

¿Una justicia actuarial? Entrevista a Malcolm Feeley y Jonathan Simon*

Por Diego Zysman y Mariano Sicardi

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Malcolm Feeley y Jonathan Simon, dos reconocidos académicos del campo criminológico y la sociología del derecho, son los autores de dos textos claves publicados a inicios de los años noventa del siglo pasado. En 1992, la revista *Criminology* publicó su trabajo *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, traducido prontamente al castellano tres años después en los números 6/7 de la Revista *Delito y Sociedad*. Mientras tanto, en 1994, publicaron una nueva contribución en la obra colectiva *The Futures of Criminology*, editado por David Nelken, bajo el título *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*. Al cumplirse veinticinco años de esta última publicación, presentamos una entrevista realizada a ambos sobre el pasado, presente y futuro de estos desarrollos teóricos.

DIEGO ZYSMAN: Hace 25 años atrás, Malcolm Feeley y Jonathan Simon publicaron una serie de contribuciones revolucionarias que resaltaban el ascenso prominente de unas nuevas prácticas en la penología y en las políticas de la justicia actuarial. Esta entrevista hará foco particularmente en la historia y las ideas principales de esos artículos. Malcolm Feeley es Claire Sanders Clements Dean's Professor Of Law en Boalt Hall (Escuela de Derecho, Universidad de California en Berkeley). Él es un distinguido profesor en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y en el funcionamiento de los tribunales de justicia. Asimismo, ha escrito numerosos artículos relacionados con estas temáticas y es autor de los libros *The Process is the Punishment* y *Court Reform on Trial*, entre otros. Por su parte, Jonathan Simon es Adrian A. Kragen Professor Of Law y director del Center for the Study of Law And Society de la Universidad de California en Berkeley. Él también es un distinguido profesor en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, y es autor asimismo de numerosos artículos y libros relacionados con estos temas. Del mismo modo, ha sido autor de los libros *Poor Discipline, Governing through Crime* y, más recientemente, *Mass incarceration on trial*, próximamente disponible en español. Sus curriculum completos pueden ser encontrados en la página web de la Escuela de Derecho. Adentrándonos a los fines de esta

* La entrevista se realizó en el Center for the Study of Law and Society, Universidad de California en Berkeley (EEUU), en febrero de 2018. Forma parte de *The Oral History of Criminology Project*, y se encuentra disponible en formato audiovisual para su reproducción en la siguiente página: <https://www.youtube.com/watch?v=XprWylT4tPE&feature=youtu.be>. La traducción de la entrevista fue realizada por Juan Carlos (Junior) Ruas (UBA/INECIP), con la posterior revisión y notas aclaratorias de Mariano Sicardi.

entrevista, podemos comenzar diciendo que Malcolm y Jonathan, en 1992, publicaron uno de los artículos más importantes en el campo de las cuestiones penales, titulado *The New Penology* y, en 1994, otro artículo bajo el nombre de *Actuarial Justice*. Esta entrevista constará de tres partes. La primera la hemos denominado *los orígenes de la nueva penología y la Justicia actuarial*. La segunda parte se llama *marcos teóricos: conceptos y variaciones* y, la tercera y última parte, se denomina *el camino de la nueva penología*. Para introducirnos en la primera parte, me interesa preguntarles, ¿cuándo y dónde fue que se conocieron? Y, ¿cuantos artículos han escrito juntos sobre estos y otros temas?

JONATHAN SIMON: Los más grandes primero...

MALCOLM FEELEY: Bueno, podemos decir que conocí a Jonathan cuando él aún era un estudiante aquí, aunque por supuesto, era un estudiante avanzado, y yo honestamente siempre lo vi como un colega en lugar de un estudiante. Respecto de tu segunda pregunta, *The New Penology* fue el primer artículo que escribimos juntos, luego escribimos *Actuarial Justice*, y posteriormente hemos escrito otra serie de artículos sobre esa temática, para Stan Cohen¹...

JS: Sí, siempre intentamos volver a ello y escribir un libro, lo cual podría haber sido un error desde que un montón de libros realmente interesantes han sido escritos sobre estos temas, pero también es cierto que no podemos quejarnos sobre la influencia que este artículo ha tenido por lo que es: un artículo. En cuanto a tu consulta sobre cuándo nos conocimos, te diría que lo recuerdo a Malcolm apareciendo casi para el final de mis estudios en esta universidad, y desde mi punto de vista ya teníamos una abundante cantidad de académicos que realizaban investigaciones empíricas sobre la justicia penal, lo que era bastante raro para aquella época. Teníamos a Jerry, a Shelly Messinger, Caleb Foote, y luego y hasta el día de hoy a Frank Zimring. Yo habré comenzado a trabajar con Malcolm dentro de su primer o segundo año en Berkeley, y yo especialmente era uno de los pocos estudiantes a su alrededor interesado en el delito, así que realmente me sentía como muy «cerrado», porque por aquel entonces la universidad se encontraba principalmente compuesta por los antiguos docentes de la «vieja escuela» de Criminología², sumado a estas nuevas contrataciones, que eran investigadores muy *senior* como Malcolm y Frank. Fue un gran momento para enseñar

1 N. del T.: Se refiere a los artículos publicados en las sucesivas ediciones del libro homenaje a Sheldon Messinger, reconocido profesor del CSLS, UC Berkeley, editado por Thomas Blomberg y Stanley Cohen en 1995 y 2003. El libro, publicado por la editorial Routledge, se titula *Punishment and Social Control: Essays in Honor of Sheldon L. Messinger*.

2 N. del T.: Durante parte de los años sesenta y setenta, parte de la criminología radical se afincó en el Programa de Criminología de la Escuela de Derecho de la UC Berkeley, aunque luego fue cerrado por cuestiones políticas. Entre sus integrantes más renombrados, se encontraban Tony Platt y Paul Takagi, entre otros.

sobre la justicia penal aquí, y luego Malcolm trajo el seminario Guggenheim, donde quizás este primer artículo haya sido escrito, creo.

MF: Yo creo que puedo contarles un poco más acerca de cómo fue concebido...

JS: Creo que presentamos una primera versión del trabajo en una conferencia, pequeña, durante el verano aquí, en este Estado.

DZ: ¿Esa primera conferencia fue en 1990? ¿O en 1992?

MF: El artículo es de 1992, la conferencia habrá sido entre 1990 o 1991. La conferencia fue sobre cómo mantener baja la población penitenciaria, y fue hecha en el Clark Kerr Campus. Nuestra audiencia consistió de todos los guardias de las prisiones estatales en California, sumado a la cabeza, al líder máximo, del Departamento de Correccionales, una variedad de otros académicos y estudiantes, y así sucesivamente. La conferencia fue co-sponsoreada por el Departamento de Correccionales, y ellos estaban realmente desconcertados por lo que decíamos, aunque el comentarista, todavía lo recuerdo, fue el muy distinguido profesor de Derecho Penal, Al Blumstein, quien estaba realmente asombrado por lo que dijo Jonathan, también me acuerdo de eso.

JS: Él fue muy cálido respecto a ello... Fue muy gracioso porque nosotros no lo veíamos como una persona muy amable, de hecho, pienso que yo en aquel momento dije algo, y apelé a lo que pensaba que eran las simpatías prácticas de la audiencia como creyentes de la justicia penal, practicantes, que querían involucrarse en cambiar la vida de la gente y no dedicarse a reorganizar equipaje en un aeropuerto. Resultó ser que Blumstein, literalmente trabajó esto en su disertación.

MF: Sí, vos hablaste sobre controladores de tráfico aéreo, aviones llegando, yéndose, y no preocupándose hacia donde van... Y yo te dije: «¿Cómo sabías que el primer artículo de Al era sobre aeropuertos y control?» (risas)... Él estaba sorprendido de que supieras eso.

DZ: Por aquel entonces, ustedes estaban en la universidad. Malcolm estabas acá, y vos Jonathan estuviste en Michigan y después en Miami.

MF: Vos estabas trabajando en el Poder Judicial, ¿no? [señalando a Jonathan Simon]

JS: Sí, todavía estaba, bueno, pienso que cuando empezamos a hablar yo todavía estaba trabajando ahí y luego hice la transición. Conseguí el trabajo en Michigan...

DZ: ¿Cuándo decidieron juntarse y escribir estos artículos juntos?

