

Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial¹

Malcolm Feeley*

Universidad de California

Una década atrás Jonathan Simon y yo publicamos un par de artículos que introdujeron la idea de la “nueva penología” y la “justicia actuarial” en la criminología (Feeley y Simon, 1992; 1994). Nuestras argumentaciones dieron en la tecla, pues la preocupación con el “riesgo” comenzaba a ser abordada cada vez con generalidad por las ciencias sociales. Nos hemos sentido halagados con su recepción. Nuestros artículos han tomado algo así como vida propia, y el análisis del riesgo es ahora un lugar común en la academia de la ley penal y la justicia criminal.

Sin embargo hay tres críticas sobre la nueva penología que nos conciernen (o al menos *me* conciernen). No es que esté tan irritado como para que me sienta obligado a corregirlas. De hecho, suelo pensar que una vez lanzado mi trabajo académico se dirige directamente a un agujero negro, y por lo tanto me siento halagado cuando alguien le presta

atención, aunque lo haya malentendido. De todas formas, pienso que sería útil dirigirse a estas críticas, y luego volver a mis –y enfatizo *mis* y no *nuestras*– preocupaciones por el riesgo. Como mínimo esto me proveerá una oportunidad para reflexionar sobre mi crecientemente larga carrera. A nivel más general, puede resultar instructivo para revelar cómo las ideas echan raíces, pueden quedarse con uno, trasmutar y aun unirse con otras ideas. En definitiva, éste será el espíritu con el que ofrezco mis comentarios. Pero primero será útil comenzar este recuento con mi reacción a algunas (muy mesuradas y generalmente inspiradas) críticas a la nueva penología. Ello resulta en la escena que sigue.

La primera crítica es que no hay “nada nuevo” en la nueva penología; no es mucho más que viejos vinos en nuevas botellas. Segundo, que sin importar el leguaje nuevo y algunas nuevas tecnologías actuariales, las prácticas

¹ Este capítulo comenzó como un artículo preparado para la Scottish Criminology Conference (Edimburgo, 2003), y retiene algo de la informalidad del evento. Quisiera expresar mi profundo aprecio a Sara Armstrong por haberme invitado a la conferencia, realizando inspirados comentarios e instándome a preparar su publicación. A

publicarse en Armstrong, Sara and McAra, Lesley eds., *Perspectives on Punishment: The Contours of Control* (Oxford: Oxford University Press).

* Traducido al castellano por Mariano H. Gutiérrez (Universidad de Buenos Aires).

siguen siendo más o menos las mismas. Tercero, que la “tecnología” implícita en la nueva penología no terminaba de arrancar, y tan pronto como los tecnócratas aparecieron en la escena, un resurgimiento de las primitivas políticas de la venganza estableció la dominación de una cruda y chocante versión de la retribución. La primera crítica sugiere que la única cosa “nueva” sobre la “nueva” penología es la jerga posmoderna. La segunda mantiene que la nueva penología reifica al decisionismo y olvida a la agencia, sustituyendo “fuerzas” abstractas por oficiales de carne y hueso que traen su propia interpretación de la ley y sus propios objetivos para considerar a la hora de tomar las decisiones. La tercera crítica apunta a que la nueva “cultura del control” conlleva a la represión, no al manejo del riesgo. Todos estos argumentos han sido arrojados para desafiar a nuestra teoría, y para sugerir que como mucho la “nueva penología” no es más que un juego de palabras y no revela mucho más que el hecho de que los oficiales han adoptado algo del lenguaje y las técnicas del nuevo *management*. Como se sabe, el proceso penal es complejo, así que lo nuevo no es completamente nuevo, ni lo viejo desaparece completamente. Y, ciertamente, la agencia no se ha evaporado súbitamente. Si sugerimos algo de esto, lo dijimos mal. Lo que queremos sugerir es que una nueva y poderosa forma de caracterizar el proceso penal ha emergido y se ha arraigado. Esta nueva manera de pensar es importante aun si no se la ejecuta convincentemente o completamente. Provee una nueva forma de encuadrar los asuntos, un nuevo cuadro de propósitos e invita al establecimiento de nuevas instituciones con nuevos objetivos. El que no sea ello más exitoso ni se realice más completamente que cualquier otra nueva política no elimina su importancia.

Saliendo de estas críticas, quisiera señalar las consecuencias concretas y las nuevas

modificaciones permanentes que han sido nutridas por la nueva penología. Pero antes, una nota personal no muy interesante es que me declaro decididamente no-postmoderno. No podría decirles cuál es la diferencia entre postmodernismo escrito con la “p” o la “m” mayúscula o minúscula. Y en las raras ocasiones en que cito sus trabajos, debo revisar dos veces los nombres de, incluso, los pensadores más *au courant*. De hecho, no estoy muy en eso del “giro cultural”. Permanezco en el toscó empiricismo e institucionalismo. He pasado la mayor parte de mi carrera desenterrando detalles que desafían al saber convencional y diseccionando las patologías organizacionales, y sospecho que tengo más afinidad con la Escuela de Sociología de Chicago de los años ’20 y ’30 que con el postmodernismo y el deconstruccionismo de la última parte del siglo. Segundo, y con mayor generalidad, el interés que me llevó inicialmente a la nueva penología emergió del trabajo de campo y la atención a las reformas prácticas del sistema de justicia. Por un período de casi treinta años, desde los mediados de los ’60 hasta los comienzos de los ’90, fui testigo, a veces cercano, de una serie de reformas en el proceso de excarcelación previa al juicio que tuvo un profundo efecto en el sistema de justicia penal norteamericano. Cuando comencé a escribir sobre esto, en los años ’70, hice una yuxtaposición en lo que llamé “estrategia administrativa” contra una “estrategia basada en derechos” cuya erosión estaba presenciando. Un tiempo después, cuando me mudé a Berkeley, primero en conversaciones con mi nuevo colega, el ya mayor Caleb Foote, y luego en conversaciones con mi colega Shelly Messinger, también ya fallecido, y con mi entonces estudiante y ahora colaborador y colega, Jonathan Simon, trabajamos en otras ideas familiares a ésta y comenzamos a generalizar. Shelley, Jonathan y yo —particularmente Jonathan— comenzamos a explorar nuevos desarrollos en las senten-

cias, en la libertad condicional, los criminales de carrera, e incapacitación selectiva y su mirada a través de los lentes del riesgo. La justicia actuarial fue el resultado.

