazados por otros basados en elevados criterios de idoneidad profesional. Tales nombramientos procuran evitar futuros pleitos e intervenciones judiciales, y mantener las instituciones dentro de ciertos parámetros constitucionalmente aceptables.

Por las mismas razones los litigios promovidos por presos han contribuido a la centralización de las actividades penitenciarias y a la formalización del proceso decisorio, canalizado a través de normas escritas que regulan minuciosamente la función penitenciaria.

Los litigios han llevado a una mayor visibilidad de las penas privativas de libertad como resultado del minucioso control y observación efectuado por abogados, entidades públicas y jueces. También conyuvieron a una evidente mejora en las condiciones en los establecimientos y en las prácticas penitenciarias, precisamente en aquellos Estados en que los abusos eran más notables.

Por último quiero señalar que el rol de los tribunales continúa siendo esencial para el mantenimiento de los progresos obtenidos en el campo penitenciario.

La actual tendencia de las legislaturas estatales demuestra que no se puede contar con ellas para desarrollar una política penitenciaria racional.

Estas tendencias inquietantes, que ignoran olímpicamente tanto las verdades del Iluminismo como las de la criminología científica, proclaman que aumentando el rigor de la ejecución de las penas va a disminuir el delito.

En el estado de Mississippi, por ejemplo, la vergonzosa "conquista" del año pasado ha sido la de despojar a los presos de sus televisores, prohibir el aire acondicionado y el levantamiento de pesas y reintroducir los uniformes a rayas con la palabra "penado" en la espalda. La necesidad de una actitud vigilante para mantener la vigencia de los derechos humanos fundamentales de los presos a través de la acción judicial es ahora más importante que nunca en los Estados Unidos.