

# UN PRÓLOGO EN PERSPECTIVA PARA "EL PROCESO ES EL CASTIGO"

FOREWORD: "THE PROCESS IS THE  
PUNISHMENT" IN PERSPECTIVE.

**MALCOLM FEELEY**  
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

Es un honor encontrar que un libro publicado hace más de cuarenta años todavía tiene lectores, y es un honor aún mayor tener su capítulo central traducido y publicado en español (Feeley, 1979, 1992). Me siento especialmente halagado porque el proceso previo al juicio en los países latinoamericanos es tan marcadamente diferente del proceso en los países angloamericanos. Aun así, sospecho que el patrón que encontré para New Haven, Connecticut y otros lugares en la década de 1970, es útil en un grado considerable en los países de habla hispana. No puedo afirmar esto con total seguridad, pero espero que esta traducción estimule el interés en su tesis de que “el proceso es el castigo”, así como el interés en replicar partes del estudio en América Latina.

Para ser claros, *The Process is the Punishment* (Feeley, 1979) se centra en los delitos menores, en los delitos menos graves y no en los más graves. Los delitos menores constituyen más del noventa por ciento de todos los arrestos en los Estados Unidos, y conllevan una pena máxima de no más de un año de cárcel y una multa de 5.000 dólares. De hecho, sin embargo, suelen dar lugar a sentencias de diez a treinta días de cárcel y sólo raramente a más de seis meses, y a multas de 50 a 500 dólares. El título de mi libro viene de los hallazgos que aparecen en la parte del libro que es traducida y publicada en este número de *Cuestiones Criminales*. En mi investigación en los tribunales inferiores en la década de 1970, encontré patrones pronunciados para quienes son arrestados y acusados de delitos menores: 1) hay más acusados detenidos en la cárcel antes del juicio que los que son sentenciados a la cárcel después de la condena; 2) Los acusados se declaran regularmente culpables en la primera comparecencia para salir de la cárcel inmediatamente, sabiendo que no serán condenados a ningún tiempo de cárcel, pero que si se declaran no culpables puede que tengan que permanecer en la cárcel porque no pueden obtener la libertad bajo fianza rápidamente; 3) Los casos que no se resuelven en la lectura de cargos o en la primera comparecencia suelen conllevar múltiples aplazamientos y comparecencias repetidas, lo que aumenta rápidamente los inconvenientes y los costos de la declaración de inocencia; y 4) los detenidos que permanecen en prisión preventiva, pero que finalmente se declaran culpables son condenados a “tiempo cumplido”, y a menudo habrían recibido una condena de “tiempo cumplido” más corta si se hubieran declarado culpables antes. Finalmente, quiero hacer dos importantes observaciones. Los fiscales retiran o los jueces desestiman alrededor del cincuenta por ciento de todos los cargos directamente, ya sea en la lectura de cargos o después de una comparecencia más en el tribunal. Lo hacen a menudo porque piensan que la molestia ha sido un castigo suficiente para el acusado, o porque no están seguros de cuál de varias personas es culpable de

un delito, y en un caso insignificante, no quieren molestarse en averiguar la verdad. En cuanto a la negociación de la declaración de culpabilidad y los juicios, no pude determinar si los que insisten en declararse no culpables y van a juicio están sujetos a una “penalidad” por hacerlo, porque en mi muestra del cien por cien de 1600 casos en un período de tres meses, ni un solo caso fue a juicio. Esto podría explicarse, en parte, por el hecho de que uniformemente los abogados defensores y sus clientes creen que existe tal penalización.

En resumen, para un gran número de personas detenidas por delitos menores, la respuesta más fácil y menos costosa es intentar que se retiren los cargos desde el principio (y muchos lo hacen), pero si el fiscal insiste en el enjuiciamiento, el curso de menor resistencia es declararse culpable inmediatamente, de lo contrario los costos previos al juicio aumentarán rápidamente y llegarán a superar las sanciones posteriores al mismo (una aclaración: el término “después del juicio” es un nombre poco apropiado, ya que sólo un número muy pequeño, entre el dos y el tres por ciento de los arrestos por delitos menores van a juicio, y como he señalado anteriormente, ninguno en mi muestra de New Haven lo hizo).

A fin de ilustrar y comparar la magnitud de los costos previos y posteriores al juicio, elaboré un “índice de desequilibrio” y lo apliqué sistemáticamente a los casos de mi muestra. El índice está basado en el número de días de cárcel en espera de disposición, el costo de pagar la fianza, las horas de trabajo perdidas relacionadas con la reunión con un abogado o la comparecencia ante el tribunal, los costos de cuidado de los niños y similares. A continuación, contrasta estos costos con las sanciones impuestas después de la condena—longitudes de las sentencias, y cantidades de multas y honorarios. El “índice de desequilibrio” puede utilizarse para examinar casos individuales o para informar sobre casos en conjunto durante cualquier período de tiempo. Como el lector verá, los costos previos al juicio saturan los costos posteriores al juicio en los casos examinados aquí. Por supuesto que hay excepciones, y otras jurisdicciones pueden tener

balances diferentes. Aquí, lo que encontré es que a veces, la corte es dura con los delincuentes e impone sentencias sustanciales, por lo general porque son delincuentes crónicos, o se han enfrentado a una acusación de delito grave que se ha reducido a un delito menor. Y, un puñado de arrestados están dispuestos a hacer todo lo posible para evitar los registros de antecedentes penales. A menudo son estudiantes universitarios o que van a la universidad y temen que una condena penal les niegue la oportunidad de un trabajo, una licencia profesional o disminuya sus posibilidades de ser aceptados en una universidad o en el ejército. En mi muestra no hubo juicios, y la mayoría de esos detenidos se libraron de una condena a través de un programa de reorientación antes del juicio o pagando una multa sin necesidad de alegar el cambio.