Pero los orígenes de mi involucramiento con estas ideas se remontan a los mediados de los '60 y arraigan en el punto privilegiado desde el cual observaba por un largo período la destrucción del *ideal* del *derecho* a la libertad bajo fianza y las construcción e institucionalización de la detención preventiva. Esta transformación era –y es– de lo más significativo para mí porque no era orquestada por retrógrados conservadores y los que proponían un “modelo de control del crimen”, sino por mis amigos, colegas y héroes, todos reformistas liberales bien intencionados. Fue

Topándose con una nueva idea

En otoño de 1972 dejé la Universidad de Nueva York donde enseñaba ciencias políticas y me mudé 75 millas al norte, a New Haven, Connecticut, para tomar un cargo postdoctoral en la Escuela de Leyes de Yale. Tuve suerte: la Russell Sage Foundation estaba financiando generosamente postdoctorados para seguir “leyes y ciencias de la conducta”. Fui doblemente afortunado porque en los últimos meses en Nueva York había intentado en vano obtener cooperación para estudiar profundamente

esta experiencia la que me llevó a reflexionar sobre uno de los desafíos gemelos del cambio social, animado por el poder de la visión y la misión –más que por ideología y políticas– y que sugiere que podemos volvernos prisioneros de nuestros paradigmas de pensamiento. Una nueva tecnología invita a una nueva manera de pensar y una nueva manera de encuadrar –y por lo tanto de resolver– los problemas. Una vez que esta tecnología prende en la imaginación de los reformadores, toma vida propia.² Ruego su indulgencia por llevarlos a un viaje biográfico. Mi propósito no es revelar mucho de mí –pues no soy muy interesante– sino mostrarles cómo las ideas se originan, se quedan con nosotros y pueden ser trasmutadas.

las operaciones de los tribunales penales de Manhattan. Los abogados de Legal Aid me respondieron con indiferencia, los fiscales sólo aceptaban si llevaba a cabo una investigación estadística que refutara un estudio usado para demandarlos, y los jueces nunca respondieron mis llamados telefónicos. Estaba feliz de mudarme a New Haven, los oficiales de la ciudad eran abiertos a la investigación de ciencias sociales,³ la Escuela de Leyes me proveía de recursos para hacer mi propio trabajo,

² Es interesante notar que la fianza y la reforma de la fianza son tratadas extensamente por la *Task Force on Science and Technology* (Fuerza de Tareas para la Ciencia y la Tecnología) en el informe de 1968 por la *President's Crime Commission* (Comisión Presidencial para el Delito). El reporte de la Fuerza de Tareas sobresale entre los otros asuntos de los que se encargó la Comisión. Los otros informes anclaban todos en una visión penal welfarista y buscaban reforzar el sistema procesal contradictorio. En contraste, el informe de Ciencia y Tecnología está armado por investigaciones

operacionales y análisis de sistema y embelesado con la idea de construir un sistema de justicia penal “unificado”. Éste es apenas un indicador de las ideas que con Simon señalamos como nuevas, al menos aplicadas al proceso penal.

³ Próxima a Chicago, New Haven debe ser la ciudad más estudiada en los Estados Unidos, debido en gran parte a Robert Dahl (1961) y sus colegas, que usaron a la ciudad como un “laboratorio” para explorar muchas de sus ideas.

y su decano, un penalista académico notable, se mostraba particularmente favorable a mi proyecto. En poco tiempo, yo estaba caminando los tribunales de delitos leves, hablando con abogados defensores, fiscales, defensores públicos, garantes de fianzas, custodias, observando casos en la sobrecalentada sala de audiencias y sentado en el “sótano de negociación del Juez Mancini”, en donde las negociaciones de pena se desarrollaban. Durante el día, bien temprano, en la Escuela de Leyes iba al curso de Guido Calabresi sobre derecho de daños, un curso que seleccioné especialmente por la reputación insuperable de Calabresi como profesor.

En pocas semanas estas dos actividades se intersecaron en una forma que no podría haber imaginado. Mis investigaciones en los tribunales de faltas me llevaron a desarrollar lo que llamé el “modelo de proceso previo al juicio” (*pretrial process model*),** que sostenía que las sanciones más significativas del tribunal eran las costas que extraía de los que habían sido atrapados por él —unas pocas noches en la celda esperando la audiencia, la comisión del garante de la fianza, salarios por días de trabajo perdido, viajes repetidos a la oficina del defensor público y del tribunal—. Me encontré con que esto era algo entendido ampliamente de forma intuitiva por todos los que ocupaban un rol oficial en el espacio del tribunal. La adjudicación de culpa y el pronunciamiento de la sentencia, aunque no eran sólo un corolario, en general tampoco eran las decisiones más importantes en el proceso. Más bien, manejar el proceso de una forma que re-

mitía a una forma cruda de justicia sustantiva era el objeto de sus acciones.

El modelo de proceso “de pre-juicio” estaba en desacuerdo con el marco dominante. Era famoso el contraste entre el “modelo del debido proceso” y el “modelo del control del delito” de Herbert Packet (1968). De hecho, recuerdo haber hecho surgir discusiones con varios colegas que me indicaron que debía interpretar mis observaciones a la luz de esta conocida dicotomía. A algunos mi negativa a hacerlo les parecía algo cerca de la herejía. En retrospectiva puedo ver en este rechazo un pequeño paso para alejarme de la influencia de Packer y acercarme al modelo “administrativo”, y más tarde, al modelo de la nueva penología.⁴

El proceso previo al juicio, y en particular la liberación anticipada (por ejemplo las excarcelaciones), dominaban en mi modelo administrativo. New Haven había adoptado el programa “liberación bajo caución propia” (*Release on your own recognizance – ROR*) modelado a partir del que el Vera Institute había establecido en Nueva York unos años antes.⁵ Yo estaba familiarizado con el programa Vera y ansioso por ver qué tal le iba yendo a su progenie. Como sea, la elección fortuita de mis clases en la Escuela de Leyes de Yale me permitió ver estas cosas bajo una nueva luz.

La conexión entre mis observaciones del proceso penal y el derecho de daños era doble. Descubrí que el derecho de daños era muy similar al derecho penal; y de hecho aprendí que el derecho penal surgió del derecho de

⁴ Mi trabajo se publicaría eventualmente como *The Process is The Punishment* (1979) (*El proceso es el Castigo*).

** *Pretrial* es una palabra que resume, en tanto sustantiva, todo el proceso anterior al juicio. Pero no se corresponde estrictamente con el sentido que en nuestra

tradición jurídica se le da al proceso de “instrucción”. Las palabras “ante-juicio” y “pre-juicio” tampoco son utilizadas en nuestro léxico jurídico con el mismo sentido. Por ello se ha preferido simplemente explicarla en cada caso como “previo al juicio” (N. d. T.).

daños en la edad media tardía. Calabresi nos enseñó los principios del derecho de daños clásico que requería que aquellos moralmente responsables por un accidente fueran responsables por las consecuencias. Analizaba las cuestiones de la intención, negligencia, causa, necesidad, disuasión, que son también los ingredientes básicos de la ley penal. También enseñaba el derecho de daños moderno: los daños como política pública, sistemas para “gestionar”*** los accidentes de una manera adecuada y eficiente. Y nos puso al día asignándonos su recientemente publicado libro *El Costo de los Accidentes* (Calabresi, 1970), que daba un avance sobre la más nueva de las nuevas teorías. Allí afirmaba que las leyes sobre accidentes no tienen efecto disuasorio, que el costo de determinar de quién es la culpa supera el costo del accidente mismo y que un sistema de daños adecuado y eficiente debe dejar estas cuestiones de lado y “gestionar” los accidentes. Continuaba argumentando que los jueces y los diseñadores de políticas habían comenzado a delinear intuitivamente un “sistema de daños” consistente con estos principios —expandiendo la responsabilidad estricta, avanzando sobre las reglas de inculpabilidad y similares—. Pero era el tiempo para una nueva teoría que reconociera y racionalizara estos desarrollos, y al hacerlo, proveería el ímpetu para extenderlos. Uno —pero de ninguna manera el único— factor que conducía este cambio, sostenía, era la extendida disponibilidad de los *seguros*. Si los costos de transacción para las partes y los tribunales no han sacado a la moralidad del derecho de

daños, argumentaba, los seguros sí lo han hecho. Las compañías de seguros no están interesadas ni en la moralidad ni en la disuasión. Están interesadas en el dinero, en minimizar los costos de información y transacción, en diseminar el costo de los accidentes y en la predictibilidad actuarial.

