

NOTAS PREPARATORIAS SOBRE "THE PROCESS IS THE PUNISHMENT" DE MALCOLM FEELEY

PREPARATORY NOTES ON "THE PROCESS IS THE
PUNISHMENT" OF MALCOLM FEELEY.

NAHUEL ROLDÁN
UNIVERSIDAD NACIONAL DE QUILMES

Quiero comenzar abriendo un paréntesis: recuerdo haber escuchado, hace un tiempo, en una entrevista decir a la joven entrevistada lo costoso que es para un pobre salir a buscar trabajo. Quien se encuentra—con cierta permanencia o con intermitencias relativamente prolongadas—en un estado de precariedad, en la mayoría de los casos solo puede buscar trabajo en zonas cercanas a su casa, pues movilizarse en busca de mejores ofertas laborales hacia el centro de la ciudad o en zonas comerciales lejanas de su barrio suele ser muy costoso. Por lo que se debe decidir entre gastar el dinero que se ganó en la última changa en la búsqueda de un trabajo “más estable” o en alimentos para comer los días que siguen.

¿Cuántas veces quienes estamos interesados en la desigualdad nos preguntamos que además de una propuesta de política laboral nacional o provincial, lo que necesitamos tener en cuenta son los “micro-costos” del día a día? ¿Cuántas veces pensamos cuanto vale pagar el pasaje del transporte público y que ese primer y primordial costo hace al pobre pensar dos veces antes de salir a buscar trabajo? ¿Cuántas veces pensamos que poner en marcha una política de mejoramiento del transporte público con la utilización de tarjetas magnéticas—que deben cargarse, en la práctica, siempre con un costo extra, que funciona como comisión para quien realiza la carga—que se pierden, se deterioran y que deben solicitarse de nuevo causa costos que el pobre no puede permitirse? ¿Nos damos cuenta que la diferencia de pagar o no pagar \$2 o \$5 para cargar la tarjeta puede ser crucial para decidir si salir o no salir a buscar empleo? Dejemos esta idea en suspenso por un momento.

Introducción

En lo que sigue realizaré una serie de apreciaciones que podrían servir como notas introductorias o claves de lectura para la revisión de *The Process is the Punishment* (1979—reeditada en 1992)¹ de Malcolm Feeley. Y haré especial hincapié en las secciones del libro que complementan el capítulo 7 (“The Process is the Punishment”), que presentamos en esta sección traducido al español, para tratar de aportar una mirada más integral de la obra y subrayar la importancia que tuvo—y tiene—la investigación de Feeley para el campo de *Law & Society*.

La sección se integra con dos textos que Malcolm Feeley y Jonathan Simon escribieron especialmente para acompañar la primera traducción—aunque parcial—al español de este libro de Feeley.

Me interesa realizar una serie de movimientos que den cuenta la calidad de “clásica” de esta obra de Feeley. Todos estos movimientos van hacia una misma dirección: desentrañar por qué *The Process is the Punishment* se convirtió en un texto clásico en el campo de *Law & Society*. Por tanto, la pregunta que me haré será sobre el *impacto* que la obra tuvo en lo que siguió de la investigación socio-jurídica. Hay varias formas de determinar el impacto de una obra en un campo disciplinario—amplio o específico. Por mi parte me enfocaré en una de las posibles formas: determinar cuales son los temas centrales del libro y tratar de mostrar como esos temas centrales se diversificaron en la investigación posterior².

¹ Las referencias a la obra de Feeley en este trabajo de revisión serán a la edición de 1992, no sólo porque fue la que revise, sino porque es la que actualmente se puede conseguir más fácilmente. Dicha edición fue publicada con un nuevo prólogo de Joseph Gusfield y un prefacio del autor, aunque el cuerpo textual se publicó sin ninguna modificación, supresión o agregado, al texto original publicado en 1979.