MF: Bueno, te digo, nosotros probablemente tengamos historias diferentes. La mía... El artículo que iba a escribir en un principio para esta conferencia tenía que ver con presupuestos que estaban cambiando, no iba a ser algo bueno, porque quería indicar que el problema con las políticas penales en los Estados, alrededor de Estados Unidos, es que los jueces de condado sentencian a las personas a cumplir su condena en las prisiones estatales en lugar de las propias, y uno de los motivos por lo cual lo hacen es que si ellos lo sentencian a pasar su condena en la cárcel del condado, éste último es el que paga, pero si lo envían a la prisión estatal es el Estado quien paga, y los jueces del condado suelen tener la costumbre de pasarle el costo a alguien más. Y yo estaba diciendo que la solución a este problema es tener jueces estatales, y un sistema estatal, y ahí estaba el problema, somos lentos y en cien años vamos a tener un sistema estatal en lugar de uno de condado. Pero entonces me di cuenta, de que podíamos hacer algo mejor, y con Jonathan hemos estado hablando acerca de esto junto con Shelly Messinger, quien es un co-conspirador no señalado del artículo, pienso... Pero estaba sobre mí, así que, es una idea que está en el fondo de mi cabeza, y esto nos proveyó la oportunidad. Jonathan y Shelly estaban muy entusiasmados con Foucault, Shelly había identificado el problema de crear modelos colectivos que no capturen a nadie, a ninguna persona, en la realidad, sólo en la construcción, y luego utilizar esa construcción para el pensamiento de la carrera criminal. Pero Jonathan se interesó en Foucault, y yo provenía de temáticas muy distintas. Años antes, yo me encontraba haciendo dos cosas: había asistido a clases del derecho de daños con Guido Calabresi, justo después de que publicara su famoso libro *The Cost of Accident*, donde argumentaba que el futuro del derecho de daños era la administración del accidente...

DZ: Derecho y economía. Él fue parte del movimiento...

MF: Sí, fue uno de los padres fundadores. Y yo asistía a sus clases, y veía que la reforma de la libertad bajo fianza llegaba a New York y New Heaven, donde estaban utilizando modelos de predicción y yo era realmente escéptico sobre esto... En aquella época, era realmente escéptico acerca de esos modelos de predicción, sobre cómo se utilizaban. Y luego, en cierta medida, ellos dos, Jonathan y Shelly, Foucault y mi experiencia con el derecho de daños y la administración de la libertad bajo fianza, y la reforma de la libertad bajo fianza en New York y New Haven se unieron. Y así es cómo concebí el... origen de este emprendimiento, y luego nos fuimos de un lado a otro por un tiempo.

JS: Sí, pienso que eso tiene mucho sentido, y realmente, fue muy tranquilizador porque la influencia de Foucault...

DZ: Había diferentes marcos teóricos, diferente investigación empírica.

JS: Sí, había diferentes tradiciones empíricas, pero hay dos cosas que pueden terminar de definirnos. Recuerdo que tanto Shelly como yo, ambos, estábamos muy entusiasmados por el libro *Vigilar y Castigar*, nos enganchábamos mucho en la conversación, en la historia del mecanismo individual de control y entrenamiento individual del cuerpo... Sonaba fascinante, y nos daba un nuevo marco teórico a la hora de pensar sobre el derecho o el retribucionismo, pero no parece encajar con muchas de las funciones de la justicia penal contemporánea, así que, ¿acaso Foucault simplemente se está olvidando de eso? Hay un muy interesante debate entre criminólogos como Stan Cohen, como Anthony Bottoms, Clifford Shearing, alrededor de la siguiente pregunta: ¿Qué quiso decir realmente Foucault por «disciplinario»? ¿Acaso las formas de disciplinamiento eran más colectivas? Y ellos siguen trabajando alrededor de estos temas en numerosos artículos. Y en cierta forma, yo tenía una gran ventaja, tuve la oportunidad de hablar con Foucault cuando estuvo aquí, que es justo un par de años, o algo así, antes de eso... Y verás si observás eso, la reciente publicación de la conversación con Foucault³, una de las cosas de las cuales él estaba avanzado en su propio trabajo, o tenía que avanzar al respecto, que era la idea de que las preocupaciones individuales sobre la peligrosidad habían sido desplazadas por preocupaciones sobre el riesgo, y cosas como la seguridad social, seguros, etc. François Ewald escribió un libro en francés titulado *L'État Providence*, donde se refiere al 'Estado del seguro' como esta especie de ascenso del seguro social como un mecanismo de gobernanza. Así que, en este sentido, entre los trabajos empíricos de Malcolm y la teorización de lo que estaba pasando en New Haven y en un montón de otros lugares, y nosotros, junto con Shelly, habíamos sido capaces de comprender las intervenciones directas de Foucault, y así fuimos capaces en cierta forma de «saltar» por encima del debate que se mantenía en el círculo criminológico acerca de si esto era disciplina o no lo era. Resumiendo todo esto para que sea más claro, habían estado discutiendo si había algún tipo de disciplinamiento. Shearing y Stenning escribieron esa pieza sobre Disney World, que parece apuntar a un tipo de mecanismo de control muy diferente, pero dijeron, «bueno, es como la disciplina, similar a la vigilancia, etcétera». Uno podría decir que era un buen ejemplo de un caso fortuito.

MF: Aún así hay otro elemento, mientras hablás, que se me viene a la mente. Por una parte del tiempo yo estaba trabajando en esto, visité la Universidad Hebrea de Jerusalén, y me instalé en la oficina de Stan Cohen. Stan estaba afuera por un retiro sabático, y yo estaba en su oficina, y estaba, por supuesto, haciendo lo que hago cuando estoy en la oficina de alguien más: husmeo alrededor de sus libros y artículos que se

3 N. del T.: Se refiere a la entrevista que le realizara cuando era estudiante de doctorado a Michel Foucault en el año 1983, mientras éste se encontraba realizando una visita en la Universidad de California en Berkeley. Recientemente fue publicada por Stuart Elden bajo el título *Danger, Crime and Rights: A Conversation between Michel Foucault and Jonathan Simon*, en la Revista *Theory, Culture & Society*, 2017, 34(1), 3-17.

encuentran en sus mesas. Y me topé con los trabajos de Nik Rose e Ian Hacking y un montón de otros trabajos de los cuales no estaba realmente familiarizado, y leí más de los propios trabajos de Stan, que son de esta forma. El hecho de que yo haya estado ahí, fue simplemente fortuito, que Stan me dejara usar su oficina mientras él estaba afuera del país cuando yo estaba allí, y leí algunas de las cosas que estaban alrededor en aquel lugar. Así que, un montón de cosas diferentes se unieron para dar fruto a esto.

DZ: ¿Acaso se imaginaron en 1992 el impacto que tendría posteriormente *The New Penology* y *Actuarial Justice* en el ámbito académico?

MF: No, quiero decir...

DZ: Sí, si imaginaron el impacto y cómo iba a cambiar, en cierta forma...

MF: No, aún sigo sorprendido. No tenía idea, pensé que era una idea realmente buena, y sabía que el pensamiento actuarial había cambiado de manera dramática la forma en la cual el derecho de daños es pensado, o al menos en el ámbito académico y, entonces, pensé que tenía alguna relevancia aquí, hasta que junto con Jonathan, después de todo comenzamos a decir que las personas son bilingües, están usando dos idiomas diferentes pero...

JS: Fue una especie de accidente, que llegara a *Criminology*. En realidad, ahí estuvo Tittle...

MF: No, no lo hice... Jonathan estaba muy ocupado con su trabajo, y yo estaba de vuelta alejado en el otro lado del mundo, y Charles Tittle me escribió y me dijo «estoy contento de que publicáramos esto, pero no quiero volver a trabajar con vos nunca más en mi vida, fuiste un dolor en el trasero», porque Jonathan no había tenido tiempo de corregir las cuestiones de ortografía, y yo no era muy bueno con eso de ninguna manera. Además, estábamos enviándonos fax ida y vuelta a lo largo del día, no emails, y Tittle lo terminó haciendo, le gustó, pero terminó haciendo un montón de edición. Así que, si parece muy bien escrito, es porque tenemos una deuda considerable con Chuck, con Charles Tittle.

DZ: Porque usaron el término de «nueva penología», excepto en 1994, cuando utilizaron el título de «justicia actuarial». Pero luego, de vuelta, volviste al concepto original de penología, ¿los usaste como sinónimos o no necesariamente?

MF: Como sinónimos, creo. El concepto de «justicia actuarial» es más, es un... Quiero decir, sabíamos que el primer concepto era importante, y por eso le pusimos un título que lo dijera, nuevo, diferente e importante. Eso es lo que el título *The New Penology* trató de transmitir, pero en *Actuarial Justice* quise... Fui invitado a dar la

Drapkin Lecture, de vuelta en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Quise, quise darle un título que fuera más descriptivo sobre qué se trataba este fenómeno, y es por eso que no quería decir «variaciones en la nueva penología», y luego, por supuesto, me prendieron fuego. Y finalmente, me recuerdo diciendo «¿cómo se dice justicia actuarial en hebreo? Quizás utilicemos el término en hebrero», y ellos dijeron «actuarial», simplemente adoptaron el término en francés, así que lo conservé. Recuerdo tener una pelea porque pensaron que era demasiado esotérico para ellos... Pero resultó ser que también fue una cosa importante ahí, así que...