Sin embargo, la abrumadora cantidad de detenidos sabía que era más probable que perdieran sus trabajos no porque tuvieran una condena por un delito menor, sino porque no podían presentarse a trabajar porque estaban en la cárcel, o tenían que tomarse tiempo libre adicional para presentarse en el tribunal o reunirse con sus abogados repetidamente. Parecen saber intuitivamente lo que los investigadores en ciencias sociales han encontrado consistentemente; la mayoría de los empleadores están más preocupados por la confiabilidad—presentarse en el trabajo a tiempo—que por una condena por una pequeña ofensa. Además, los empleadores, como la mayoría de las personas en general, no suelen hacer la distinción entre ser arrestados y luego hacer que se retiren los cargos, y ser arrestados y condenados. En vista de ello, los detenidos tratan de reducir al mínimo los costos previos al juicio declarándose culpables lo antes posible una vez que comprueban que el fiscal no retirará los cargos. Como el lector verá, hay más opciones que esta, pero este resumen capta la dinámica esencial del proceso.

Lo que encontré en New Haven y en otros lugares de los Estados Unidos en la década de 1970, se mantiene para la década del 2020 también. Desde entonces he preguntado con regularidad sobre la

tramitación de los casos de delitos menores y he comprobado sistemáticamente que los costos previos al juicio superan los costos posteriores a la condena. No siempre y no en todas partes. Pero consistentemente en casi todos los lugares en los que he preguntado. Sin embargo, lo que es diferente en el decenio de 2020 es que las repetidas guerras contra la delincuencia y las guerras contra las drogas han aumentado los costos, especialmente para los imputados negros. Las sentencias, incluso en los casos de delitos menores, son en general más severas—mayores sentencias y mayores multas—que en los decenios de 1970 y 1980, pero también lo son los costos de la prisión preventiva—mayor duración de la prisión preventiva antes de la puesta en libertad, mayores cantidades de fianzas, más reuniones con defensores públicos, más aplazamientos y comparecencias ante el tribunal—y, desde el decenio de 1990, un nuevo y creciente surtido de honorarios por los “servicios” de los tribunales que deben pagar tanto los que abandonan los casos como los que son condenados.

Por último, tengo informes de los jueces de los tribunales que se ocupan de los delitos menores. Cada verano durante los últimos treinta y cinco años, he enseñado un curso corto de una o dos semanas para los jueces de los tribunales estatales de todo Estados Unidos, y a menudo les hago leer la sección de mi libro reproducida en la presente revista. Siempre informan que mi descripción del proceso como castigo también es válida para sus tribunales. Por supuesto que hay variaciones y diferencias, pero el patrón general que encontré es consistente con su experiencia e impresiones.

Una pregunta obvia: ¿Qué dio lugar a esta práctica similar a la de *Alicia en el País de las Maravillas*, primero el castigo, y luego el juicio, por así decirlo? Una segunda pregunta, ¿por qué continúa? Y aún una tercera, ¿qué se puede hacer para reducir o eliminar esta aparente inversión de la justicia? Las respuestas a estas preguntas no son ni obvias ni fáciles. Los resumo aquí, insto al lector a que preste mucha atención a lo que digo en el capítulo siguiente, y los remito a los últimos capítulos del libro también.

Volviendo a la primera pregunta, por qué el desequilibrio entre los costes previos al juicio y los posteriores a la condena. En resumen, la respuesta está en la complejidad de la maquinaria de la justicia. A primera vista, un arresto por parte de un oficial de policía y una *acusación* penal es grave y merece una respuesta deliberada; queremos que la justicia sea justa y que se actúe con lentitud y cautela. Además, hay un problema de coordinación. El proceso contradictorio angloamericano está anclado en una división del trabajo y una separación de poderes; el juez y el fiscal pertenecen a diferentes ramas del gobierno y son, al menos en teoría, independientes el uno del otro. La autoridad está aún más fragmentada; la policía también es una entidad separada. Y los abogados defensores, incluso los defensores públicos asalariados por el Estado son independientes. Nadie está realmente a cargo de este proceso, por lo que se requiere un acto significativo de energía institucional para que todos estos actores estén en el mismo lugar y se concentren en el mismo tema al mismo tiempo. La coordinación, aparentemente sencilla, de estos actos requiere tiempo y recursos, que son escasos en los sistemas de justicia penal de todo el mundo. Y una coordinación laxa aumenta el tiempo de espera y los costes de la prisión preventiva, especialmente si los detenidos están en prisión preventiva. Incluso con los mejores esfuerzos, la coordinación falla; el oficial que realiza el arresto puede no comparecer, o el abogado defensor puede estar atado en una audiencia prolongada en otra sala, o el fiscal o el abogado defensor no han podido conectarse con un testigo clave, o alguien ha descuidado el transporte del acusado de la cárcel al tribunal, o no se ha recibido una notificación prometida de libertad condicional, y así sucesivamente. Además, es posible que algunos o todos los participantes no hayan leído el expediente y vengan preparados. Por lo tanto, los casos se aplazan y se vuelven a aplazar, y los costos previos al juicio para el acusado se multiplican, mucho más rápido si el acusado permanece detenido, pero incluso bajo fianza, por falta de trabajo y cosas así. Incluso cuando la coordinación funciona sin

problemas y todas las partes pertinentes se reúnen según lo previsto, es muy probable que una de ellas no esté preparada, o que comunique la necesidad de obtener más información.