Confrontar con los argumentos de Calabresi durante el otoño de 1972 era estimulante. Leí y releí el libro e hice el comentario para la *American Political Science Review*. Era iluminador, no porque presentara los daños en una forma nueva y excitante, que sí lo hacía, sino sobre todo porque sin quererlo me invitaba a pensar el proceso penal de una nueva forma. Sus reflexiones sobre los daños que yo recogía de ocho a nueve en punto cada mañana de lunes a jueves moldearon mi pensamiento sobre el proceso penal, en el que me sumergía más tarde esos mismos días. Calabresi me había provisto inintencionadamente de nuevos lentes con los cuales observar este proceso: los delitos menores eran bastante como los casos de abolladores de paragolpes: ambos eran problemas para ser “gestionados” no faltas morales por los cuales uno debía ser responsable. Tampoco era la respuesta entendida por nadie como disuasoria. Los eventos ocurren: la tarea es manejarlos de forma efectiva y eficiente. Lo que desde los lentes del legalismo podría parecer escandaloso, se imponía con una cierta lógica desde el nuevo derecho de daños.⁶ De hecho, a veces se me invertía la distinción entre accidente/delito. Los “puntos” que se añadían al registro de conductor después de un accidente a menudo

⁵ Hay varias publicaciones que abordan este conocido proyecto que inicialmente fue conocido como el *Manhattan Bail Project*. El mejor es Ares *et ál.* (1963), un largo recuento hecho por el director del proyecto y dos colegas. Aunque esta investigación es defectuosa en varios aspectos (véase Feeley, 1983), provee un funda-

mento al proyecto y una descripción de sus orígenes y sus operaciones.

*** En inglés *manage* (N. d. T.).

⁶ Desarrollo la cuestión del “costo del delito” en mi libro sobre la Corte de Faltas de New Haven, *The Process is the Punishment*.

significaban un costo sustancial más alto que una condena penal y su multa. En ese tiempo una típica multa del tribunal para hechos menores (*Court of Common Pleas*) era de \$50 o \$100; un aumento en la prima de seguros después de un accidente podría ser el doble o el triple, y era impuesta no por una vez, sino por año, durante tres a cinco años. Cuando los costos son tan difusos y secundarios para la determinación de la culpa, la lógica del manejo eficiente y la búsqueda de justicia situacional sustantiva tiene un atractivo que un régimen de derechos no tiene.

Si todo el proceso penal, al menos en las cortes menores, comenzaba a tomar las características actuariales del nuevo derecho de daños, esta forma de pensar parecía especialmente extendida en el proceso de excarcelación previo al juicio que yo estaba estudiando. Con el apoyo de fundaciones de Nueva York y de profesores progresistas de la Escuela de Derecho de Yale, los años '50 y '60 estaban experimentando reformas sociales en renovación urbana, viviendas sociales, bienestar y servicios legales, que luego servirían como prototipos para los programas de la Gran Sociedad del presidente Johnson. Entre ellos estaba la reforma de la excarcelación anticipada.

A comienzos de los años '60 Herbert Sturz, un joven trabajador social y escritor para la revista *Boy's Life* en Nueva York examinó la situación apremiante de jóvenes hombres y mujeres arrestados por delitos menores y que permanecían en prisión por largos períodos mucho más allá de lo que hubieran indicado sus condenas –porque no eran capaces de pagar una fianza de \$500 o similar, o aun porque le faltaba el 10 por ciento de ese monto para pagar un garante de fianza–. Su solución: deshagámonos de la fianza, al menos para algunas personas. Aquellos con fuertes lazos con la comunidad, razonaba, tenían buenas probabilidades de presentar-

se, y entonces –si los tribunales entendían cómo eran– eran buenos candidatos para ser liberados bajo caución propia (ROR). Emprendedor y publicista soberbio, Sturz logró interesar al filántropo Louis Schweitzer en alimentar su idea, convenció a los oficiales de la ciudad de su mérito, y reclutó voluntarios –estudiantes de derecho de la Universidad de Nueva York– como personal. Así nació el Vera Institute, cuyo nombre es en honor a la esposa fallecida de Schweitzer. Los voluntarios entrevistaban a los arrestados poco después de su primer comparendo en el tribunal y determinaban si tenían fuertes lazos con la comunidad –medidos por cosas tales como tener un apartamento en *leasing*, cuentas de teléfono o servicios públicos a su nombre, un trabajo estable y por el estilo– y si los tenían lo recomendaban al tribunal como un buen candidato para el ROR más que para la fianza paga. El experimento capturó la atención de algunos de los primeros arquitectos de la Gran Sociedad. El alcalde de Nueva York, Wagner, lo alabó y creó un ítem en el presupuesto de la ciudad para el programa. La Fundación Ford lo promovió. También prontamente recibió la atención de dos jóvenes reformadores del Departamento de Justicia, Daniel Freed y Patricia Weld, que incorporaron su espíritu a su importante trabajo monográfico *Bail in the United States* (1964) (*La Libertad Bajo Fianza en los Estados Unidos*) y en su borrador para la reforma legislativa de la libertad bajo fianza que eventualmente se convirtió en la *Bail Reform Act* (Ley de Reforma de la Libertad Bajo Fianza) de 1996. El fiscal general y más tarde senador por Nueva York Bobby Kennedy la promovió. También fue resaltada en la *President's Crime Commission Report* (Informe de la Comisión Presidencial sobre el Delito) como una de las innovaciones más prometedoras en la justicia. El programa ROR original del Vera Institute de Nueva York luego recibiría una segunda gran evaluación por

los legendarios investigadores sociales Hans Zeisel de la Universidad de Chicago y Paul Lazarsfeld de la Universidad de Columbia (1974), que le dieron altas calificaciones. Se trataba, con claridad, de una idea cuyo tiempo había llegado. A través de las conexiones entre el mundo de las fundaciones y el sistema de justicia penal, la Facultad de la Escuela de Leyes de Yale trabajó con los oficiales de New Haven para replicar el programa. New Haven rápidamente se convirtió en la segunda ciudad en implementar un sistema de liberación anticipada basado en lazos comunitarios. A mediados de los '70 docenas, si no cientos, de ciudades a lo largo de todo el país desde Long Island hasta San Francisco tenían programas de liberación anticipada modelados según el trabajo pionero de Nueva York y New Haven.