JS: Bueno, creo que claramente fue, un mejor título que... *The New Penology*, tuvimos suerte de que eso no destruyó el concepto ahí, porque es simplemente un término genérico, además de que tiene un significado distinto sobre la historia correccional entre estudiantes, porque es una especie de «lo dorado de nuestro tiempo», cuando la gente redescubre la rehabilitación e intenta.... Entonces, «Actuarial Justice» era mejor porque nombraba algo que parece importante acerca de la epistemología...

MF: Justificándolo, es un término que Jonathan usó cuatro, cinco años antes, en un artículo que él había escrito...

DZ: Actuarial pero en un sentido amplio, no en el sentido de una reforma penal o cambios en el delito. Quiero decir, actuarial como algo más general...

JS: Pero creo que no provino de la criminología, y probablemente fue para llegar con más impacto. La criminología tiene un gran número de lectores, mucha gente que reaccionó a esto, dejó de lado y replicó varias versiones de lo que pensaron en formas que pensé que estábamos muy lejos de eso. Incluyendo, personas probando empíricamente su pensamiento, fue como una nueva forma de terapia que estábamos ofreciendo. Y esto te demuestra que tan desesperados están los criminólogos por una idea...

MF: No, no, te demuestra cuán correcto es el incómodo (...) [refrán] «el libro no pertenece al autor, pertenece al lector». Personas que lo utilizaron y nos respondieron, fue difícil entender lo que algunos dijeron...

JS: Pero me recuerdo yendo al encuentro de criminólogos, en la *American Society of Criminology*, en 1994, porque era en Miami, y Jerry Skolnick estaba ahí...

DZ: Antes del segundo artículo...

JS: Antes, después de que saliera la primera producción en *Criminology*. Y yo nunca había estado en un encuentro de criminología, y era nuevo en Miami, pero fue increíble para mí porque me sentí, en una forma modesta de decirlo, un poco como

Harry Potter, jajaja. Toda esa gente me conocía, y yo no tenía idea de donde, y era por este artículo. Ellos leyeron el artículo, gente de Inglaterra, y otros lugares.

MF: Hay una cosa. Yo, todavía tengo anotaciones sobre mi escritorio, como una especie de bocetos sobre cómo se vería un libro sobre esto, y una parte de mí, lo comparto con John, desearía que hubiéramos escrito ese libro. Por otro lado, esta pequeña gema de artículo, pienso, o dos artículos, realmente, han hecho más de lo que creo. Vos tenés uno, ténes uno, recuerda (señalando a Jonathan)... Hubo un libro que salió en Inglaterra, y eso permitió que nuestras ideas recorrieran alrededor de Europa, en cierto sentido...

JS: Ese fue un gran libro, si uno regresa y lo observa ahora, *The Futures of Criminology*. Contenía trabajos de gente muy interesante, y es raro que estuvieran ahí en un solo trabajo... David...

MF: Pero, lo único que nunca hicimos y desearíamos tenerlo, desearía que hubiéramos explorado otras facetas de ello y publicarlas en alguna revista de Derecho. Porque, hubiera sido, finalmente consagrado, «las ideas de la justicia actuarial llegaron a las grandes ligas de las revistas de Derecho». Y yo pienso que el volumen, realmente importante, tendría que haber sido descubierto y elaborado diez años antes, o publicarlo inmediatamente después de estos trabajos previos.

DZ: ¿Pensaron en hacer un libro entero acerca de la *nueva penología*?

JS: Lo delineamos en diversas conversaciones a lo largo del tiempo, pero siempre estábamos con otras cosas. Malcolm, creo que sos un poco como Foucault, intentás trabajar en múltiples proyectos a lo largo de los años, y luego generás artículos sobre ello con el paso del tiempo.

MF: No, mirá... es una idea muy importante que surge mientras estoy avanzando en diferentes cosas, pero aún resuena en los hechos... Hubiera sido lindo realizarlo, pero el artículo...

DZ: Quizás, aún...

MF: El artículo tuvo una reacción tan buena que hace que esta pequeña gema sea algo lindo, y que no me preocupe por un proyecto más grande o algo así.

DZ: Saben que, probablemente más allá de sus intenciones, el actuarialismo y la nueva penología estaban en contacto con las narrativas genéricas de los cambios penales en los noventa. Probablemente haya sido leído como una de las primeras explicaciones de un cambio epocal, la nueva penología, después de la rehabilitación. E in-

cluso, autores como Jock Young, por ejemplo, y otros, fueron más allá de la justicia penal y escribieron sobre una cultura actuarial. Por ejemplo, la gente afrontando y manejando riesgos en los shoppings comerciales, en las tiendas. Este tipo de descripción, ¿extiende o contradice sus ideas?

JS: Creo que en cierta forma parecido a lo que estuvo diciendo Malcolm acerca del derecho de daños, pienso que los dos vimos a la nueva penología como algo que estaba viniendo de otros campos hacia el sistema de justicia penal. Creo que siempre tiene mucho sentido pensar si quieres ir más allá de algunas teorías como... y hablar de la sociedad del riesgo, o Anthony Giddens, que pensó que estamos esencialmente en una forma de riesgo postindustrial, y pienso que hay un montón para decir sobre ello. Pero luego uno decide hacer una teoría sociológica, un cambio más amplio, y creo que ya estábamos haciendo suficiente ruido...

MF: Mirá, una forma de ver esto es que con todo lo que hicimos, tenemos suficiente experiencia, para darnos cuenta que el individuo estaba siendo desplazado en todos los ámbitos del Derecho. Y los dos hablamos acerca de ello en los artículos, en las notas al pie aparece el derecho de daños y en el derecho discriminatorio, en el derecho de la discriminación racial, donde hay una gran batalla entre la tarea prevista y la tarea efectuada. Y en aquel entonces, las tareas efectuadas eran más grandes de lo que son ahora, pero en ambos casos estábamos diciendo «ellos están mirando agregados y tratan de descubrir patrones», y por supuesto toda la política pública es así, cuando construyes un hospital, rutas, y construyes esto... Así que, el delito era la rara excepción de un foco radical sobre individuos, y decíamos «eso está siendo atacado», y lo vimos moverse alrededor de otras áreas del Derecho, otras áreas de la política pública...

JS: Creo que una forma de ver a Vincent Chiao, el trabajo de nuestro amigo Vincent Chiao, sería teorizando esto normativamente, pero diciendo «por supuesto que el derecho penal no debería ser tratado como una retribución para individuos, es derecho administrativo, se trata de cómo optimizar el bienestar de la sociedad». Él le da un carácter normativo contundente.

MF: Así que, en este sentido, dijimos que el derecho penal está alcanzando otras áreas del derecho, muchas otras áreas del derecho, desplazando al individuo como unidad de análisis...

DZ: Más allá de Estados Unidos, el otro caso que examinaron directamente es Israel, en 1994. Algunas funciones de la nueva penología han sido identificadas por otros autores en países más allá del norte global, por ejemplo, Australia o incluso América Latina. Originalmente, ¿creyeron, o creen ahora en la actualidad, que la emergencia de la justicia actuarial podría extenderse a otros países o culturas? Por otro lado, ¿podemos pensar en gerencialismo sin actuarialismo?

JS: Bueno, claramente es un fenómeno global lo que estamos hablando acá... Es interesante, Israel es un caso interesante, que tuvo poca discusión el tema de la justicia actuarial en Gaza (...)

MF: Yo di una *Drapkin Lecture* en la Universidad Hebrea sobre eso, así que quise, quise dramatizarlo. Si estás realizando una ocupación, incluso una ocupación benigna, sigue siendo una guerra. Entonces, vos no sabés manejar una guerra, incluso una tranquila, a través del debido proceso, tenés que manejar peligro. Así que, dije «ustedes entienden sobre los asentamientos y los terroristas en Israel, pero no hay tanta diferencia con la forma en la cual actúa la policía en la ciudad de New York, o en los barrios de afroamericanos en Chicagó». Probablemente menos benigno en Chicagó que en Israel. De hecho, fue una manera de tratar de transmitir, instantáneamente, porque todos sabían de lo que estaba hablando, la audiencia, acerca del *West Bank*, pero luego dije «bueno, así es la forma en la cual la policía o las fuerzas de la ley, en un montón de áreas, administran, así es la nueva forma».

JS: Incluso yendo más lejos, es posible tener gerencialismo sin actuarialismo. Creo que el gerencialismo es un fenómeno más amplio, y sí, puedes tenerlo... Yo diría que el actuarialismo es parte de... Es una de las herramientas que pueden funcionar de manera muy exitosa dentro de una política gerencial. La esencia del gerencialismo, para mí, es... Supongo que es una versión de la burocracia, en formas de, esencialmente, transformar la gobernanza de una institución en una serie de procedimientos o procesos que pueden ser modelados o monitoreados, así puedes medir tu éxito en base a lo que obtengas de los archivos de reportes o cuantos arrestos se han realizado.