² Otra forma, bastante común—aunque más simple y menos determinante—de establecer el *impacto* de una obra es el recuento de citas que se hicieron del libro en otros trabajos académicos. Para una revisión de este estilo, ver: Earl (2008) y Morril y Mayo (2015).

The Process is the Punishment: un clásico

Una reseña de Jeff Goodwin plantea una hipótesis acertada—en mi opinión—sobre *porqué* algunos libros tienen un fuerte impacto en el campo disciplinar y otorgan a sus autores cierta fama académica. Esta hipótesis aplica, sin dudas, a *The Process is the Punishment*: “Para que cualquier libro llegue a ser ampliamente citado hoy en día, aunque mucho menos para influir en la forma en que la gente piensa realmente, debe ser reducible a unas pocas formulaciones generales y fáciles de entender” (Goodwin, 1996: 293). Ahora bien, debemos establecer una serie de precauciones sobre esta tesis. Lo primero, es que cuando se establecen estas formulaciones simplificadas, lo que se está exponiendo es sólo una breve y pequeña parte de la obra en cuestión—y en muchos casos esas simplificaciones pueden venir cargadas con ciertas tergiversaciones que se propagan ante la falta de una lectura completa e integral del libro original. Así es que Goodwin también acierta cuando aclara que a medida que la o las contribuciones centrales del libro se consolidan en formulaciones dadas por sentadas, los estudiantes e investigadores empiezan a conocer la supuesta contribución del libro no por su lectura, sino por la absorción de las citas rituales que se realizan de la obra a lo largo del tiempo. Más concretamente, sobre este punto, Goodwin (1996: 293), dice: “Ningún libro puede pretender ser ‘influyente’ hoy en día hasta que un gran número de personas que no lo han leído (o que no han leído más allá de su introducción) tengan opiniones críticas sobre él”.

En este sentido, y como argumenta Jennifer Earl (2008), la obra de Malcolm Feeley se ciñe perfectamente a la hipótesis de Goodwin. En primer lugar: la potencia del título del libro de Feeley, implica que el autor logró en una breve frase contener la tesis principal de su investigación: “el proceso es el castigo”. Y ese argumento de que para los acusados de delitos menores en tribunales inferiores el proceso es el castigo se ha vuelto la *cita ritual* del trabajo de Feeley. Al punto que este presupuesto o—como dice Earl—esta “pista de título”, eclipse

o hizo olvidar otros importantes argumentos y temas centrales que contiene *The Process is the Punishment*.

La segunda cuestión, que hace de este libro un ejemplo perfecto a la hipótesis de Goodwin es que la simpleza con la que está escrito—que lo vuelve tan fácil de leer—enmascara su complejidad. Y, cuanto menos, *The Process is the Punishment* es un libro complejo. Lo que quiero subrayar aquí es que *importa cómo escribimos*. Algunos creen que escribir solo es sentarse frente a una computadora y tipear ideas, y luego, encontramos artículos aburridos, rebuscados y desprovistos de una linealidad argumentativa establecida a través de una narrativa configurada como tal. Pero, también, quiero señalar que cuando hablo de complejidad, me estoy refiriendo a que los argumentos—por más potentes e inteligibles que sean—presentados de forma individual, desprovistos del contexto general de la obra, se vuelven difíciles de descifrar y sopesar³.

Las partes del libro

La organización del libro se divide en varias partes. En primer lugar, una parte introductoria que expone los contornos empíricos de los tribunales inferiores y las principales afirmaciones teóricas que el autor pretende hacer. Luego, una segunda parte, donde se presentan los actores principales y secundarios de los tribunales inferiores, que se complementa con la importancia de dichos actores para el modelo de “sistema abierto” que Feeley utiliza para comprender el funcionamiento de dichos tribunales. Seguidamente encontramos una sección que evalúa *cuantitativamente* la utilidad de las explicaciones clásicas de las disparidades en la determinación de la pena [*sentencing*] en los casos de delitos menores. Continúa con una parte que esboza el carácter punitivo de los procesos previos al juicio. Y finalmente, una sección—habitualmente soslayada—muy interesante y perspicaz, que argumenta que la cantidad de casos que tiene un tribunal—la idea

³ Aquí no me refiero a la organización del libro, que quizás en ciertas partes complica el entendimiento general de la obra. Algunos revisores hicieron hincapié en esta cuestión (White, 1980; Zemans, 1980; Brogden, 1982)

de la sobrecarga de trabajo—no determina la rapidez con que se tramitan las causas.