Sin embargo, un prominente académico de la reforma de la libertad bajo fianza no estaba muy impresionado. En 1955 el profesor de derecho de la Universidad de Pennsylvania Caleb Foote (luego mi colega en Berkeley) había escrito lo que esperaba fuera un profético artículo de crítica legal: "The Coming Constitutional Crisis in Bail" ("La Próxima Crisis Constitucional de la Libertad bajo Fianza"). Anticipándose a sus extendidos alcances, Foote sostenía que el fallo *Brown vs. Board of Education* (1954), en el que la Corte Suprema había proclamado el final de la segregación racial en las escuelas públicas, podría generar una "revolución de derechos". Esperaba que diera contenido a la prohibición de la Octava Emmienda contra la fianza excesiva, una previsión que la Constitución de los Estados Unidos tenía durmiendo desde que había sido adoptada sin reformas en 1789. La campaña de Foote estaba condenada antes de ser lanzada. No porque los conservadores de la ley y el orden buscaran suprimirla, sino porque el modelo ROR de los lazos comunitarios del Vera Institute

había capturado la imaginación liberal. En lugar de tratar a la fianza como un *derecho* y presionar para llenarlo de contenido, los reformadores liberales de la libertad bajo fianza ignoraron el llamado de Foote para un abordaje fundado en derechos y adoptaron un abordaje "administrativo", abogando por el establecimiento de las que se llamarían "Agencias de Servicios Previos al Juicio", que desarrollaban y administraban esquemas para predecir el comparendo en juicio basado en los lazos comunitarios. Aunque algunos profesores se plegaron eventualmente a Foote cuestionando este enfoque administrativo de la reforma de la libertad bajo fianza (por ejemplo: Dill, 1972), el modelo predictivo de lazos comunitarios fue entusiastamente promovido por el mediáticamente astuto fundador del primer programa y sus colegas (Ares et al., 1963), la Fundación Ford, y más tarde la *President's Crime Commission*, los medios nacionales, investigadores sociales prominentes (Lazarsfeld, 1974), el colegio de abogados, y los líderes políticos y de oficiales de justicia en Nueva York y Washington D.C. Un modelo de derechos no tenía oportunidad contra el apoyo de esta falange. De hecho, la propuesta de Foote ni siquiera logró una verdadera audiencia.

Aunque ha habido pocas —y nada ha cambiado en este punto— evaluaciones de calidad de los programas ROR basados en lazos comunitarios (para una historia de la reforma de la libertad bajo fianza y un estudio del abordaje de la academia de ciencias sociales sobre ella; véase Feeley, 1983), el modelo despegó. Resultó ser fuertemente promovido por la ley federal de *Enforcement Assistance Administration* (LEAA), y el *National Institute of Justice* (Instituto Nacional de Justicia), que también la financió con prodigalidad. Desde que el Vera Institute estableció el primer programa de esta clase en 1961, se ha afianzado como el principal modelo de la reforma de

la libertad bajo fianza (para un recuento de los programas creados en la estela del de Vera, escrito por los promotores de la idea, véase Mahoney et al., 1997; y Clark y Henry, 2003). Aunque su éxito ha variado conforme el financiamiento ha ido y venido, el enfoque básico se ha mantenido incólume. El modelo administrativo es hoy *el* modelo.⁷ A nivel federal, la legislación ha ordenado que cada tribunal de distrito tenga su propia “Agencia de Servicios Previos al Juicio”, cuyo objetivo principal es asistir al tribunal en “administrar” la liberación previa. A lo largo de los Estados Unidos, la mayoría de las grandes ciudades y algunos Estados apoyan los programas que ayudan a “administrar” un programa de liberación orientado predictivamente (para un repaso, véase Henry y Clark, 1999; y Clark y Henry, 2003).

De todas formas, el propósito para el cual este modelo administrativo fue puesto en marcha sería pronto transformado y, de hecho, dado vuelta. Inbuído del espíritu liberal y optimista de los ’60, el modelo administrativo de liberación antes del juicio buscaba poner a la tecnología moderna en una buena función liberal, usando el modelo predictivo para determinar quiénes estarían con buenas probabilidades de poder ser liberados sin tener que pagar una caución monetaria.⁸ La fe en la ciencia, en la justicia y la idea de un modelo integrado de “sistema” de justicia

penal eran dominantes. Aceptadas casi sin disenso (sólo puedo pensar en un reconocido disidente a estas visiones que estaba profundamente involucrado en la *Crime Comisión*: George Kelling, de la luego famosa “Teoría de las Ventanas Rotas”, en 1968 presentó un fuerte desafío a algunas de las nuevas miradas grupales, argumentando que el proceso penal contradictorio había sido intencionadamente construido como un circuito de obstáculos como una forma de fragmentar el poder y proteger los derechos). Un tiempo después, pero como mucho sólo en los márgenes de la empresa, yo me uní a las filas de los disidentes.⁹ Habiendo revisado las investigaciones sobre el tema, encontré que la mayoría fallaba en cuestiones importantes. Pero, más importante, encontraba cuestionable la lógica del modelo “Administrativo”. El anuncio de ser capaz de predecir quién sí y quién no se iba a presentar en las luchas tribunales —otros y yo advertimos— estaba sólo a un pequeño paso de pretender predecir la peligrosidad, quién cometería delitos esperando el juicio y por lo tanto estaría sujeto a detención.

Nuestras advertencias fueron premonitorias. El modelo administrativo para la reforma de la libertad bajo fianza florecía a medida que el momento liberal en la justicia penal comenzaba a languidecer. No hay dudas de las intenciones liberales de los arquitectos de este modelo, que intentaban aliviar la severidad

⁷ Por un período a mediados de los ’70 el Vera Institute tenía una filial en Londres, colaborando con la Home Office en “transferencia de tecnología”. Una de las transferencias fue el modelo ROR basado en lazos comunitarios. Hasta donde sé, la historia y consecuencias de esa colaboración, si es que las ha habido, no han sido objeto de ningún estudio.

⁸ Este espíritu de optimismo sobrevive en los informes de la *Task Force on Science and Technology* de la *President’s Crime Commission*, y, resulta interesante, en ningún lado como en ese informe se muestra tan

entusiasta al abordar la cuestión de la liberación antes del juicio (opuesto a otro informe, que se enfoca en los derechos del imputado).

⁹ A comienzos de los ’70 yo era consultor para el programa de liberación previa al juicio de New Haven y otras actividades relacionadas, y también formé parte de un seminario en la Escuela de Leyes de Yale que trabajó de cerca con el Vera Institute en la liberación antes del juicio, en medidas alternativas previas al juicio y proyectos relacionados basados en la idea de “sistema”.

innecesaria en el procedimiento penal. Pero el modelo que crearon e institucionalizaron tenía vida propia. Como escribí a comienzos de los '80: "Los defensores de los programas de libertad previa al juicio generalmente evitan la cuestión de si sus elaborados sistemas de información y técnicas predictivas deben ser usados para la detención preventiva" (Feeley, 1983:72). Aunque en ese tiempo existía un estatuto autorizando explícitamente la detención preventiva, sólo se aplicaba al distrito de Columbia, y nunca había sido usado.¹⁰ La elección de Richard Nixon en 1968 y el reemplazo de Earl Warren por el enfrascado en "la ley y el orden" Warren Burger como el presidente de la Corte Suprema de Justicia simbolizaron el fin de la administración liberal de la justicia penal. Los informes de la President's Crime Commission de 1968 representaron tanto la marca récord de la influencia liberal como su último festejo. Al escribir una década después, noté la oportunidad perdida por no haber desarrollado una aproximación liberal basada en derechos a la reforma de la libertad bajo fianza, observando que "la esperanza de Caleb Foote de que una crisis de la fianza se resolvería a través de una reforma constitucional no se ha concretado..." y continuaba "...tal vez estas fallas hayan estado condicionadas por el tenor conservador de la Corte de Burguer, pero también pueden deberse a un sentido de la autocomplacencia por el enfoque administrativo de la reforma tal como se reflejaba en los programas de liberación antes del juicio (que eran la obra del trabajo de los reformadores liberales)"

(Feeley, 1983:77). Esto es, como advertía, que hay "fuertes razones para creer que la fachada de la ciencia será utilizada para justiciar una dureza creciente en el tratamiento de la gente supuestamente peligrosa. Éste puede ser uno de los más duraderos, aunque inintencionados, efectos de los efectos administrativos y científicos a la reforma de la libertad bajo fianza" (ibídem, 75).