Un ejemplo. Cada semestre, llevo a mis estudiantes a visitar el tribunal penal local. Entran en la sala del tribunal esperando escuchar a fiscales dramáticos, abogados defensores elocuentes, o por lo menos un extenso coloquio entre el juez y el fiscal y el abogado defensor sobre las condiciones y las razones de la declaración de culpabilidad. O bien, esperan oír a un juez explicar con más detalle los motivos de una sentencia que está imponiendo, o una razón para seleccionar la cantidad concreta de la fianza. De hecho, lo que mis alumnos encuentran es un proceso desconcertante y acelerado que no pueden comprender, aunque salen reconociendo que la acción más frecuente en la sala del tribunal es una moción para conceder un “aplazamiento” porque uno de los actores principales no está presente o alguien no está preparado. Uno puede entrar prácticamente en cualquier tribunal de los Estados Unidos, y tal vez del mundo, y encontrar que las mociones de *aplazamiento* son, con mucho, las mociones más frecuentes—y casi siempre concedidas—en el tribunal. Tal vez no en todos los tribunales todos los días, pero en conjunto en todos los tribunales todos los días.

Este fenómeno se ha acelerado en los Estados Unidos en los últimos cien años. El país se ha vuelto más civilizado y el proceso penal es más deliberado y tal vez más justo. Ciertamente hay más salvaguardias formales para los acusados. La revolución del debido proceso penal de mediados del siglo XX ha ampliado drásticamente los derechos de los acusados. Los acusados de delitos, incluso menores, tienen ahora derecho a un abogado de oficio si no pueden permitirse contratarlo. Para la persona acusada de delitos graves, esto tiene beneficios obvios. Por poner un solo ejemplo. El número de personas declaradas culpables de delitos punibles con la pena capital y condenadas a muerte ha caído en picada en los últimos setenta y cinco años. Esto no se debe a la disminución de los delitos castigados

con la pena de muerte. De hecho, se ha producido el fenómeno contrario; a lo largo de los decenios de 1970 y 1980, las tasas de homicidio se dispararon, incluso cuando el número de delincuentes condenados a muerte se desplomó. Lo que explica la disminución es el espectacular aumento de las garantías procesales vinculadas a las causas de pena capital y el aumento de la disponibilidad de recursos para invocarlas. Ahora, incluso después de la condena y la sentencia, los delincuentes sentenciados a muerte pueden esperar décadas hasta que se haga un juicio “final” de su sentencia. Durante el largo proceso de revisión tras revisión, se anulan muchas condenas, se reducen las sentencias a cadena perpetua o los delincuentes fallecen de muerte natural bajo custodia. El debido proceso ha tenido el efecto de casi detener las ejecuciones. También ha tenido efectos mucho menores, pero no por ello menos importantes, en casos de delitos menos graves, algunos de los cuales son casi invisibles y contrarios a la intuición.

La importancia y las diferencias en estos dos tipos extremos de casos son obvias. En los casos de pena de muerte, todos los observadores informados están de acuerdo en que tiene sentido dedicarse a la búsqueda de una justicia perfecta (o casi perfecta). La muerte es diferente. Los errores pueden ser letales. Sin embargo, la búsqueda de la justicia perfecta puede ser contraproducente en otros tipos de casos. No dudo en decir que vale la pena que un condenado espere en la cárcel durante años mientras se revisan y vuelven a revisar los debates sobre la imparcialidad de su juicio. Sin embargo, creo que sería aún más beneficioso que se dispusiera de estos recursos desde el principio para evitar tanto error y capricho en primer lugar. Por supuesto, la solución preferible sería evitar por completo este giro de la ruleta de la muerte mediante la abolición de la pena de muerte.

Pero los costos y las demoras adquieren una importancia totalmente diferente en los casos de delitos menores, especialmente si el acusado se encuentra en prisión preventiva, donde la sentencia es mucho menos trascendental. Aquí la velocidad y la finalidad del



proceso cuentan mucho, ya que como he demostrado, los costos del proceso previo al juicio pueden llegar a superar rápidamente los costos posteriores a la condena.

Esto sugiere que el sistema de justicia penal estadounidense se enfrenta a un desafío institucional. Ha adoptado un sistema de justicia penal de "talla única", cuando en realidad una talla única no funciona bien para todos. La búsqueda de la justicia perfecta no puede funcionar igual de bien para todos, y especialmente para los acusados de delitos menores. Sin embargo, en los Estados Unidos hemos desarrollado el mismo conjunto de derechos y garantías que se aplican casi por igual a los acusados de los delitos más atroces y a los acusados de casi todos los delitos menores. Por ejemplo, el conjunto de derechos al juicio por jurado está disponible para los que se cambiaron con los delitos más graves también está disponible para los que se cambiaron con todos los delitos menores excepto los más triviales, incluyendo algunas violaciones de tráfico en algunos lugares. Pero, sólo en los Estados Unidos. En Gran Bretaña, madre patria del derecho a juicio con jurado, ya no se dispone de juicios con jurado en las causas civiles. Tampoco se han permitido nunca en los casos de delitos menores que se ventilan en los tribunales de magistrados, los tribunales que se ocupan de más del noventa por ciento de todos los casos penales. Esto contrasta mucho con la práctica estadounidense. Lo que es válido para el derecho a los juicios con jurado lo es también para otros derechos.

Esta expansión de los derechos a lo largo del siglo XX ha transformado el proceso penal. A primera vista, parece un "bien" obvio. Ciertamente para los acusados de delitos graves, los resultados, aunque no son tan transformadores como muchos esperaban, en su conjunto han demostrado ser beneficiosos. Sin embargo, para los acusados de delitos menores, los beneficios no son tan claros. Las protecciones obviamente han aumentado, y el error y el sesgo de rango pueden haberse reducido, aunque esto está lejos de ser cierto.

Sin embargo, lo que está claro es que el precio de la justicia ha aumentado, y en particular las costas previas al juicio.