MF: Bueno, aún puedes tener... Creo que aún serías capaz de tener un análisis sobre focos individuales... Lo que más nos impactó a mí y a Jonathan es que, esta cosa apareció justo en el momento en el cual nuestros oponentes o escépticos podían decir «ja ja ja, no funciona». Porque una gran corrida en el delito, o en el encarcelamiento, fue llevada a cabo en su mayor parte por los retribucionistas, con el argumento de que «hay que encerrarlos porque hicieron algo malo». Las personas pioneras que comenzaron pensando sobre incapacidad... incapacitación selectiva...

DZ: Greenwood por ejemplo...

MF: ¿Qué? ¿Greenwood? [él estaba] hablando de que podíamos reducir la población de las prisiones, no...

JS: Creo que ese es un punto muy importante y, de hecho... Bueno, yo diría, incluso por aquel entonces pensaron que el lenguaje retribucionista del giro punitivo estaba en su mayor parte enmascarando un compromiso con la incapacitación general, ¿no es cierto? Lo que es un tipo de gobernanza a través del riesgo. Pero estás en lo

cierto, creo que uno de los errores más grandes, que diría que cometimos, fue pensar que el tema de la incapacitación selectiva de la Corporación RAND era una clara señal de que las cosas iban a funcionar, cuando de hecho, debíamos haber vislumbrado que estaba siendo sobrevalorada. *Three strikes*, algunos pensaron «tenemos *three strikes* en lugar de incapacitación selectiva», pero mirá lo que en verdad era: un completo sistema no actuarial, que... les dio a los fiscales el poder de decidir quién es peligroso sin ninguna evidencia.

DZ: En ese sentido, en 1994, sugieren que la justicia actuarial era un concepto «nebuloso» que carecía de un buen articulado ideológico y de una técnica de identificación. Era como la idea de un pensamiento pre-político de la justicia actuarial. Pero luego, en póstumos trabajos esta reflexión se encuentra ausente, o al menos no aparece con tanta claridad, esta idea de un pensamiento pre-político, ¿acaso ambos siguen pensando que esto es un pensamiento pre-político?

JS: ¿A qué te referís con pre-político?

DZ: En el sentido de algo neutral a las ideologías.

MF: No, creo, creo que te entendí. Nosotros pensamos que esto, y yo particularmente pienso que esto provino, no estoy seguro de utilizar el término pre-político, yo utilizaría el término tecnocrático, creo que Pete Greenwood, bueno, es un buen ejemplo, pienso que Susan Astrid y Mark Moore, quienes desarrollaron sus teorías...

DZ: Relacionado particularmente con políticas de izquierda o de derecha...

MF: Bueno, probablemente... si tenés que definirlo, probablemente sería hacia la derecha. Pero es, es algo tecnocrático, surge de una forma ortogonal en lugar de la izquierda o la derecha, surge, surge en algún ángulo...

JS: Creo que realmente fue, tan neutral como podrías ser en ese sentido, y son capas diferentes las que han estado fuera... La contribución de Blumstein, que es realmente un trabajo de influencia masiva el que hizo bajo la comisión de presidencia en 1967⁴, que trajo la visión de operaciones de investigación para pensar acerca de la interconexión del sistema de justicia penal. Y no es realmente actuarial (...), en el sentido de crear algo más que una verdadera máquina, una visión integrada de un sistema, y donde puedes calificar las entradas y salidas en distintos niveles y decidir qué quieres lograr, fue enormemente influyente y sin embargo fue, creo que Al personalmente

4 N. del T.: Se refiere al *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice Report* de 1967, encargado por el Presidente Lyndon Johnson.

y la administración de la cual él fue parte eran liberales que pensaron que esto haría a la justicia penal local más eficiente, para en última instancia permitir que mejores valores de derechos civiles se apliquen en este sistema. Así que yo no creo que ellos lo vieran como tendiendo, y si pensás acerca de ello, bueno, deberíamos haber hecho más, creo, dentro del hecho de que, por ejemplo, el ala de derecha de la Suprema Corte rechazó el razonamiento actuarial en el caso *McCleskey*, un precedente famoso, no querían tomarlo desde el punto de vista racial, ellos no quieren mirarte...

MF: Lo aceptaron para decisiones de libertad previo al juicio, pero no para...

JS: Creo que no hicimos demasiado en eso. Cuando vuelvo y leo *Actuarial Justice*, veo cuanto hicimos, y produjo una gran impresión en mí que dos decisiones de la Suprema Corte que legitimaban la prisión preventiva y la fianza, que vimos desde la perspectiva de nuestro buen amigo y colega en el caso de Malcolm, Caleb Foote, que dio una buena pelea por un derecho constitucional a la fianza. Así que estos casos se ven realmente decisivos como un cambio del modelo individual hacia, quizás, un cambio hacia el control de riesgo. Pero si observás el aspecto del sistema que el gobierno federal constitucionalizó no era del todo actuarial, era simplemente judicial, juzgamiento clínico, más o menos...

MF: Bueno, ellos marmolizaron cada... El hecho que importa es no sólo el estatus de las prisiones preventivas, porque eran raramente utilizadas porque era mucho más fácil establecer fianzas realmente costosas en lugar de ir a una audiencia de prisión preventiva. Toma veinte segundos decir «una fianza de un millón de dólares», y toma dos días ir a, tener una audiencia de prisión preventiva. Así que, la fianza de un millón de dólares siempre triunfó...

JS: Y creo que en la política hoy en día, la izquierda está liderando la carga para reemplazar estas fianzas monetarias con evaluaciones sobre el riesgo; de hecho, las cortes de California justo... Bueno, el fiscal general de California acaba de decidir no apelar un caso que cuestiona el monto de la fianza, que probablemente derive a que los legisladores...

MF: Aquí es donde la justicia actuarial está retornando hoy en día, después de estar relativamente dormida (...) por veinte, veinticinco años, y esa es, la nueva coalición derecha-izquierda, el *smart on crime*, el *right on crime*, la fundación MacArthur representando a la izquierda y la fundación Arnold a la derecha, también los Cop Brothers en esta nueva derecha. Y entonces todos los «chicos buenos» se juntaron y todo el mundo piensa que los algoritmos son la nueva bala de plata. Pero los algoritmos son simplemente nueva penología, justicia actuarial, con otro nombre, con un término más lindo, pero van a tener el mismo problema, todos los mismos problemas.

JS: O incluso peores problemas, dado que el modelo actuarial al menos es más transparente, está mayormente basado en el modelo de ciencia social en lugar del tipo de propaganda que es (...) ...

MF: Bueno, el problema ahora, una de las diferencias es que, con los algoritmos, al menos una Suprema Corte estatal sostuvo que la compañía que hace este trabajo para la corte, la persecución... no tiene que mostrar el funcionamiento interno de sus modelos, es información comercial secreta de la empresa privada y mi intuición es que lo seguirán manteniendo así. Entonces, ahora tenemos, ahora vamos a tener modelos de predicción de riesgo realmente malos. No sé qué es mejor o peor, malos modelos de predicción o modelos buenos.

JS: La promesa del aprendizaje artificial de las maquinas es algo que yo personalmente no siento que pueda evaluar, pero esa es una de sus proclamas; esto será actualizado constantemente de una forma típica de un modelo actuarial, como dije, con sus principales correcciones una vez utilizado.

DZ: Pero lo observan como un segundo momento del actuarialismo, no es algo diferente, es una segunda instancia, un segundo momento...

MF: Ah sí, con ventajas. Y la diferencia aquí es que tenés a la derecha y a la izquierda, ambos, caminando de la mano y aceptando la idea. Mirá, acá está uno de los problemas del viejo modelo de predicción de fianza, y nos van a dejar uno nuevo más grande en... Y no sólo predicción sobre la fianza, porque será bueno para los modelos de predicción de libertad condicional, sentencia de libertad condicional, suspensión del juicio a prueba, todo el arsenal de mecanismos. Y ese es el modelo más sofisticado, y quizás cuanto más acertado es el modelo, más bits de datos recibís. Y el problema es que cuantos más bits de datos recibís, si estás lidiando con gente que está acusada de delitos penales, es que va a estar incompleto. No vas a aprender algo acerca de si sus padres se graduaron de la escuela secundaria o no, o si creció en la casa de una sola familia o si tuvieron... Entonces, cuantos más datos necesitás, vas a tener más datos perdidos y, en el pasado, los casos con datos perdidos, eran tratados como «no podemos hacer una recomendación». Y la idea de «no podemos hacer una recomendación», de hecho, se traducía como una cuestión práctica, para los jueces, como una recomendación de «no». Entonces, en la ciudad de New York observé que cuanto mejor era el modelo de predicción que tenían, más gente era retenida en prisión preventiva porque el «no recomendamos» era más alto. Esto está sucediendo todo de nuevo.