Al mismo tiempo notaba que las otras reformas liberales tenían el potencial para ser puestas en función de un uso muy diferente de aquellos pretendidos por sus creadores. La legislación ostensiblemente diseñada para darle contenido a la Sexta Enmienda de la Constitución que garantizaba el "derecho" del defendido para acelerar el juicio fue rápidamente adoptada por los fiscales como un dispositivo para presionar a los defensores para declararse culpables. La *diversion***** previa al juicio, un programa cuyos orígenes se pueden rastrear en la criminología liberal del etiquetamiento, sirvió como una forma para imponer sanciones en casos menores sin necesidad de tener que llegar a la condena antes (véase Feeley, 1983:80-113). Y por supuesto, los liberales defensores de la pena fija fueron cooptados por los conservadores y acomodados en la era de las sentencias draconianas.

De todas formas, lo que sólo podía percibir débilmente a fines de los años '70 y especular en 1983 pronto se materializaría con una venganza. El Congreso sancionó la *Bail Reform Act* de 1984, una ley que adoptaba la detención preventiva para la totalidad del

¹⁰ Este estatuto fue adoptado en 1969 después de haber sido introducido por la Administración Nixon. Por cuestiones de constitucionalidad el Congreso limitó su jurisdicción al distrito de Columbia y no al sistema de justicia federal en general. Sin embargo, para mediados de los '80 nunca había sido puesto en tela de juicio en

un tribunal, con lo que su constitucionalidad permanecía en duda. Para un discusión sobre esto, véase Feeley (1983).

**** Se trata de una institución procesal similar a la que en nuestro país se conoce como suspensión del juicio a prueba (N. d.T).

sistema federal.¹¹ El enfoque administrativo a la reforma de la fianza había sido implementado justo cuando la marea estaba cambiando y los políticos conservadores consolidaban el control del gobierno y ciertamente el control de la imaginación de los diseñadores de políticas criminales. Su agenda: dismantelar los jirones que quedaban del welfarismo penal; deshacer los avances de la revolución del debido proceso e imponer penas más duras. Intervinieron en todas estas áreas, a menudo con la ayuda de los liberales. Se tomaron de la pregunta retórica de Robert Martinson (1974): “¿qué funciona?” (en la rehabilitación del ofensor), a la que se respondía “nada”, y cooptaron a los liberales que se les unieron para reemplazar los esquemas de penas flexibles con penas determinadas –y mucho más largas–. Intensificaron además la campaña para revertir las reglas liberales del proceso penal de la Corte Warren. Las consecuencias de esta campaña son familiares: la emergencia de la “cultura del control”, para usar la acertada frase de Garland (2001), que duplicó y luego reduplicó la población penal de Estados Unidos así como el número de aquellos en libertad vigilada o condicional, una tendencia que recién a comienzos de 2000 ha mostrado algunos pequeños signos de decrecimiento.

El triunfo del razonamiento actuarial en el proceso previo al juicio

El 1974 se introdujeron en la *Speedy Trial Act* (Ley de Juicio Rápido) provisiones legales para la prueba piloto de los “Servicios

En mi opinión, el más rápido y dramático cambio de curso fue el giro en las metas de la reforma de la libertad bajo fianza. En el espacio de unos pocos años las políticas saltaron de maximizar la libertad antes del juicio a las draconianas provisiones para la detención preventiva. La transformación fue rápida y a conciencia; los Estados siguieron con velocidad las indicaciones federales. Una razón para esta exitosa y repentina vuelta atrás fue que el modelo de predicción por lazos comunitarios puesto allí por los liberales era fácilmente adaptable para su uso con nuevos objetivos. Las agencias que habían estado encargadas de predecir el riesgo de huida basadas en la fortaleza del lazo comunitario estaban ahora encargadas de predecir el riesgo para la seguridad pública. Si podían hacer una cosa, podían hacer la otra. De hecho, el personal de la agencias le dio la bienvenida al desafío, y lo vivió como una validación de su tecnología y profesionalismo. En poco tiempo la misión de las agencias de servicios prejudiciales se transformó de predecir la comparecencia a juicio a predecir la peligrosidad con propósitos de detención preventiva, y de recordar a los liberados de su comparendo pendiente en el tribunal a encargarse de la vigilancia de los liberados de menor riesgo.

Previos al Juicio” en diez distritos federales. De acuerdo con el profesor de leyes de Yale, Daniel Freed, quien redactó el borrador

¹¹ Éste no era el primer estatuto autorizando la detención preventiva. En 1969, instancias de la Administración Nixon y apenas había sido nombrado Warren Burger como el nuevo Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema para reemplazar a Early Warren que se estaba

retirando, el Congreso había erizado a los liberales autorizando la detención preventiva para el Distrito de Columbia. Sin embargo este estatuto no fue utilizado por los fiscales hasta una década más tarde (para una discusión sobre esto, véase Feeley, 1983).

incluyendo estas previsiones, era el primer paso silencioso hacia la institucionalización del modelo administrativo para la reforma de la libertad bajo fianza a nivel nacional. Su ambición se vio pronto satisfecha. Con la sanción de otra ley diseñada por él mismo, la *Pretrial Services Act* (Ley de Servicios Previos al Juicio) de 1982, el Congreso expandió el programa piloto de los diez distritos a los 94 tribunales federales. La idea prendió rápido en los Estados y prontamente hubo docenas, si no cientos de agencias de servicios previos al juicio. Sin embargo este crecimiento ocurrió justo cuando los discursos de ley y orden consolidaban su dominio en el discurso público sobre el delito y el castigo. Casi desde el comienzo estas nuevas agencias utilizaron el enfoque administrativo para facilitar la detención preventiva y la vigilancia de los liberados, y no el objetivo de los reformadores de la liberación “en las condiciones menos restrictivas” posibles. Más adelante señalo la expansión y evolución de las funciones de la detención preventiva de estas agencias federales de servicios previos al juicio, y delinearé el desarrollo paralelo que ha tomado lugar en los Estados.¹²

La lógica central de las nuevas Agencias de Servicios Previos al Juicio era establecer una tercera parte neutral en el proceso penal que “pudiera proveer información precisa y objetiva suficiente con respecto al imputado, su entorno, la ofensa y toda otra evidencia que se relacione con la cuestión de si él comparecerá a juicio” (Mahoney et al., 2001:6).¹³ Para esto la ley ordenaba al personal de las agencias recolectar información de los nuevos arrestados antes de su comparendo en el tribunal de forma de llevar a cabo un asesoramiento de riesgo para determinar la probabilidad de su comparencia a juicio, un proceso modelado según la fórmula de los lazos comunitarios del Vera Institute. Al hacerlo, la ley *institucionalizaba* un tipo de proceso que puenteaba al proceso contradictorio basado en derechos, y en su lugar empleaba terceras partes expertas para presentar evidencia “objetiva” sobre el riesgo. Esto constituía un corte brusco con los ideales pasados (las prácticas son otra cuestión) tanto como con el proceso contradictorio de acusación y defensa basados en la responsabilidad. Aunque este nuevo sistema administrativo nunca ha operado en forma “pura”, su establecimiento ha ayudado a

¹² Es importante enfatizar que hay más de 50 jurisdicciones separadas en los Estados Unidos, un sistema federal que se encarga de una minúscula parte del trabajo jurisdiccional, 50 sistemas legales estatales que se encargan de la gran mayoría de los casos, y un grupo de otras jurisdicciones –el distrito de Columbia, Puerto Rico y otros sistemas territoriales–. Dentro de los Estados hay variaciones considerables. Por ejemplo, 35 Estados permiten la pena de muerte, 15 la prohíben; la tasa de encarcelamiento cada 100.000 personas es de 800 en Louisiana, mientras que es de 150 en Minnesota, y el resto varía entre estos números. Por lo tanto, es difícil generalizar sobre las prácticas “estadounidenses”. Sin embargo, casi todos los estados han adoptado la detención preventiva y en prácticamente todas las grandes ciudades se han establecido las agencias

¹³ Testimonio del Juez Geral B. Tjoflat, presidente del

Comite of the Administration of the Probation System of the Judicial Conference of the United States.