Una característica de un derecho es que se puede renunciar a él, por lo que a la revolución del debido proceso le siguió una revolución de la advertencia y la renuncia. Una persona acusada de un delito no está obligada a obtener un abogado, ni a presentar mociones para suprimir pruebas, ni a llamar testigos ni a confrontar a su acusador, ni a permanecer en silencio ni a tener un juicio con jurado. Los derechos, por definición, son beneficios que pueden ser rechazados. Y, como hemos visto, lo son, regularmente, de hecho siempre con respecto al derecho a juicio, en la muestra de casos que examino aquí.

Los derechos también pueden emplearse *contra* los acusados. Los fiscales pueden anunciar: por supuesto que tienes derecho a la fianza y a impugnar el importe de la misma, pero me opondré a ti y ganaré, y te quedarás en la cárcel aún más tiempo hasta que yo me ocupe de tu caso. O, puedes declararte culpable ahora. O, por supuesto, tiene derecho a un juicio con jurado, pero si ejerce este derecho, presentaré las fotografías ensangrentadas de las lesiones de su víctima a los jurados y pediré la sentencia máxima. A medida que proliferan los derechos de los acusados, también lo hacen los poderes de los fiscales para utilizarlos en su beneficio. El precio de la justicia perfecta es, bueno... comprada a un precio.

Esto no quiere decir que el crecimiento de los derechos a las garantías procesales penales no haya valido la pena en los Estados Unidos. Como sugerí anteriormente, ciertamente, creo que sería lo contrario. Lo que quiero decir es que en el proceso penal, las cosas rara vez son lo que parecen. Los cambios en el diseño institucional en un sistema acusatorio caprichoso tienen todo tipo de consecuencias imprevistas. De hecho, tanto, que ya no deberíamos considerarlo como “inesperado”. Una consecuencia es que, si bien los derechos destinados a beneficiar a los acusados penales han tenido algunos beneficios obvios para algunos tipos de acusados penales en algunos tipos de casos, también han proporcionado nuevos recursos

importantes para los fiscales que también pueden utilizarlos en beneficio propio.

Por supuesto, el diseño institucional es sólo uno de los factores que complica nuestra comprensión del funcionamiento del proceso penal. Hay otras dos características que también se perfilan con fuerza. Una de ellas es la larga *guerra contra el crimen*, que en parte fue una respuesta al enorme aumento de los delitos graves en los Estados Unidos en los decenios de 1970 y 1980, y que dio lugar a llamamientos generalizados en favor de un enjuiciamiento más enérgico de los cargos penales y de sentencias mucho más severas. Esto transformó el panorama de la administración de la justicia penal en los Estados Unidos en la última parte del siglo XX, que continúa hasta la década de 2020. Además, la *guerra contra el crimen* se combinó con la *guerra contra las drogas* y un racismo antiguo y omnipresente.

La combinación de estos tres factores ha tenido un efecto tóxico en la administración de la justicia penal en los Estados Unidos. Ha afectado la forma en que se manejan los delitos más graves hasta las multas de tráfico. Por ejemplo, en la ciudad de Nueva York, durante una campaña contra los delitos contra la calidad de vida, el número de arrestos por delitos menores (la mayoría de ellos por delitos menos graves) se quintuplicó, mientras que la proporción de hispanos y negros arrestados aumentó de menos del 50% al 87% (Kohler-Hausmann, 2018). Durante este mismo período, el número de delitos graves arrestados se redujo drásticamente, y el número de arrestos por delitos menores aumentó drásticamente, pero el número de casos de delitos menores que dieron lugar a condenas cayó precipitadamente tanto en proporciones como en números reales. Aunque la gran mayoría de los acusados de delitos menores nunca fueron condenados, la policía y los fiscales consideraron que su detención preventiva y las molestias de pagar la fianza y acudir a los tribunales repetidamente eran un castigo suficiente. Los costos aquí eran mucho mayores que en New Haven, pero proporcionalmente la misma dinámica se desarrolló—con costos más altos en ambos lados de la

ecuación. De hecho, se pensaba que la molestia de un gran número de detenciones, incluso sin condenas, era un importante factor disuasorio de los delitos graves, y una forma de descubrir a los pequeños delincuentes e identificar al ocasional delincuente de gravedad (Kohler-Hausmann, 2018). Por lo tanto, aquí también, el proceso fue el castigo.

Durante este mismo período de creciente dureza, hubo todavía otros esfuerzos benignos hacia el cambio. Los programas de reforma de fianzas crecieron a pasos agigantados; se desarrollaron para reducir los costos de la libertad previa al juicio o para evitarlos por completo mediante la liberación bajo promesa de comparecencia (PDC). Los programas de reorientación antes del juicio florecieron; fueron diseñados para dirigir a los acusados de delitos de bajo nivel a alternativas no punitivas que no llevan a la cárcel o a la condena. Los tribunales comunitarios fueron adoptados para tratar ampliamente las cuestiones sociales “reales” y no sólo las cuestiones jurídicas restringidas, y han crecido a pasos agigantados. Y se desarrollaron los servicios comunitarios y la vigilancia electrónica como alternativas tanto a la prisión preventiva como a las penas privativas de la libertad. En su mayor parte, estas y otras reformas similares se dirigieron a los acusados de delitos menores en un esfuerzo por tratarlos con más indulgencia y, en algunos casos, para ampliar las oportunidades de salir del proceso penal sin antecedentes de condena.