MARIANO SICARDI: Una de las preguntas que pensamos para ustedes era esta cosa relacionada con las decisiones de los tribunales, porque muchos miembros de la Suprema Corte cambian en los setenta. Entonces, qué jueces, porque una de sus ideas

- pienso en *Actuarial Justice* -, era esta idea sobre que «una cosa que podría ralentizar el camino de la justicia actuarial podría ser las funciones de la corte». Así que, en este sentido, nos preguntamos qué jueces ustedes piensan que lo apoyan o ralentizan el desarrollo de una justicia actuarial y si hubo nuevos *leading cases* desde 2003, porque en aquella época, en 2003, escribieron su último artículo relacionado con...

JS: ¿Cuál trabajo fue ese?

MS: Está en el homenaje a Messinger...

JS: Eso en realidad era una actualización del de 1995...

MF: Sí, me olvidé de eso... Yo, yo no creo que los problemas hayan sido resueltos directamente por la corte, no puedo imaginar que eso sea así por un largo tiempo, pero diría que, si hubo un juez que quizás, un miembro de la justicia, de la Suprema Corte de Justicia, que quizás fue simpatizante, si estuviéramos sentados ahora hablando con él, o quizás el más cercano a eso, sería Antonin Scalia. Él sería el tipo del ala de ultra derecha, es decir, creer en la autonomía individual y la responsabilidad con venganza. Bueno, podría estar equivocado, pero eso sería una ironía...

JS: Yo estaría de acuerdo con Malcolm en que la Suprema Corte ha evadido seriamente alguna especie de fallo en cosas como el *profiling* hasta ahora; en un caso donde consideraron el perfil de un mensajero de droga, de una forma u otra fue interesante porque la defensa ahí... Realmente él utilizó el argumento de la justicia actuarial y dijo «esto no puede ser sospecha razonable, la sospecha razonable implica una historia, una narrativa individualizada de qué está haciendo este tipo, y en su lugar, simplemente está esta máquina que está tratando»... Y la Corte, en lugar de decir «sí o no, la máquina está pensando», ellos simplemente dijeron «bueno, todo lo que vamos a considerar es si esta información va a apoyar la sospecha razonable a los oficiales de policía, si van a apoyarse en factores clínicos o no»... Así que ellos siempre lo evadieron...

MF: Y eso es lo que la Suprema Corte de Wisconsin hizo con este criterio, la respuesta es intuitivamente entendible, así que...

JS: Lo que sospecho que conseguimos, fue un desafío directo basado en los tribunales de Virginia, que dice «te doy una condena más larga en prisión porque fuiste un delincuente juvenil a los 16» o algo por el estilo, y hoy podrías conseguir una obediencia, lo creo especialmente bajo la corte actual, sospecharía que podrías conseguir 4 votos que digan que hay un problema de dignidad vinculado con la Octava Enmienda... Un problema demandante vinculado con el uso directo de la justicia actual, eso

creo que sería lo que dirían Kagan y Ginsburg, y posiblemente Kennedy. Pero apuesto a que Breyer desertaría hacia el otro lado, probablemente terminará con cinco más, porque Breyer era muy tecnocrático y un gran partidario de condenas más extensas...

MF: Yo hablé con algunos profesores de Derecho y jueces en Alemania y Finlandia, y los jueces alemanes hiper súper continentales, y los jueces de influencia en Alemania, lo amaban, pero su preocupación era una preocupación diferente, ellos no vinieron tras esto, no les gustaba ciertos tipos de reglas de responsabilidad estricta, por ejemplo, se querían sacar de encima el test de alcohol en sangre para conductores ebrios... Y muchos de ellos tienen muchos datos diciéndoles que hay un montón de gente que toma y no tiene accidentes, y no queda del todo claro las diferencias entre las personas que beben y... Así que... hasta cierto nivel, pero odian todo tipo de leyes que serían defendibles... Que yo defendería, no necesariamente en el Derecho Penal pero en términos de políticas públicas, basado en juicios actuariales de «eso va a reducir la incidencia de los accidentes y la seriedad de los mismos», así que por supuesto deberíamos tener leyes para los conductores ebrios como también leyes para quienes deban portar cascos. Pero ellos no violaban la ley, hablaban de la autonomía de los individuos y hacían juicios así que... imponían juicios agregados sobre los individuos. Incluso, luego un juez fue nombrado en la Corte Constitucional de Alemania y hasta donde sé, él nunca progresó en sus ideas seriamente a lo largo de su posición allí en la Corte.

MS: Ok, ahora nos gustaría seguir adelante a... Después de los artículos que escribieron. Cuando escribieron esos trabajos, era al comienzo de los noventa, y desde ese momento también fueron escritos otros artículos y libros sobre los cambios en las políticas penales por otros colegas académicos, especialmente a fines de esa década y al comienzo del siglo XXI, ¿cuáles de esos trabajos los impactó más en su marco teórico y de qué forma podríamos verlo?

JS: Creo que en realidad escribimos un libro, se llama *La Cultura del Control* justo como lo tituló David Garland (risas)... Pero el núcleo de ese libro, en muchos sentidos, es que el sistema se ha convertido obsesivamente centrado en el riesgo. Por otra parte, él ya tenía escrito un artículo diciendo que eso no era del todo nuevo en 1995, así que en *La Cultura del Control* pudimos cambiar su forma de pensar al respecto, y...

MF: Creo que *La Cultura del Control*... Creo que probablemente tuvimos alguna influencia en dicha obra... Él pasó mucho tiempo aquí en los noventa... Pero realmente tengo... Quiero decir, yo hablo con la gente y lo que veo es... Y cuando Jonathan editó *Punishment and Society*, teníamos personas que se ponían a escribir y decían «ah, no funciona, porque no podemos verlo», y por supuesto, estaban en lo correcto al señalarlo, a pesar de que creo que lo que hicieron fue utilizarnos como un instrumento

para crear... Quiero decir, lo que vemos es que los penitenciarios no han leído a todos los trabajadores sociales, los oficiales de suspensión del juicio a prueba aún tienen una mentalidad propia del estado de bienestar, tienen tecnócratas ahí dentro, y estábamos felices de ver que ninguno de ellos realmente contradecía lo que dijimos... Estábamos diciendo «hay una nueva tendencia, de nuevo determinamos utilizarlo» ... Todos ustedes son bilingües y hablan dos idiomas y piensan de dos formas distintas, y van para atrás y hacia adelante y no se dieron cuenta cuando hacen eso... Y creo que ese es el caso hoy en día. Y tal vez el lenguaje del algoritmo actuarial sea un poco más destacado, pero es una nueva forma de pensar, y hay dos cosas que fueron llamadas justo como... Mirá, en la discriminación laboral, en el derecho de la discriminación, hay dos tareas: una es la intención de la tarea que teníamos para probar la discriminación, tenés que probar que vos no heriste a ese individuo, y luego está la prueba estadística, que nos dice que no hay chance por elección al azar de que esta gente que corre hubiera sido excluida de un empleo. Y entonces, esas dos cosas viven simultáneamente en un área. Fox aún tiene lugar, un rol marginal, en el derecho de daños. Tuve un pequeño accidente con el auto los otros días así que, me siento más cercano a esto, entonces, ocurre lo mismo en el delito. Pero al menos lo que hicimos, creo que nuestra contribución fue que dijimos «hay una forma de pensar y hay un camino, una institución, el desarrollo de instituciones que nosotros reorientamos de la forma en la cual la gente organiza su pensamiento acerca de ellos» ... Y eso es... Fue una contribución modesta para llamar la atención a un modesto, pero significativo, desarrollo.

JS: Creo que también hubo un impresionante trabajo, que influyó mi pensamiento sobre esto, sólo para mencionar a algunos: Lucia Zedner y Andrew Ashworth produjeron un montón de trabajos sobre derecho penal preventivo, y, asimismo, sobre el giro preventivo...

MF: Y creo respecto a Lucia que la influenciarnos considerablemente...

JS: Sí, pero ella realmente está llevando el trabajo a... Kelly Hannah-Moffat, en Toronto, tiene un trabajo muy interesante e importante... Pat O' Malley, que estaba configurando estas cosas al mismo tiempo, pero su trabajo sobre la incertidumbre, en cierta forma resultó llevándolo a cabo en una dimensión distinta y menos actuarial... Lo que quiero decir, ambos, creo que ambos... El libro de Nicky Lacey... La persona que escribió el libro más cercano a lo que la gente se imaginó que escribiríamos probablemente fue Bernard Harcourt, creo que hay un montón de cosas buenas en ese libro, pero hay algunas cosas que no lo son tanto, es en cierto modo interesante pero muy «Escuela de Chicago», él estaba en Chicago en aquella época, y los argumentos eran...