La introducción de *The Process is the Punishment*, es muy completa y explicativa, lo que hace que se genere la falsa sensación de que una lectura individualizada nos otorga el conocimiento suficiente sobre las argumentaciones transversales de toda la obra. En esta introducción Feeley presenta una descripción detallada sobre los tribunales inferiores en los que va a realizar sus observaciones. Y metodológicamente queda bien claro que la investigación no es *sobre* los tribunales inferiores, sino que es *en* los tribunales inferiores. Esta es una diferencial crucial, que cualquier investigador “etnográfico”, debe tener presente para formular sus preguntas de investigación.

Aquí Feeley presenta un *rompecabezas empírico* y establece las primeras acciones metodológicas destinadas a desentrañarlo. ¿Cuál es ese rompecabezas empírico? Cuando el Tribunal Supremo estaba estableciendo ciertas expectativas de aumento y reforzamiento de los derechos y garantías de los acusados—por ejemplo, que una mayor cantidad de personas obtuvieran representación letrada y que se estableciera con más regularidad el derecho de ser juzgado por sus iguales—Feeley encontraba en sus observaciones que, en general, los acusados seguían sin representación y que—de su muestra de 1600 casos—ninguno optó por un juicio con jurado. En su lugar, los imputados, resuelven sus casos a través de la negociación de declaraciones de culpabilidad. En cuanto a lo otro, solo la mitad de los acusados—y alrededor de un tercio de los que se enfrentan a una pena privativa de su libertad—son representados por un abogado. Y en los casos en los cuales se obtiene un abogado defensor, este suele acelerar la negociación de la declaración de culpabilidad, antes que entablar un pleito contencioso con los fiscales.

En general, la libertad bajo fianza es fijada por la policía. Este mecanismo hace que se detengan al doble de personas que nunca llegarán ni al tribunal ni a un juicio. De aquellos que llegan al tribunal, Feeley los divide en dos: los casos “sencillos” y los casos “complejos”.

Los primeros, llevan mucho tiempo en resolverse teniendo en cuenta que las más de las veces requieren un total de ocho a diez comparecencias. Mientras que los segundos, suelen evitar compromisos prolongados a través de una rápida negociación de los cargos—lo que implica tener que declararse culpable independientemente de si lo era o no.

En los tribunales menores circula un aire de frustración. Los acusados—ya sean de casos simples o más difíciles—que esperan durante semanas o incluso meses, tener “su día” en el tribunal se encuentran, en la realidad, que esa larga espera se convierte en unos pocos minutos confusos en los que juegan un rol menor—en lugar de ser los protagonistas estelares de sus asuntos. También se dan cuenta rápidamente que las sentencias no están relacionadas con la gravedad de los hechos, o los cargos, o los antecedentes penales o algún otro predictor similar. Pero la frustración no impacta solo en los imputados, como observa Feeley: “los funcionarios de los tribunales inferiores—jueces, fiscales y defensores públicos por igual—se sienten frustrados y menospreciados (...) formados para ejercer la abogacía, [pero] (...) confrontados con los tipos de problemas que enfrentan los trabajadores sociales” (1992: 4). La descripción de una justicia sucia, apresurada y poco majestuosa puede, incluso, desalentar y frustrar al lector estudiante de derecho que imagina una “justicia de película”.