Ninguno de estos programas aparentemente buenos ha logrado su objetivo de forma inequívoca. De hecho, probablemente han hecho lo contrario (Feeley, 1983, 2018). La razón, en gran parte, es porque estos programas fueron cooptados por los fiscales para perseguir otros objetivos. Por lo general, los fiscales tienen voz y voto en la participación de estos programas, y en su mayoría utilizan esta nueva autoridad para ampliar la red de control social. Las “oportunidades” se imponen a personas que de otro modo no habrían estado en prisión preventiva, habrían visto desestimados sus casos de inmediato o, de haber sido condenadas, habrían sido

sentenciadas a una libertad condicional directa. Por lo tanto, estas reformas y las aspiraciones de sus diseñadores, junto con otras innovaciones descritas anteriormente, establecidas con las mejores intenciones, han sido de hecho socavadas o neutralizadas. Lo que se mantuvo en los años 70 y 80, también se mantiene en los años 2000.

Por lo tanto, el método para identificar la relación de desequilibrio que utilicé en el decenio de 1970 me parece igualmente útil y válido en el decenio de 2020. Aunque muchas cosas han cambiado, se trata de los mismos conjuntos de costos y siguen siendo útiles para la agregación y el equilibrio. A pesar de los altibajos, en la década de 2020 lo que está en juego a ambos lados de la ecuación es mayor, y más personas están sujetas a arrestos por delitos menores que en la década de 1970. Y, a pesar de la práctica continuada de disminuir y reducir muchos cambios en los delitos menores, la proporción de desequilibrio es tan grande o mayor que en el decenio de 1970. El racismo en el proceso penal es probablemente tan grande, si no mayor (excepto quizás en el Sur Profundo y algunas otras regiones del país) de lo que ha sido en los últimos setenta y cinco años más o menos. Ahora, el sistema de justicia penal dispone de una mayor gama de tecnologías, programas y alternativas diseñadas para ayudar a los acusados de delitos menores. Sin embargo, muchos de ellos se han utilizado para aumentar los costos previos al juicio, incluso cuando se promueven como beneficios. Por lo tanto, la balanza sigue estando a favor de los costes previos al juicio. No sé cómo se desarrollaría esto en los países sudamericanos ahora o históricamente. Sin embargo, espero que sea una pregunta que algunos lectores traten de responder.

Quiero pasar a una cuestión más, que debería ayudar a actualizar el proceso es el castigo en una perspectiva aún más amplia. Mi estudio de 1979 es algo así como una *instantánea* de cómo eran los tribunales inferiores a mediados de la década de 1970. Es un retrato estático de un tiempo y lugar particular. Aun así, en la elaboración anterior, traté de fusionar esta instantánea con los relatos de los acontecimientos

desde entonces, en un esfuerzo por desarrollar algo así como una película que revele los acontecimientos a lo largo del tiempo. Aunque esta película es incompleta y no describe un desarrollo continuo, examina en profundidad las nuevas instituciones y tecnologías que se han introducido, y encuentra una continuidad considerable: la relación de desequilibrio, al menos en este tratamiento ciertamente superficial, no ha cambiado, o si lo hizo probablemente en la dirección de un aumento de los costos previos al juicio.

Ahora quiero impulsar una película aún más amplia. Arriba, he avanzado desde el decenio de 1970; ahora quiero mirar hacia atrás, para comparar mi instantánea de los tribunales inferiores en el decenio de 1970 y mis bosquejos de la evolución desde entonces, con breves relatos de las prácticas en una época anterior, la gran mitad del siglo XX, aproximadamente de 1920 a 1970. Durante este largo período, el sistema de justicia penal estadounidense experimentó una serie de cambios dramáticos, incluyendo las formas en que se manejaban los cargos por delitos menores. Es este último cambio en el que quiero centrarme aquí. Siguiendo la práctica inglesa y a lo largo de la historia estadounidense, los tribunales coloniales y luego los tribunales estatales estadounidenses operaban un sistema bifurcado de tribunales de primera instancia. Durante siglos y hasta hoy, Gran Bretaña ha tenido un sistema judicial de dos niveles, “tribunales de magistrados” que tienen jurisdicción sobre los delitos menores y los muchos pero menos consecuentes asuntos civiles, y “tribunales de la corona” que se ocupan de los muchos menos casos de delitos graves y de los menos pero más graves asuntos civiles. Históricamente y aún hoy en día en la mayoría de los lugares de Gran Bretaña, los tribunales de magistrados han sido atendidos en las zonas rurales, pueblos y la mayoría de las ciudades por jueces de paz o magistrados no abogados a tiempo parcial. En las ciudades más grandes, han sido atendidos por una combinación de magistrados no abogados y magistrados con formación jurídica. El mismo proceso judicial bifurcado operó en las colonias norteamericanas y en los estados hasta bien entrado el siglo

XX. Tribunales de nivel inferior—tribunales de justicia de paz, tribunales municipales, tribunales de jurisdicción ordinaria y en algunas ciudades más grandes tribunales de policía—tribunales dirigidos por agentes de policía en precintos. Poco a poco, alrededor de 1920, estos tribunales de nivel inferior comenzaron a ser “mejorados”, los jueces no abogados fueron reemplazados por jueces capacitados en derecho, la compensación pasó de los honorarios cobrados a los salarios, los jueces a tiempo parcial fueron reemplazados por jueces a tiempo completo, y así sucesivamente. En las grandes ciudades, primero en la costa este y en el medio oeste, y luego en todo el país (con el sur rezagado), los jueces no abogados, los jueces de los tribunales municipales y los tribunales policiales comenzaron a ser reemplazados por jueces asalariados a tiempo completo, formados en derecho. Estos cambios hicieron que los tribunales de primera instancia se parecieran más a los tribunales superiores. Una vez en marcha, el impulso se alimentó de sí mismo, y el movimiento para la unificación de los tribunales obtuvo un amplio apoyo entre la profesión jurídica y los movimientos del Buen Gobierno. En el decenio de 1970, fui testigo de la absorción de los tribunales inferiores de Connecticut de Peticiones Comunes en los tribunales superiores para formar un único tribunal unificado de jurisdicción general. Lo que presencié en New Haven en el decenio de 1970 había tenido lugar en diferentes momentos y de diferentes maneras en todos los Estados Unidos durante los cincuenta años anteriores, y continuó hasta que en el decenio de 1990 la “unificación” estaba casi completa en los cincuenta estados.