DZ: Argumentos muy provocativos...

JS: Muy provocativos... sí, «los modelos de predicción se la hicieron fácil a la gente blanca para cometer delitos porque ellos no están...»; pero en el núcleo de sus dichos, que lo que realmente tenemos que hacer no es simplemente rechazar el riesgo, sino en su lugar insistir en una especie de método para aleatorizar el comportamiento de las personas... Ellos tenían una gran visión acerca de ello, y yo en cierto modo volví a esos argumentos en una clave que piense como podemos tratar de romper con ello.... Porque el actuarialismo, y una cosa por la que podríamos tomarnos el compromiso de hacer algo y es generalmente... Y otras de las funciones de la era del delito, es que ciertamente no inventaron la racialización de la justicia penal, el actuarialismo sólo lo hizo peor, pero no comenzó ahí, y entonces, tomar medidas mayores para demostrar eso es, creo, un imperativo.

DZ: ¿En 9/11? ¿No? ¿Mariano?

MS: Sí, bueno, probablemente uno de los mayores cambios en el último tiempo fue lo sucedido en las torres gemelas en New York, el 9/11, en 2001... Ustedes escribieron esto en 1995, y luego ampliaron sus argumentos en el 2003, donde tienen algunas ideas sobre qué podría ser la justicia actuarial entre... Después del 9/11.

DZ: Me acuerdo... Yo presenté una disertación, una disertación de maestría en septiembre de 2001, y todo el mundo pensó que... Bueno, el futuro, en Estados Unidos, sería el actuarialismo, después del 9/11... El actuarialismo se expandiría en todo el campo de la penalidad...

MF: Mirá, yo no sé si se expandió en todo el campo de la penalidad, probablemente en algunos se ha... El 9.11... dio un gran impulso al *profiling*, y ahora utilizan inteligencia artificial para trazar perfiles, así que creo que, el 9.11, claramente dio un gran impulso al *profiling*. El *profiling* es una forma de justicia actuarial, así que creo que sí...

JS: Yo diría que la revolución de las redes sociales, que ocurrió después del 9/11, en muchos sentidos, e incluso aún más influyente porque si intentás utilizar ese tipo de material para comenzar a realizar juicios predictivos... Realmente se metieron en el mundo actuarial o en la inteligencia artificial, solamente que, la policía ahora está pasando un montón de horas usando datos de las redes sociales...

MF: Sólo imagínate al analista que pasa por los ruidos de las llamadas telefónicas para intentar detectar patrones y entonces, encender el foco sobre algo... Eso es... Creo, en cierto estado tenemos que descubrir cómo lidiar con eso, y es...

JS: Y una extraña necesidad surge aquí 17 o 18 años después, y por ejemplo aún seguimos con la línea TSA, que en cierta forma no hay nada sorprendentemente *pro-*

filing’ acerca de eso, porque básicamente revisa nuestra espalda para asegurarse si tenemos agua... En otro sentido la línea es aclamada por haber brindado cierto tipo de... Mi impresión por mi breve estadía en Israel es que su seguridad ha sido buena, es mucho más que *profiling*, ellos utilizan tecnología mucho más sofisticada para identificar cualquier... persona en la cual estén interesados en saber más acerca de ello. Creo que Estados Unidos no es el «mejor de la clase» en eso, o al menos, lo que vemos ahí, quizás al final esté al mismo nivel que lo que se encuentra en lo «mejor del mundo», supongo... Pero, sí, a veces estoy sorprendido cuan relativamente poco sofisticados nos hicimos luego del atentado terrorista del 9/11... Aún requerimos de empleados pobremente pagos para intentar encontrar...

MF: Creo que se trata de relaciones públicas casi en su totalidad, para darle a la gente la sensación de que están a salvo.

JS: La línea TSA es toda una actuación...

MF: No, no, el control de seguridad de los aeropuertos... Creo que eso tiene que ver con intentar calmar a un público ansioso que está por tomar su vuelo... Pero incluso mientras ellos se quejan de eso...

MF: Por otra parte, como Jonathan mencionó antes, el nombre de Anthony Bottoms, quien acuñó uno de los conceptos más fuertes de la criminología, como una criminología del populismo penal o populismo punitivo, pero en 1995. Por otro lado, la atención hacia la institucionalización de los movimientos de derechos de las víctimas, fue posterior a sus artículos. Y en *The Forms and Limits of The New Penology* de 2003, notaron que hay una gran brecha entre el público y los expertos, pero no una contradicción o relación mutua entre la nueva penología y el populismo penal. Nos preguntamos si podrían explicarlo...

MF: Con Jonathan diferimos en esto... No suelo decirlo. Creo que – pero es una hipótesis – el ascenso de los movimientos de derechos de las víctimas, y el populismo penal, fue un retorno a una venganza primitiva, que no fue particularmente... No fue diametralmente opuesto, pero no era compatible con la nueva penología. Y ahora que vemos un descenso de los grupos de derechos de las víctimas o algo así... Ahora hay partes interesadas que están sentadas en la mesa, pero ahora no son tan vindicativos como lo eran 25 años atrás, 20 años atrás, y para mí no es una coincidencia que en la medida que su voz en el debate público decayó, las voces de los tecnócratas de los algoritmos aumentaron: los tecnócratas están de vuelta después de haber estado en las sombras por 20 años. Yo realmente creo... De la misma manera que temo por los movimientos vindicativos de los derechos de las víctimas, realmente temo también por los nuevos tecnócratas y sus algoritmos, y quizás veamos a la justicia actuarial junto

con la venganza siendo ahora apoyados por todo el mundo, o tendería a ser así... Esta es la última bala de plata que podés conseguir, la derecha y la izquierda, ambos celebrándolo como un nuevo gran desarrollo que va a resolver todos nuestros problemas.

JS: No recuerdo ahora de donde tomamos el término, si fue de Tony, o creo que teníamos un término ligeramente diferente...uno del que hablaba sobre populismo o...

MS: Claramente se referencia con Tony leyendo el artículo...

JS: Sí, era una idea similar creo...

DZ: En 1995 presenta el gerencialismo como un tipo de... Especie de la nueva configuración en el campo de la penalidad... Luego el populismo penal, y luego de ello inició, ¿no? Con otros autores...

MF: Creo que con un montón de personas: David Garland, Lucia Zedner, había un montón de gente diciendo «algo está ocurriendo acá», y ellos estaban mirando el final, y el elefante como si fuese, e intentando... Es decir, era nuevo y diferente pero estaba en la habitación, molestando, pero ellos decían «vemos diferentes partes de esto», y nadie... O creo que quizás David Garland fue el que más se acercó en poner... En sintetizar todos los componentes...

JS: Creo que Malcolm está en lo correcto al enfocarse en los movimientos de derechos de las víctimas como un tipo de lo que, ciertamente llamó mi atención hacia esto... Si estuviésemos enfocados en la nueva penología como una tendencia que estaba operando entre los tecnócratas y la gente de adentro del sistema, ciertamente no podría dar cuenta de tantas cosas que estaban ocurriendo, por ejemplo, algunas que parecían muy «tranquilas», como decían sobre programas para abusadores sexuales violentos en algunos diecisiete Estados, que aún tiene cientos de personas que permanecerán encerradas para siempre... Sin fundamento en ninguna idea científica del riesgo, pero basado ampliamente en la imagen de un tipo de monstruo o «chacal» para ponerlo en términos populares...De esto... Estamos... Tomá esto... El único artículo que alguna vez escribí con mi esposa, pero Frank Zimring creo que acertadamente dice que ese trabajo probablemente sea la mejor cosa que haya escrito alguna vez... Era un estudio de los nuevos factores de algoritmos que los Estados habían adoptado desde que la Suprema Corte básicamente quitó sus manos de la potestad de regular las provisiones de la pena de muerte en las figuras de los Estados, y lo que podías observar es que... la primera década de los factores de algoritmos, después de que regresó la pena de muerte, estábamos ciertamente afuera del Código Penal Modelo. Ellos eran muy normativistas y jurisprudenciales, y en cierto modo muy inteligentes en el desarrollo de cosas como las políticas públicas, pero en el momento en que llegaste al final

de los noventa, eran cosas que parecían como rituales satánicos... y muerte, durante estos rituales, de vuelta durante la pena de muerte... Matar a una persona muy anciana o discapacitada, era mayormente el tipo de víctima que pasaba por el sistema durante la semana, así que estábamos intentando darnos cuenta de eso, y sabíamos que el desarrollo del sistema penal de los noventa ciertamente no estaba siguiendo el hilo conductor, pensamos que estaba yendo hacia la nueva penología...

MS: Uno de los...