¹⁴ Hay una vasta cantidad de investigación sobre las agencias de servicios previos al juicio. La mayoría es generada por las mismas agencias y en función de ellas. Pero los más sistemáticos de estos trabajos, de cualquier fuente, reconocen que las agencias llegan lejos de sus afirmaciones expansivas de ser capaces de ofrecer predicciones confiables y precisas. Los falsos negativos y falsos positivos abundan. También la información incompleta y la administración ineficiente. El producto de sus esfuerzos tiene defectos de toda clase que justifican la etiqueta de pseudociencia. Cuando los programas son puestos en tela de juicio, sin embargo, los tribunales los han sostenido. Los tribunales les han garantizado la tradicional deferencia que se les acuerda a las instancias de decisión administrativas, y al hacerlo no

impulsar una nueva y diferente forma de entender la naturaleza del proceso penal.¹⁴ Con ello “la administración” en la remanida frase “la administración de la justicia penal” tomó un nuevo y más concreto significado.

Las agencias de servicios previos al juicio crecieron entre idas y vueltas entre que los primeros diez programas pilotos fueron establecidos en 1972 y el cambio de siglo. Hacia 2003 había 337 jurisdicciones estatales y federales que tenían programas de servicios previos al juicio (Clark y Henry, 2003). Además, varios Estados—Connecticut, Delaware, Kentucky, Virginia— operan con programas extensivos a todo el Estado (Clark y Henry, 2003:2). Aunque su financiamiento continúa siendo precario—la troika dominante de los jueces, fiscales y defensores públicos continúa recibiendo la parte del león del financiamiento—, estos nuevos apéndices han encontrado su nicho en el proceso penal. Han llegado para quedarse junto con un sentido del profesionalismo, de estándares profesionales, una organización nacional (*National Association of Pretrial Services Agencies*, NAPSA) y un encuentro anual. Y como todas las burocracias se han vuelto adictos a hacerse indispensables.

En su infancia en Nueva York y New Haven y otras pocas ciudades su única tarea era ayudar a los tribunales a decidir si los arrestados presentaban buenas oportunidades para la liberación antes del juicio. Pero, como ya se dijo, sus funciones rápidamente se expandieron y mutaron. De acuerdo con una reciente y autorizada encuesta sobre sus funciones, dos quintos de las agencias tienen autoridad delegada para liberar a los detenidos por su cuenta sin tener que esperar la revisión y

aprobación del juez (Clark y Henry, 2003:8). Mientras que esto seguramente facilita la pronta excarcelación, también subraya su naturaleza administrativa. Pero sus funciones rápidamente se extendieron más allá de esto, un hecho que se refleja en el cambio de nombre que sufrieron tempranamente en su desarrollo. Originalmente llamadas “agencias de liberación previa al juicio” (*pretrial release agencies*), para el momento en que estaba siendo considerada la legislación federal pasaron a llamarse “agencias de servicios previos al juicio” (*pretrial service agencies*), un reconocimiento de que realizaban muchos más servicios que aconsejar a la corte de la posibilidad de comparecencia ante el juicio. Pronto muchas de ellas fueron encargadas de contactarse y “recordar” al imputado en libertad de las fechas de audiencia en el tribunal. Por momentos esto implicaba requerir a los “clientes” presentarse periódicamente y aceptar visitas al domicilio por parte del personal. En algunos lugares el personal logró el estatus de oficial de justicia, autorizándolo a detener y forzar el retorno de los que no comparecían.

Con esta expansiva capacidad de monitorear y seguir a aquellos liberados antes del juicio, resultaba inevitable que los tribunales comenzaran a poner condiciones a la excarcelación. Agregado a la exigencia de hacerse presentes en el juicio (lo que era históricamente la función de la fianza), los jueces comenzaron a condicionar la libertad al pago de los alimentos de sus hijos, al presentismo escolar, a mantener un empleo, a evitar contactos con los indeseables y cosas por el estilo. Esto es, la libertad antes del juicio se convirtió en una especie de libertad condicional. De

las han escudriñado como instancias que pueden violar los derechos de los acusados penales. La administración tiene derechos privilegiados. Para análisis del fracaso

en considerar los problemas con estas instituciones en términos de los derechos del proceso penal, véase Klein (1997:281).

una buena forma burocrática las agencias de servicios previos al juicio expandieron el rango de servicios que ofrecían. Por ejemplo, los estándares NAPSA establecían que las agencias de servicios previos al juicio debían monitorear las liberaciones y proveer la información a los tribunales de lo que era relevante para la *investigación previa a la sentencia*, y una encuesta informaba que más del 80 por ciento de los programas “cumplían” con este estándar (Clark y Henry, 2003: 19). Otras funciones que se les añadieron incluían servicios de *diversion*, evaluación de indigencia de los defendidos para determinar si correspondía el defensor público, conducir los servicios de clasificación en las alcaldías locales, y proveer servicios de mediación para defendidos y víctimas (ibídem). Sin embargo, lo que pocos de los programas tienen es un instrumento válido para asesorar sobre el riesgo (Clark y Henry, 2003:24). Por admisión propia casi todos ellos operan “como se les canta”, sin siquiera pretender tener un criterio sistemático, científico u objetivo tras su decisión.

Algunas de estas nuevas agencias son especialmente problemáticas. A muchas de ellas se les han encargado responsabilidades en relación con detenidos de quienes se piensa que tienen problemas de salud mental; otras lidian con infractores juveniles acusados como adultos, o los involucrados en violencia doméstica. Éstos representan desafíos especiales. Por ejemplo, más del 80 por ciento de las agencias de servicios previos al juicio recolectan sistemáticamente información en entrevistas buscando indicadores de enfermedad mental. Sin importar las leyes que requieren el consentimiento informado y la protección de la privacidad de los informantes, estas agencias fallan rutinariamente en advertir a sus “clientes” de sus derechos a este respecto y rutinariamente pasan a terceros la información adquirida —carceleros, jueces fiscales, oficiales de libertad condicional (Clark y

Henry, 2003:32-33)—. Muchas agencias tienen especiales responsabilidades cuando se trata de jóvenes acusados como adultos y ayudan al tribunal a resolver qué planes de libertad o detención son los apropiados para su edad. Y en los casos que involucran acusaciones de la violencia doméstica, muchas agencias tratan de poner en la balanza su preocupación por la presunta víctima, lo que usualmente significa retrasar la liberación o recomendar condiciones restrictivas para ella.