Esta transformación es significativa. No sólo reemplazó a los jueces a tiempo parcial y a menudo no abogados con jueces formados en leyes a tiempo completo. Por supuesto, muchos estados siguen teniendo tribunales locales de justicia de paz a tiempo parcial, muchos de los cuales están integrados por magistrados sin formación jurídica, pero el alcance de su jurisdicción se ha reducido, ya que pasan a los tribunales con formación jurídica a todos los posibles detenidos en

prisión. Esta modernización de los tribunales comenzó justo cuando la revolución del debido proceso penal estaba cobrando impulso. Cuando se vio obligado a examinar el funcionamiento de los tribunales penales de los Estados Unidos en los decenios de 1920 y 1930, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, muchos colegios de abogados estatales, comisiones independientes y legislaturas estatales llegaron a la misma conclusión. El sistema de justicia penal de los Estados Unidos cuenta con personal carente de cualificación y capacitación, está anclado en el clientelismo político, y está aferrado al secreto y al amiguismo, y en algunas regiones del país está corrompido por un racismo sádico y generalizado. La respuesta es casi unánime: más profesionalidad, más supervisión, más transparencia, más financiación, más protección y más proceso. Y en cierta medida, durante un período de unos cincuenta años, desde los años veinte hasta los setenta, estos objetivos se cumplieron. Pero, ¿realmente mejoraron las cosas?

El consenso abrumador es que sí, las cosas mejoraron mucho, en particular en el Sur, en los casos de acusaciones por motivos raciales y en los casos de acusaciones por delitos graves. Sin embargo, estas mejoras son motivo de una celebración limitada. Un observador muy cuidadoso le da al actual sistema de justicia penal estadounidense una calificación de fracaso, aunque a menudo por una variedad de razones diferentes. Algunas de las razones: tratamiento arbitrario y caprichoso continuado, descuido y errores, demoras, sentencias duras, racismo persistente, fiscales con mano dura, defensores públicos sobrecargados de trabajo, libertad condicional con fondos insuficientes, etc. De hecho, las condiciones actuales son tan malas que algunos observadores prominentes han llegado a la conclusión de que la revolución del debido proceso ha empeorado mucho las cosas (Bibas, 2012; Stuntz, 2011).

En cualquier caso, los cambios procesales e institucionales en los tribunales que se ocupan de los delitos menores fueron especialmente dramáticos y de gran alcance. Históricamente en la pequeña ciudad



estadounidense, los arrestados por delitos menores podían ser llevados directamente a un juez local casi inmediatamente y a toda hora, o si no en seguida, el día después del arresto, y hacer que sus casos fueran escuchados y resueltos en una sola audiencia. En las ciudades, los tribunales de policía celebraban regularmente sesiones por la noche y los fines de semana, de modo que los detenidos podían ser llevados allí, recibir una audiencia inmediata y esperar que el asunto se resolviera. En ambos lugares, el oficial que realizó el arresto y tal vez algunos testigos que había traído aparecieron inmediatamente ante un juez de paz o un magistrado de la policía. La audiencia sería un breve asunto inquisitivo, con el oficial de policía actuando como fiscal, sin abogado defensor, y con el magistrado haciendo el interrogatorio. La justicia dura era rápida y en su mayor parte indulgente; los casos más graves se sometían a los tribunales de instrucción. En una época de comunidades más pequeñas y movilidad, una alta proporción de acusados y acusadores se conocían entre sí, y tal vez también los oficiales de la detención y los jueces. A menudo se hizo evidente que el conflicto surgía entre personas que se conocían entre sí y tal vez fue el último episodio de una disputa persistente. Si es así, el juez podría amonestar a ambas partes para que arreglen las cosas, imponer una pequeña cuota por los servicios de la corte y desestimar los cargos. O, si el caso involucraba a un extraño, el juez podría ordenar que la persona se fuera de la ciudad. Muchos casos se resolvieron con una audiencia judicial, una insistencia de restitución y la retirada de los cargos. Otros fueron resueltos por un reconocimiento de culpabilidad, una pequeña multa o unos pocos días de cárcel. Lo que todos tenían en común era que se trataba de audiencias sumarias informales en un tribunal que no constaba en acta, y que estaban presididas por un juez, que se complementaba con un secretario, un fiscal y un abogado defensor. La justicia sumaria tenía la ventaja de la rapidez, y esto, como hemos visto, cuenta mucho. Pero, por supuesto, las cosas no siempre fueron tan claras; el racismo, el favoritismo, la corrupción eran parte integral del proceso,

más frecuentes en algunos lugares que en otros, pero presentes en todas partes. Ocasionalmente había complicaciones; el acusado se negaba a declararse culpable, la naturaleza y el alcance de las lesiones y los daños no estaban claros o eran demasiado graves, o desaparecía un testigo clave, en cuyo caso el asunto se retenía o se remitía a otro tribunal, y el acusado quedaba bajo la custodia del carcelero o era puesto en libertad bajo fianza, a menudo determinada por la cantidad que tenía en el bolsillo en ese momento.