MF: Incidentes... Incidentes... durante los noventa... Es interesante, que el presidente nominara a Al Blumstein para ser el director del *National Institute of Justice*, y el Senado lo rechazó.

JS: ¿Es eso cierto?

MF: Así es...

JS: Clinton lo nominó y el Senado lo rechazó... sobre la base de que era demasiado izquierdista...

MF: Sí, se le dijo que era demasiado izquierdista....

JS: Dios mío (risas)...

MF: Y esto ocurrió en la cúspide de los movimientos de derechos de las víctimas, y allí estaba el tecnócrata, que quiso reducir el delito pero no hablaba el lenguaje de... No hablaba el lenguaje de los derechos de las víctimas... Y así hicieron lo mismo con Norval Morris, con lo cual, dos de los expertos en justicia penal más destacados de Estados Unidos fueron rechazados por... Creo que en ambos casos ellos no terminaron siendo rechazados, al fin y al cabo, pero ellos se dieron cuenta que algo malo ocurriría pronto... Y solo mantuvieron sus nombres para que luego se los retiraran... Así que...

JS: Y para muchos de nosotros que estábamos viendo la política con el paso de los años... Creo que esa personificación fue la elección entre Bush y Dukakis en 1988, cuando en un famoso debate se le preguntó a Dukakis sobre qué ocurriría si su mujer fuese raptada y violada... Y en lugar de enojarse, y hablar de lo triste que era para él el hecho de pensar en su mujer como una víctima, contestó «bueno, como saben, yo no creo que definitivamente los victimarios merezcan la pena de muerte», y con eso pasó a una respuesta muy de Harvard Kennedy School... ¡Y perdió la elección! (risas)

DZ: Porque incluso Obama nunca mencionó algo sobre la pena de muerte en su campaña electoral...

JS: No... Pero él criticó a la Suprema Corte por tirar abajo la ley de pena de muerte en Louisiana para abusadores de niños...

MF: Clinton... Yo un día estuve en el «corredor de la muerte», en Arkansas, y terminé hablando con un preso que iba a ser ejecutado al día siguiente... Intentó volarse el cerebro, y yo estaba con un grupo de personas, pero él sólo reconoció a una de ellas... ¿A quien reconoció? Reconoció al Fiscal General, que en aquel entonces había sido el fiscal que había logrado exitosamente llevar adelante el caso contra él... Pero reconoció los rostros. Y al día siguiente, literalmente el día siguiente, Bill Clinton estaba parado ahí, mirando a través de la ventada de vidrio cómo ejecutaban a este tipo... Yo no estaba ahí aquel día, estaba en...

JS: Pudo hacerlo muy bien...

MF: Sí, lo hizo muy bien... Y por supuesto él... Probablemente la ley penal más dura jamás aprobada por los federales fue la que hicieron sonar... los republicanos después del fiasco de Dukakis. Los demócratas aprendieron a ser mejores que los republicanos en términos de «duro contra el delito» ... Y gracias a dios ahora hay varias razones de ello... Trump está intentando hacer que se vendan, pero aún, no se dejaron comprar... Hay muy pocos que se dejaron comprar, a lo largo de este país en estos días... Somos afortunados...

MS: Uno de los límites o fallas que mencionaron de la nueva penología, es que niega las muchas especificidades del delito, así que, de manera opuesta a la vieja penología, la nueva penología no ha provisto aun una verdad sobre el delito, de la historia del crimen, ¿se imaginan que la nueva penología pueda encontrar alguna forma de resolver este problema?

MF: Bueno, esa es tú terminología... [señalando a Jonathan Simon]

DZ: Quizás como la vieja penología, ¿no? Que fue creada para obtener una verdad sobre el crimen, una explicación del criminal, representación de la...

MS: Esta brecha entre el discurso público y el...

JS: Sí, es una buena pregunta, no estoy seguro que sea por alguna de las razones de las cuales Malcolm ha estado aludiendo, no estoy seguro de que van a necesitar llegar a la verdad del delito... En algunos sentidos, si nos movemos para atrás, en una dirección donde la gente va a estar perdida en embestir al crimen como una especie de prueba de la decencia de la sociedad, y del sistema político, etc... Las palabras pueden ser más manejadas como un asunto tecnocrático... Nunca será completamente

tecnocrático, puede ser posible por lo que escuchamos ahora bajo frases como «políticas públicas basados en evidencia», ¿verdad?, crear una historia que esté básicamente basada en el modelo del viejo experto, que puede ser menos pretensioso y de alguna manera tener una presentación un tanto más humilde, pero esencialmente hay otra posibilidad, que es que... Sí, nos mantenemos románticos cuando se trata del delito, al punto de que nuestras ideas del crimen en algunos sentidos están... muy influenciadas por la invención de la novela en el siglo XIX, y la idea de meternos en los hábitos de la gente. Entonces, me resulta interesante que ahora en California, por lo que aprendí, la gente condenada a cadena perpetua está siendo liberada bajo libertad condicional a pesar de que ahora tienen un muy elaborado sistema actuarial que califica a cada preso en el sistema respecto a su riesgo de reincidir, ellos confían más en si la persona no se encuentra capacitada para comunicar algún signo de remordimiento y alguna percepción de lo que ellos... Es decir, por qué cometieron el crimen. Ahora, quieren una verdad, quieren saber, que hay una verdad detrás de este crimen, que ahora descubriste. Tal vez eso pase, y eventualmente serán sólo los números lo que lo impulsarán nuevamente, pero creo que es un... Es una realidad el hecho de que el crimen está mucho más influenciado por la cultura popular y por el tipo de imaginación popular, como lo está por el deseo de los criminólogos y algunos tecnócratas para hacerlo suyo.

MS: Parece que estamos terminando...

JS: Es un poco embarazoso... (risas)

MS: Bueno, la última vez que ambos publicaron juntos sobre actuarialismo fue este artículo en 2003, así que nos preguntamos, ¿qué ideas de 1992 y 1994, sus primeros trabajos que fundan la nueva penología, rescatarían con firmeza hoy en día?... ¿Qué ideas?... ¿Y cuáles ideas discreparían desde aquel entonces hasta ahora y por qué?...

JS: Hemos renunciado a cualquier idea (risas)...

MF: Pensé en la fuerza, y tal vez el atractivo, de esos... de esos dos trabajos. Es que, por alguna razón, llegaron exactamente al nivel correcto de generalidad, que conecta y permitió que las personas conectaran sus propios pensamientos de diversas maneras, así que en ese sentido diría «me parece que hicimos algo y ha sido útil y deberíamos estar orgullosos y felices de que hicimos algo que era útil», así que no estoy seguro de que me gustaría ir hacia atrás y volver a jugar con eso, no estoy seguro de que me gustaría actualizarlo, a pesar de que estoy realmente deleitado de que ustedes muchachos, se dieran cuenta de que es el aniversario número 25, y querían que habláramos de eso, porque... Quiero decir, tuvo vida propia, y creo que es porque nos topamos con algo que estaba sucediendo a nuestro alrededor. Quiero decir, salió el trabajo

de Garland, Nikki Lacey, y Lucia Zedner, realmente un montón de gente estaba intentando darles sentido a estas cosas, y nosotros proveímos una ventana a esa cadena de fermentación que... resonó con mucha gente... Así que, eso es... Eso es realmente bueno... (risas)

JS: Cuando leí un poco sobre la tendencia, y no soy antipático con nuestros colegas más jóvenes de hoy, como Michelle Phelps, y Josh Page y Phil Goodman por ejemplo, con su llamado de una mirada más agonista sobre los cambios en la justicia penal, con la cual no discrepo, pero siempre me preocupó un poco la famosa idea del pobre que tiene una breve historia acerca de la imagen del mundo, que era el mapa del mundo, y que se volvió tan complejo como el mundo mismo, y era imposible de usar, y creo que una de las grandes virtudes de ese artículo fue que básicamente dijeron «mirá, acá hay tres tipos de tendencias que vemos cambiando en la forma en que las personas intentan objetivar», es decir, la criminalidad como si fueran cambios en los objetivos de la misma.... Cambios en los fines o justificaciones de las prácticas.... Así que tenemos tres y creo que es un gran modelo en camino para hacer correctamente las teorías de rango medio, no estamos diciendo algo como «acá hay una estructura profunda que explica todo acerca del desarrollo de esto», es...