A pesar de este tufillo de frustración y desgano, Feeley vuelve a dar un volantazo metodológico en sus observaciones y no se queda con lo que parece ser lo más obvio: una justicia que funciona mal. Lejos de esta mirada enfoca en la idea de “crisis” institucional, Feeley sostiene que a pesar de lo que parece ser un sistema mal preparado y con una mala performance en la práctica a la hora de impartir “algo” que se parezca o se asimile a la justicia, estos tribunales alcanzan una *justicia sustantiva*—aunque la *justicia procesal* a menudo parece estar ausente.

Feeley continua su introducción descartando las explicaciones más obvias de porqué los tribunales funcionan de esta manera: desde

la sobrecarga laboral y la falta de personal hasta la falta de profesionalización de los actores intervinientes. En este punto Feeley introduce dos de sus conceptos más importantes para la investigación socio-jurídica: “sistema abierto”⁴ y “grupo de trabajo del tribunal”. *The Process is the Punishment* presenta una descripción densa y microscópica del funcionamiento de los tribunales inferiores, pero no se queda allí. Esos tribunales participan o forman parte de lo que Feeley denomina un “sistema abierto” en el que las influencias ambientales dan forma al tribunal e impactan en el “grupo de trabajo”, que incluye a los actores principales del tribunal—jueces, abogados, acusados, fiadores judiciales, policía—pero también a los miembros secundarios o auxiliares—alguaciles, personal de los programas de reorientación. En este sentido, el proceso judicial, para Feeley, es el resultado de un “proceso complejo—el equilibrio de los intereses individuales y colectivos en el grupo de trabajo de los tribunales, con las limitaciones y objetivos de sus organizaciones patrocinadoras, y las influencias del medio ambiente” (1992: 21).

Otros de los puntos centrales que se adelantan en esta introducción es una fuerte crítica al debido proceso—en la diferenciación de la justicia sustantiva y la justicia procesal. Quienes hayan estudiado abogacía, sabrán que la idea de justicia que surge de la norma es una idea muy potente. Esa fuerza hace que muchos que realizan investigaciones socio-jurídicas se acerquen a los espacios judiciales en busca de ese tipo de justicia—y en el peor de los casos fuerzan su aparición para dar sentido a sus saberes aprendidos y lógicas preconcebidas de cómo debe funcionar la Justicia. Ese *debido proceso* como principio, pero también como un tipo de justicia que se expresa a través de los procedimientos justos, se pone en duda a cada página de *The Process is the Punishment*. Por el contrario, lo que aparece

⁴ Feeley sostiene que los tribunales, antes que como burocracias, funcionan como “mercados”. En este sentido, dirá que los tribunales inferiores son un sistema “abierto” antes que “cerrado”: la característica fundamental será que son descentralizados y están fragmentados. Un sistema abierto está “expuesto a continuas y no siempre predecibles influencias de su entorno” (Feeley, 1992: 19). Y con esta cuestión, Feeley es un observador atento: lo que “puede parecer patológico si se presenta por sí mismo puede empezar a verse normal” cuando se considera en su conjunto (1992: 122).

constantemente es un tipo de justicia sustantiva—impartida a través de los esfuerzos cooperativos de los fiscales y los abogados defensores. El extrañamiento permite a Feeley ver más allá de su educación y su formación. La justicia sustantiva es, por momentos, un tipo de justicia, pero en otras partes es un concepto general. Pero en otras circunstancias, no hay ni justicia procesal ni justicia sustantiva, sino que se desarrolla una *sensación de justicia*, cuando “ellos [los actores de los tribunales] crean una sensación de justicia compatible con su preocupación por la rapidez y la eficiencia” (Feeley, 1992: 283). Lo que en definitiva nos está diciendo Feeley es que las “protecciones procesales” son sólo una idea de justicia y sólo un camino hacia la justicia sustantiva.

La introducción concluye con un primer vistazo a la tesis principal del libro que es la que explica porqué “el proceso es el castigo”: cuando los acusados impugnan los cargos, las costas y costos comienzan a acumularse y el proceso se hace insostenible. Profundizaré sobre este punto más adelante.