La racionalización del proceso exacerbó muchos de los problemas que se suponía que debía resolver. Una vez que los abogados entraron en escena, como fiscales y abogados defensores, la simple justicia sustantiva orquestada por el juez se transformó en un proceso legal racional y contencioso. La formalidad condujo a una mayor deliberación, la mayor deliberación condujo a retrasos, los retrasos condujeron a los fiadores y abogados. Los abogados tenían que reunirse para negociar, y los abogados ocupados no siempre encontraban tiempo para reunirse, por lo que había más retraso. Los abogados defensores a menudo tenían que esperar al Sr. Green, un testigo clave, y así sucesivamente. Como señala con nostalgia Lon Fuller (2002), el principio de legalidad se alimenta de sí mismo; la legalidad genera aún más legalidad hasta que una relación se define minuciosamente por la ley y el procedimiento. Tal fue el desarrollo de los tribunales de delitos menores en los Estados Unidos a mediados del siglo XX. Se perdió al menos un beneficio de este progreso, la rápida justicia sustantiva. Aunque no puedo ofrecer un balance de los costos y beneficios asociados a esta transformación, muchos observadores reflexivos piensan que, a fin de cuentas, el sistema no ha mejorado (Bibas, 2011; Braithwaite, 1998; Stuntz, 2012).

*The Process is the Punishment* describe las tensiones entre la búsqueda de una justicia sustantiva rápida y los imperativos de un orden jurídico racional más deliberado. Las tensiones tiran en varias direcciones. Algunos observadores quieren volver a lo que consideran los buenos viejos tiempos, de una justicia sumaria rudimentaria

dictada por jueces proactivos (Bibas, 2011; Stuntz, 2012). Por un lado, los fiscales y los abogados defensores quieren ser “abogados” y ejercer su profesión, pero ven el valor de abordar problemas como los trabajadores sociales y hacer justicia sustantiva en bruto. Sin embargo, no toda la comprensión de la justicia sustantiva es igual o compasiva. El amor severo puede llevar a un acusado a la cárcel. O lo que un fiscal podría considerar como un “viejo e inofensivo borracho” que necesita tratamiento, otro podría verlo como un “bastardo intratable sin virtudes redentoras”, y un juez podría pensar que un reincidente crónico necesita una dura lección, mientras que otro se encoge de hombros y piensa que debemos sonreír y soportarlo. O bien, dos personas pueden ver la difícil situación de una víctima de manera muy diferente. En una audiencia informal, pero de ritmo rápido, a principios del siglo XX, los jueces dominaron a menudo el proceso, extrayendo información del agente encargado de la detención, del acusado y de cualquier víctima que pudiera haberse traído, se formaron rápidamente una impresión de la situación y dictaron un fallo inmediato.

En el decenio de 1970 en New Haven, y ciertamente en el decenio de 2020, tanto el juez como el acusado, así como los testigos, son en gran medida marginales, cediendo la autoridad a los fiscales que negocian con los abogados defensores; dominan la sala del tribunal, insistiendo en la cuantía de la fianza, resumiendo los cargos y las pruebas, determinando la disposición y casi imponiendo la sentencia. Irónicamente, el debido proceso hace poco para retrasar este proceso. A pesar de la plétora de derechos, los acusados penales pueden renunciar a ellos y deferirlos a los fiscales. Como he sugerido repetidamente, los acusados están en muy buena posición para evaluar lo que está en juego. En la mayoría de los casos de delitos menores en Connecticut en la década de 1970, las expectativas eran bajas, por lo que los acusados, a pesar de todos sus derechos, solían estar ansiosos por “terminar con esto”. Probablemente fui testigo de enfrentamientos más acalorados entre los acusados y sus abogados

que entre los fiscales y los abogados defensores. En el primero, los acusados se mostraron muy interesados en “acabar de una vez por todas con el día”, mientras que sus abogados, recién nombrados, hicieron hincapié en que no podían dar consejos sin antes leer detenidamente el expediente y entrevistar a su cliente. Tanto los acusados como los abogados defensores podían ser estrictos al expresar sus preocupaciones porque de hecho ambos tenían razón.

En el siglo XXI, a la luz de las sucesivas guerras contra la delincuencia y las drogas, hay más en juego que hace cuarenta años, pero, en términos relativos, han aumentado los costos tanto del proceso previo al juicio como del proceso posterior a la condena, de modo que los acusados de delitos menores deben hacer prácticamente los mismos cálculos que hacían en el decenio de 1970 y, de hecho, también en el de 1920.

Tal vez esto es lo mejor que los americanos pueden esperar de sus tribunales inferiores. Estos tribunales pueden estar sujetos a arbitrariedades y errores, y para la mayoría de los acusados, las sanciones más importantes provienen de los costos del proceso previo al juicio. De hecho, desde entonces muchas comunidades del país han vuelto a las viejas prácticas del siglo XIX y han comenzado a cobrar una serie de “tasas” relacionadas con las comparecencias ante los tribunales, el pago a plazos de las multas y otras cuestiones similares. En estos lugares los costos de los procesos se han incrementado dramáticamente, y han cambiado la relación de desequilibrio de manera significativa. Por lo tanto, sigue habiendo un fuerte incentivo para hacer lo que sea necesario para minimizarlos. Aun así, los estadounidenses podrían querer idear un proceso más justo que también sea más efectivo y eficiente. Para ello, como he sugerido, podría ser útil echar un vistazo a la historia para recordar la antigua policía y los tribunales de magistrados. Pero al mismo tiempo, también podríamos echar un vistazo de reojo para ver los diversos organismos reguladores que han ideado procesos rápidos, justos y receptivos para la gestión de problemas de todo tipo. Al hacerlo,

podríamos encontrar la manera de llevar al menos algunos de los asuntos de nuestro anticuado sistema de justicia penal adversarial al mundo del estado administrativo moderno.