Que muchas de estas condiciones sean similares a las condiciones impuestas en la condena condicional no es sorprendente. Muchas agencias de servicios previos al juicio son efectivamente operadas por los organismos de libertad condicional. Aparentemente creen que una persona que necesita supervisión es simplemente eso, sin importar si ha sido condenada por un delito o no.

Parece que me ido muy lejos de mi preocupación por la nueva penología. Así que permítaseme conectar esta discusión sobre la liberación antes del juicio con el argumento que señalé sobre el comienzo del surgimiento de la justicia actuarial. El concepto podría ser pensado como con dos componentes, uno fuerte y uno débil. El componente fuerte se enfoca en la capacidad de ofrecer asesoramiento sobre riesgo y de hacer predicciones válidas y confiables. Esto, tal como he sugerido, no ha sido conseguido por las agencias de servicios previos al juicio. De hecho, rara vez se ha intentado. Entonces se podría concluir, como algunos lo han hecho, que la nueva penología no es mucho más que un producto de nuestra imaginación, una idea a media cocción que hasta ahora no ha dado mucho.

Pero la concepción débil ha tenido un impacto enorme. Aunque también supone una institución que pueda predecir el comportamiento, el poder real de la institución no es que realmente pueda hacer tales predicciones. Más bien es el hecho de que esta aspiración

ha llevado al establecimiento de una nueva organización con nuevos objetivos, nueva autoridad y nuevas responsabilidades. Una vez que la institución se ha establecido para predecir la comparecencia a juicio, sólo ha sido un pequeño paso pedirle que prediga la peligrosidad. Como se sugirió, aún no puede hacer ninguna de estas cosas, pero una vez que la aspiración fue legitimada, se la autorizó a embarcarse en toda una serie de actividades que no hubieran sido permitidas bajo un régimen tradicional de derechos. Esta concepción débil de la nueva penología está ciertamente viva y fuerte en el proceso previo al juicio en los Estados Unidos.

Puede parecer que estoy buscándole la quinta pata al gato al darle tanta importancia a las actividades expandidas de las agencias de servicios previos al juicio. Sin embargo los problemas con la lógica de estas agencias se extienden cuando observamos las funciones que les han sido reconocidas y que encuadrarán cómodamente en su racionalidad. Dos desarrollos en particular sobresalen. Primero, el momento en 1969 en el que el Congreso adopta el estatuto de la detención preventiva, aun cuando el alcance de la ley se limitó al Estado de Columbia por dudas sobre su constitucionalidad, una vez que pasó la prueba a este nivel, el Congreso la lanzó con competencia nacional. La *Bail Reform Act* representa un cambio profundo en el sistema de justicia penal estadounidense. En segundo lugar, su adopción de la detención preventiva ocurrió justo cuando el Congreso escalaba en la “guerra contra las drogas”, sancionando una serie de leyes que requerían sentencias mínima obligatorias muy duras para los condenados por hechos relacionados con drogas.

Probablemente resultaba inevitable que estas dos preocupaciones —la detención preventiva y la guerra contra las drogas— se combinaran. Y probablemente resultaba inevitable que las nuevas agencias de servicios previos al

juicio fueran llamadas al combate. De hecho, estaban bien armadas para contribuir a ambas causas. Si podían predecir el comparendo en juicio, como afirmaban, podrían predecir la peligrosidad. Los objetivos son similares, los modelos bastante parecidos. Esta nueva responsabilidad trajo consigo un nuevo cúmulo de deberes. Primero, las agencias asumieron la responsabilidad para asesorar en peligrosidad. Esta nueva responsabilidad inmediatamente las involucró en el tema drogas. El uso de drogas, dice el saber convencional, está altamente relacionado con la violencia delictiva y por lo tanto es un buen predictor de comportamiento peligroso y actividad criminal. También lo son los factores de contexto — con quién te juntas, si estás empleado, y por el estilo—. De acuerdo con ello, las agencias de servicios previos al juicio comenzaron a recolectar información sobre estos factores también.

Sin embargo, el uso de drogas y las circunstancias de contexto pueden cambiar rápidamente. Investigar sobre esos asuntos no requiere un cuestionario único, sino del monitoreo continuo. La consecuencia: las agencias de servicios previos al juicio se involucraron en las tareas de los exámenes de drogas y de la vigilancia (Bureau of Justice Assistance, 1989, 1999; Alan y Clark, 1999; Rhodes *et. ál.*, 1996). Los imputados de alto riesgo eran recomendados para la detención preventiva, por supuesto, pero los de mediano y bajo riesgo eran liberados bajo condiciones. Estas condiciones podían incluir la exigencia de alejarse de viejos socios, permanecer detenido en el domicilio, mantener el empleo y someterse a vigilancia electrónica y a tests de drogas. Para asegurar estas condiciones, se encargó a las agencias monitorear las actividades de sus “clientes”. Y el monitoreo pronto se convirtió en supervisión. La agencias de servicios previos al juicio terminaron ejecutando programas de *diversión*, de exámenes de drogas, de tratamiento contra las drogas,

de monitoreo electrónico, y desarrollando “asociaciones con otras entidades involucradas en iniciativas sobre los problemas del delito en la comunidad—incluidas las organizaciones policiales, de libertad condicional, y comunitarias— para asegurar los efectos de la supervisión comunitaria” (Goldkamp y White, 1998:159-160).

Éste es el meollo de la historia de la consecuencia del proyecto de reforma de la libertad bajo fianza de mediados de los ’60.¹⁵ La gran visión de la reforma adelantada por un panteón

de reformadores liberales firmemente está ahora desplazada hacia un régimen de detención preventiva y ahogándose en un mar de orina. Los programas de servicios previos al juicio han recreado —y extendido significativamente— el abanico de opciones tradicionalmente asociadas con la libertad condicional. La diferencia más llamativa, por supuesto, es que el primer grupo de personas, aquellos sujetos a libertad condicional antes del juicio, no ha sido condenado por ningún delito.

Conclusión

He ofrecido un breve e incompleto recuento de la reforma de la libertad bajo fianza y sus consecuencias —contado en gran parte desde mi banquillo del *ring* en estos años— por diferentes motivos. Primero, quiero enfatizar las consecuencias no intencionales de las reformas. Pero principalmente he querido revelar cómo una nueva idea —basada en principios actuariales— echó raíces y creció. Reconozcamos que esta institución no opera en el sentido “fuerte”, no emplea precisos y ajustados análisis estadísticos. Pero sería errado concluir que los principios actuariales no son importantes. La versión débil de la organización actuarial es de todas formas bastante fuerte. La pátina de ciencia, tecnología y predicción ha legitimado una práctica que históricamente ha sido extraña a la tradición judicial angloamericana. Ha llevado a nuevos objetivos, nuevas técnicas y nuevas instituciones. Ha tenido consecuencias reales y extensas.