MF: Ni estamos diciendo... Quiero decir, la gente diría, «bueno, lo viejo y lo nuevo es... Ya saben... Y lo viejo ya no está más y lo nuevo está adentro», y es realmente un vino viejo en una botella nueva, creo que ellos... David Garland o... Pero no creo que dijéramos, nosotros estábamos diciendo que «hay un cambio en el mercado y estamos tratando de capturar los contornos del mismo», y suficientes personas lo encontraron útil para describir cosas que nunca hubiera imaginado porque, quiero decir... Mi interés en esto, quiero decir, mi experiencia en todo, salió de mi pensamiento realmente intenso viendo una fianza realmente práctica, y luego leí los libros de Pete Greenwood... Los trabajos de Greenwood, sobre incapacitación y eso... Esas dos fueron dos instancias concretas, y luego lo vi un poco en todas partes, así que lo escribimos y la gente lo ha visto en toda clase de lugares. Probablemente lo usaron mal y me refiero, clara y frecuentemente, pero por otro lado está claro que ha habido un lente o un marco de referencias para ayudar a la gente, en darle un sentido a una variedad de fenómenos a lo largo de todo el lugar, así que, y desde el cambio en las leyes, se mueve a pasos glaciales antes del calentamiento global... Es, ya saben... Esto debería tener algún uso por otros 25 o 50 años....

JS: Debido a esta crisis más amplia del estado carcelario, se está volviendo a la necesidad de la tecnocracia para legitimar y también para reducir los costos, etc.... Creo que vamos a ver más intentos de actuarializar el sistema de justicia, y por lo tanto más necesidad de información acerca de la normativa, y una sociología profunda y crítica....

MF: Esto es lo que me molesta... Quiero decir, la única cosa que me gustaría que pudiéramos... Desearía que hubiéramos publicado algo en una revista de Derecho, porque un montón de profesores de Derecho leen solamente revistas de esta índole, y no leen otras cosas, y mientras hemos sido citados en un montón de lados incluso en las revistas de Derecho, muchas de las citas provenían de la criminología, y algunas de revistas de ciencias sociales y... Pero ahora lees, lees las revistas de derecho, y ves que están hablando acerca de algoritmos como si... Para mí, es como redescubrir la rueda... John, Jonathan... Y ellos están diciendo «¡oh, esto es nuevo y es terrible!» y Jonathan y yo delineamos esto 25 años atrás, con más detalle de lo que de hecho hacen muchos hoy en día, y hubiera sido bueno para esa gente darse cuenta de que ha habido algo de historia... Y aprenderían algo, y ganarían cierta distancia analítica, y ellos... Y las cosas que están escribiendo ahora serían mucho más sofisticadas.

JS: Eso probablemente es un efecto del hecho de que los estudiantes se incorporaron a las revistas de Derecho, ahora es prácticamente requerido para el autor decir en algún lado del primer párrafo «este es el primer trabajo en decir alguna vez X cosa», lo que para mí es un viejo cliché académico... Son sólo aspectos, como que no estás tratando de decir cosas nuevas...

MF: Recientemente leí un ensayo enviado a la revista de Derecho de Yale, porque los editores me pidieron que le echara un vistazo, y el tipo que lo escribió decía algo como «este es el primer y único», y yo me frené... Eso es muy peligroso y les daba un ejemplo...

JS: Gracias... Me permitís clarificar todo más tarde... (risas)

MS: Tenemos una última pregunta... Se dice que el uso del sistema de justicia penal parece ser testigo de una especie de giro post-punitivo, donde la moderación penal aparece y parece comenzar a interactuar a lo largo del panorama político y social... Si esto es cierto, ¿cuál es el rol que la justicia actuarial puede jugar en este clima penal?

MF: Es interesante, justo hablamos de esto hoy en el almuerzo (risas)... Creo que el nuevo e importante desarrollo que comenzamos a ver los primeros días de... Es como... Es un monitoreo electrónico y creo que, el uso del monitoreo electrónico será conformado en una parte considerable por juicios actuariales sobre niveles de riesgo, y particularmente cuando intentás distinguir entre libertad condicional a secas, libertad condicional con monitoreo electrónico y encarcelamiento...

JS: Creo que es lo que lo hace tan importante para algunos de nosotros, estar activo en las revistas de Derecho y en cualquier otro lado, ser mucho más crítico acerca de esto... Acerca de este giro, porque mi verdadero miedo es que, lo que estamos viendo es algo de lo que predijimos y pasó en los noventa, que es la presión de un crecimen-

to del sistema, forzando así a una racionalización tecnocrática, pero sin que el sistema deje de lado su pretensión para esencialmente supervisar una basta porción de la población minoritaria de nuestro país, con menos... Y en los noventa por lo menos teníamos altos índices de delito, para en cierta forma hacer sonar eso como plausible; ahora tenemos índices de delito históricamente bajos y todo lo que lograría esto es mover personas a lo que dijeron que eran las partes menos costosas del estado carcelario...

MF: Y es solo que... Quiero decir... En el 1992 nunca hubiera predicho que la justicia actuarial despegaría del modo en que lo hizo. Tomó cualquier revista de Derecho, cualquiera de este país, y vas a ver por lo menos un artículo sobre algoritmos, y cómo... Y con alguien diciendo cómo van a resolver el problema. Incluso nuestro Fiscal General, que por todas las buenas razones, no va a estar desafiando la fianza, la administración de la fianza, dice «no voy a hacerlo porque los algoritmos van a resolver nuestro problema»... Escribí ahora un pequeño, un pequeño y corto artículo en el New York Times, y mi conclusión era que la fianza monetaria es la peor forma de libertad previa al juicio excepto por todas las demás formas, y aun así he creído que los algoritmos van a hacer... Primero que nada, que los administramos pobremente y van a hacer... Si son implementados... Y creo que serán capaces de ello dado que hay millones de dólares y ahora tenemos contratistas privados que están empezando a promover esta cosa... Va a transformar...

JS: Y si miramos los niveles de... Incluso si lo comprás, y puedo estar dispuesto a comprarlo, que están volviéndose realmente buenos en clasificar a las personas en las categorías medio-alto y en las demás... La categoría alta significa que 30% de esas personas no fueron vueltas a encerrar durante el periodo de la fianza, bueno... Ya saben, primero que nada, el hecho de que estén en la categoría alta significa que están recibiendo más atención, así que no resultaría sorprendente de que sean arrestados más veces, pero quiero decir... Eso significa, que 70% de ellos no lo son, así que el nivel de riesgo que en cierta forma estamos normalizando como alto, y creo que nuestra voluntad de imaginar «acá es donde los populismos penales van a enviar el tipo de parte tecnocrática» son inseparables, porque el nivel que en parte es una amenaza siempre será racialmente construido por la percepción de la gente...

MF: Mirá, actualmente estoy escribiendo algo, y estoy observando la administración de la fianza, después de 40 años de la reforma de la fianza en los Estados Unidos, y el Estado que ha abrazado a la justicia actuarial, el más completo... Bueno, no es del todo completo, pero el... es el Estado de Virginia. Tienen una comisión de determinación de penas que está intentando crear predicciones de riesgo para todo, y tienen buena gente envuelta en eso, incluso a John Monahan... Y entonces están haciendo cosas muy buenas. Una de las cosas interesantes que noté es que el Estado de Virginia, encarcela... El índice de encarcelamiento previo al juicio... La tasa de prisión preventiva es 10% más alta en Virginia de lo que es en muchos otros lugares de los Estados Uni-

dos... La pretensión de ser, la pretensión del pensamiento actuarial debería ser que sería 10% menos... Es 10% más alto... Así que hay un montón de motivos que podrían explicar que, incluso los jueces fallan en seguir las recomendaciones, pero sin embargo es el sistema el que más ha abrazado completamente el pensamiento actuarial, tanto para la libertad previa al juicio como una vez obtenida la condena, y al menos en términos de prisión preventiva tiene... No puedo decir que ha incrementado su tasa, porque no sé cuánto era antes, pero cuando lo comparé con otras jurisdicciones en el país, es más alto, notablemente más alto...

JS: Es interesante que cuando tuvimos un suceso local recientemente, y solo una especie de... ser merecido, quizás deberíamos escribir algo acerca de esto o investigarlo, pero, hubo una instancia local en donde alguien creo que estaba obteniendo la libertad bajo condiciones muy bajas o lo que sea y luego asesinó a una persona... Sabemos que es inevitable en cualquiera de estos riesgos, en un sistema de libertad previa al juicio, pero enseguida, ya saben, los medios hicieron foco en eso, y la respuesta de los reformadores de la justicia no fue que «esto sucede», fue «oh, bueno, hubo un error de cálculo aquí» ... Ya saben, afirmaron que era simplemente un problema técnico y que en realidad lo deberíamos haber calificado, ya saben, alto... Si lo hiciste correctamente, así que creo que es un signo de cuanta presión habrá alrededor de esto...

MS: Bueno, muchas gracias por la entrevista (risas)...

DZ: En los próximos 25 años podríamos hacer otra...

JS: Voy a estar muy feliz de ello... cuando mi espalda esté destruida... (risas)

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Zysman, D. y Sicardi, M. (2019).

¿Una justicia actuarial? Entrevista a Malcolm Feeley y Jonathan Simon. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. 28(47), 129-154.