Hay un modelo disponible. En la ciudad de Nueva York, el Tribunal Comunitario de Manhattan, un tribunal financiado en parte por las contribuciones de la Cámara de Comercio de Times Square, se las arregla para ser justo y rápido (Berman y Feinblatt, 2015). En lugar de estar ubicado en Court Square, en el extremo sur de Manhattan, se encuentra en la calle 42, cerca de Times Square, y está diseñado para manejar una variedad de ofensas molestas en ese vecindario, y manejarlas con diligencia. Es la pieza central en un esfuerzo por limpiar el área y llevar a los visitantes al Distrito de Teatros y restaurantes cercanos sin tener que preocuparse por carteristas, ladrones de tiendas, solicitud de prostitutas, vandalismo, uso y venta de drogas, borrachos y similares. A decir de todos, es un éxito. Lleva a cabo sesiones siete días a la semana, y por las noches durante el fin de semana. Como en los viejos tiempos, los oficiales de policía llevan a los arrestados directamente a la corte, donde el arrestado puede ser procesado en poco tiempo. Como en los viejos tiempos, al acusado se le da una variante de la elección: “¿Quiere declararse inocente, o quiere terminar este caso ahora?”. El acusado rápidamente se da cuenta de que declararse inocente significa que será retenido en una camioneta policial por un tiempo y luego llevado a la ciudad para ser fichado y retenido hasta que los tribunales ordinarios abran al día siguiente o el lunes por la mañana. En cambio, declararse culpable en el Tribunal Comunitario del Centro significa para muchos—quizá para la mayoría—volver a casa y reaparecer al día siguiente para comenzar veinte o treinta horas de servicio comunitario durante los cuatro o cinco días siguientes. Para la mayoría de los arrestados, esto no es una opción en absoluto. Pueden ser acusados, declarados culpables, condenados y cumplir sus sentencias casi antes de comparecer ante un tribunal en el Bajo Manhattan. Por supuesto, los detenidos que no tienen derecho a esta opción (el tribunal puede

determinar que tienen órdenes de arresto pendientes y similares), o que no quieren aprovechar esta opción, son trasladados al centro de la ciudad, y esperan para comparecer ante el tribunal allí y aprovechar toda la panoplia de sus derechos al debido proceso. Algunos lo hacen, pero me pregunto cuántos se arrepienten en retrospectiva.

Este viaje de vuelta al futuro en el centro de Manhattan también puede ser el futuro de la justicia de delitos menores estadounidense. De hecho, esta práctica es algo parecido a los sistemas de justicia de varios países europeos con los que a los estadounidenses les gusta compararse. De hecho, varios países de Europa septentrional han desarrollado un proceso burocrático racionalizado para tratar a los acusados de delitos no violentos, incluso de delitos graves como el fraude fiscal. Cuando son aprehendidos por la policía, o poco después, se les expiden multas y pueden pagarlas sin necesidad de comparecer ante el tribunal. Esto no es totalmente inaudito en otros lugares. Los conductores de automóviles de todo el mundo pagan rutinariamente multas de tráfico—incluso por violaciones de tráfico relativamente graves—por correo. Un oficial emite una multa, que requiere que los detenidos paguen una fianza, y luego, si no se presentan en el tribunal a la hora designada, la fianza se pierde y el caso se cierra. Si uno desea impugnar los cargos, puede indicarlo y presentarse en la fecha del tribunal indicada en la multa. Sin embargo, una distinción es que la mayoría de los países de Europa septentrional tienen ingresos garantizados y una red de seguridad expansiva, de modo que casi todo el mundo puede pagar las multas, especialmente cuando se prorratan en función de los ingresos, como suele ocurrir. No es el caso en los Estados Unidos y supongo que en la mayoría de los países de América Latina, por lo que el éxito del trasplante de este esquema es problemático.

No obstante, los Estados Unidos cuentan con una gran cantidad de sistemas reguladores para dictar sentencias rápidas, por lo que cabe preguntarse si algunos de ellos podrían adaptarse para su uso en el sistema de justicia penal, al menos cuando se enfrente el reto

particular de un alto volumen de casos de menor importancia, como los delitos menores (Feeley, 2020). Lo que sí está claro, al menos para mí, es que un proceso aún más debido, una mayor deliberación y un proceso más contradictorio no son las respuestas. Los hemos estado juzgando durante los últimos cien años, y al menos para los delitos menores no han mejorado el problema en gran medida, si es que lo han hecho. Además, la historia contemporánea de la resolución de disputas legales es la de una constante deserción de los tribunales en favor de los procesos regulatorios, que son ampliamente vistos como más eficientes y más efectivos. Tal vez sea hora de que este desarrollo se extienda a los tribunales penales, y especialmente a los tribunales que se ocupan de los delitos menores. Esto puede reducir el proceso como castigo.

## Referencias

- Berman, Greg y John Feinblatt: *Good Courts: The Case for Problem Solving Courts*, New Orleans: Quid Pro Press, 2015.
- Bibas, Stephanos: *The Machinery of Misdemeanor Justice*, New York: Oxford University Press, 2012.
- Braithwaite, John: *Responsive Regulation and Restorative Justice*, New York: Oxford University Press, 1998.
- Feeley, Malcolm M.: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage Foundation, [1979] 1992.
- Feeley, Malcolm M.: *Court Reform on Trial: Why Simple Solutions Fail*, New York: Basic Books, 1983.
- Feeley, Malcolm M.: “How to Think About Court Reform 98 Boston”, *University Law Review* 669, 2018.
- Feeley, Malcolm M.: “Criminal Justice as Regulation”, *New Criminal Justice Review* 113(23), 2020.
- Fuller, Lon: “Two Principles of Association”, en: Kenneth Winston (ed.): *Selected Essays of Lon Fuller*, Oxford: Hart Publishing, 2002.
- Kleinfeld, Joshua: “Manifesto of Democratic Criminal Justice”, *Northwestern University Law Review* 1367(111), 2017.
- Kohler-Hausmann, Issa: *Misdemeanorland: Criminal Courts and Social Control in an Era of Broken Windows Policing*, Princeton: Princeton University press, 2018.
- Stuntz, William J.: *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.