He elegido concentrarme en el área del desarrollo actuarial que mejor conozco. Pero no es la única área que observa este desarrollo. Una historia similar podría contarse (y hasta cierto punto se ha hecho) sobre el surgimiento de la incapacitación selectiva en la sentencia y sus variaciones más modestas como las leyes de los “tres *strikes*”, los criminales de carreras, las guías de condenas, y el uso creciente de la intervención civil en los casos de los delincuentes sexuales. El análisis del riesgo, o al menos lo que arriba he llamado “su versión débil”, está emergiendo y siendo reconocido en varias otras áreas del proceso penal. En años recientes ha habido tres importantes estudios de su influencia en la doctrina penal (Mathiesen, 1998; Robinson, 2001) y en la intervención civil postcondena (Monahan, 2006, en imprenta). Creo que en el futuro estos varios procesos separados se unirán en un frente unificado y formarán un nuevo sistema actuarial que transformará

¹⁵ Una historia institucional completa sobre el tema, semejante al maravilloso libro de Jonathan Simon, *Poor Discipline* (1990), reclama ser escrita. Uno espera que

algún emprendedor estudiante tome la idea y la lleve a cabo.

completamente el proceso penal en un proceso administrativo.

De hecho, el futuro puede estar al alcance de la mano. El Estado de Virginia ha sancionado una ley que encarga a la agencia de servicios previos al juicio el desarrollo de un modelo de predicción del riesgo y la administración de un plan de detención preventiva y monitoreo preventivo basado en estos modelos (Ostrom *et ál.*, 2002, Virginia Risk Pretrial Assessment Instrument –Instrumento de Asesoramiento de Riesgo Previo al Juicio–, 2003). También ha sancionado una ley de amplio alcance que establece la incapacitación selectiva como el principio guía para el dictado de condenas, y determinado un Consejo de Condenas para desarrollar modelos predictivos y monitorear este proceso. En muchos aspectos los

objetivos y el rango de actividades de los servicios previos al juicio y del Consejo son indistinguibles, ambos están anclados en el mismo marco de la justicia actuarial. Resulta interesante que Virginia también tenga la más alta tasa de ejecuciones capitales y el ritmo más rápido de ejecuciones que cualquier otro Estado de los Estados Unidos. Esto puede ser coincidencia, pero también puede ser que estemos observado la emergencia del primer “verdadero” sistema de justicia penal, y por lo tanto un adelanto de lo que viene. Para examinar eso espero que alguien escriba una disertación: “Virginia y su Sistema Actuarial de Justicia”.¹⁶ Como sea el caso, lo cierto es que la justicia actuarial está firmemente afianzada en el sistema de justicia penal norteamericano.

¹⁶ Una sugerencia gratuita más. Una buena disertación o libro sobre esto está rogando ser escrita: *Virginia: the Future is Now*.

Bibliografía

- Ares, Charles E., Rankin, Anne. R. and Sturz, Herbert (1963):** “The Manhattan Bail Project: An Interim Report on the Use of Pre-Trial Parole”, 38 *NYU L.Rev.*, pp. 67-95.
- Auerhahn, Kathleen:** *Selective Incapacitation and Public Policy*, Albany, NY: SUNY Press, 20030.
- Bureau of Justice Assistance (1989):** *Estimating the Costs of Drug Testing for a Pretrial Services Program*, Washington, DC, US Department of Justice, Office of Justice Programs, June.
- Bureau of Justice Assistance (1999):** *Integrating Drug Testing into a Pretrial Services System: 1999 Update*, Washington, DC, Office of Justice Programs, July.
- Calabresi, Guido (1972):** *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press.
- Clark, John and Henry, D. Alan (2003):** *Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century: A Survey of Pretrial Services Programs*, NCJ 199773, Washington, DC, National Institute of Justice, July.
- Dahl, Robert (1961):** *Who Governs?*, New Haven, Yale University Press.
- Dill, Forrest (1972):** *Bail and Bail Reform: A Sociological Study*, Ph.D. diss., University of California at Berkeley.
- Feeley, Malcolm M. (1979): *The Process is the Punishment*, New York, Russell Sage Fdn.
- (1983): *Court Reform on Trial*, New York, Basic Books.
- Feeley, Malcolm M. and Simon, Jonathan (1992):** “The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications”, 30 *Criminology*, pp. 449-474.
- (1994): “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en David Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage Publications, pp. 173-201.
- Foote, Caleb (1954):** “Compelling Appearance in Court: Administration of Bail in Philadelphia”, *U. of Pa. Law Rev.*, 102, pp. 1031-1079.
- (1965): “The Coming Constitutional Crisis in Bail”, *U. of Pa. Law Rev.*, 113, pp. 959-1185.
- Freed, Daniel J. and Wald, Patricia M. (1964):** *Bail in the United States*, Washington, DC, US Department of Justice and Vera Foundation.
- Goldkamp, John S. (1979):** *Two Classes of Accused: A Study of Bail and Detention in America*, Cambridge, Ballinger.
- Garland, David (2001):** *The Culture of Control*, Chicago, University of Chicago Press.
- Goldkamp, John S. and White, M. D. (1998):** *Restoring Accountability in Pretrial Release: The Philadelphia Pretrial Release Supervision Experiments*, Philadelphia, Crime and Justice Research Institute.
- Henry, D. Alan and Clark, John (1999):** *Pretrial Drug Testing: An Overview of Issue and Practices*, Washington, DC, Bureau of Justice Assistance, July.
- Klien, Douglas J. (1997):** “The Pretrial Detention ‘Crisis’: The Causes and the Cure”, 51 *J. of Urban and Contemporary Law*, pp. 281-305.
- Lazarsfeld, Paul (1974):** *An Evaluation of the Pretrial Services Agency of the Vera Institute of Justice*, New York, Vera Institute of Justice, December.
- Mahoney, Barry; Beaudin, Bruce D.; Carver, John A. II; Ryan, Daniel B. and Hoffman, Richard B. (2001):** *Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential*, NCJ 181939, Washington, DC, National Institute of Justice, March.
- Martinson, Robert (1974):** “What Works?”, 24 *Public Interest*, p. 25.
- Mathiesen, Thomas (1998):** Selective Incapacitation Revisited, 22 *Law and Human Behavior*, pp. 455-476.
- Monahan, John (forthcoming 2006):** “A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm Among Prisoner, Predators, and Patients”, *Virginia Law Rev.*

Moore, Mark H.; Estrich, Susan R.; McGillis, Daniel and Spelman, William (1984): *Dangerous Offenders: The Elusive Target of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.

Norko, Michael A. and Barnaoski, Mandelon V. (2005): "The State of Contemporary Risk Assessment Research", *Canadian J. of Psychiatry*, January.

Ostrom, Brian J.; Kleinman, Matthew; Cheeseman II, Fred; Hansen, Randall; Kauder, Neal B. (2002): *Offender Risk Assessment in Virginia: A Three Stage Evaluation*, Washington, DC, National Institute of Justice, September.

Packer, Herbert (1967): "Two Models of the Criminal Sanction", *Stanford Law Rev.* (1965) President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, Washington, DC, Gov't. Printing Office.

Rhodes, William; Hyatt, Raymond and Scheiman, Paul (1996): *Predicting Pretrial Misconduct with Drug Tests of Arrestees: Evidence from Six Sites*, Washington, DC, US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice.

Robinson, Paul H. (2001): "Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice", 114 *Harvard L. Rev.*, pp. 1429-1456.

Simon, Jonathan (1990): *Poor Discipline*, Chicago, University of Chicago Press.

Van Nostrand, Marie (2003): *Assessing Risk Among Pretrial Defendants in Virginia: The Virginia Pretrial Risk Assessment Instrument*, Richmond, VA, Virginia Department of Criminal Justice Services, April.