En la segunda parte, luego de esta introducción general, encontramos, primero un rápido repaso de la historia de New Haven, sus tribunales y su departamento de policía—acompañada de una visión más general sobre el sistema de justicia en Connecticut. Para después continuar con una detallada descripción de los actores judiciales. Aquí Feeley desarrolla algunos presupuestos cruciales para la comprensión del funcionamiento de los tribunales inferiores. Comienza con los “actores principales”: los jueces y los abogados. La discusión en torno a los jueces y fiscales se centra en el patrocinio de los nombramientos—este factor es la variable clave para comprender los ciclos de rendimiento en el funcionamiento de los tribunales⁵. Por otro lado, la rotación de los jueces en las diferentes jurisdicciones, según Feeley, reduce la inversión en el funcionamiento eficiente de

⁵ Pues cuando los nombramientos se hacen a través del patrocinio, un buen rendimiento en el trabajo no provoca un resultado automático en la mantención u obtención del cargo, sino que se logra a través de un alto grado de azar.

cualquier tribunal, y da como resultado que los fiscales tengan más control sobre el funcionamiento del tribunal—ya que son actores más permanentes en cada sala.

Luego de la consideración detallada sobre los jueces, fiscales y abogados defensores, Feeley se enfoca en otro punto que se presenta con cierta originalidad en la investigación socio-jurídica de la época: la observación de los fiadores judiciales⁶. En este punto, nos damos cuenta que los agentes de fianzas son personajes cruciales para el aceitado funcionamiento de los tribunales. Los fiadores, por ejemplo, conocen la ubicación de las salas de los diferentes tribunales mejor que los acusados, pero incluso mejor que los abogados, por lo que ayudan a trasladar a unos y otros, y que los encuentros se generen en tiempo y forma. También fortalecen las relaciones personales entre ellos mismos y los jueces o entre jueces y abogados, realizando regalos y organizando fiestas. Por supuesto, que todos estos esfuerzos no son ni arbitrarios ni solidarios, ya que los jueces y abogados a menudo atenúan las pérdidas financieras de los fiadores cuando los imputados no comparecen. Por fuera de los tribunales, los comisionados de fianzas son un importante control de los niveles de fianza que establecen cotidianamente la policía, pero en la práctica son poco más que un costoso sello de goma, dada su constante deferencia a la actividad policial.

En la tercera parte, Feeley presenta dos diferentes conjuntos de análisis cuantitativos⁷ en un intento por determinar si los indicadores

⁶ Estos "actores de apoyo" son muchos más que los fiadores. Feeley nos hablará de los comisionados de fianza, los enlaces policiales, los oficinistas, los taquígrafos, los secretarios, los ayudantes, los investigadores privados, los alguaciles y los sheriffs.

⁷ Esta sección del libro, plantea ciertos problemas metodológicos, o quizás, podrían haber sido mejor aplicados. Feeley se involucra en dos análisis principales: uno que busca analizar si un acusado recibirá un *nolle* o se declarará culpable, y otro que analiza la severidad de la pena. Ambos análisis están basados en regresiones de mínimos cuadrados ordinarios—y es, en mi opinión, esta opción metodológica la que genera los problemas. En tanto, los dos análisis cuantitativos son análisis de variables categóricas, no correspondería que fueran modelados con este tipo de regresión. Aunque, entiendo, que Feeley ya sabe de estos problemas, pues señala brevemente que también realizó análisis de la varianza y aplico algunos modelos log-lineales (que son más apropiados), pero explica que ambas técnicas producen—en gran medida—los mismos resultados (dichos resultados no los expone). Para profundizar en esta discusión revisar: Pruitt y Wilson (1983)—señalan un grave error de medición que puede surgir de las estrategias

comúnmente considerados claves en los resultados de los casos—tanto los de culpabilidad como los que obtienen otro resultado, y en los casos de culpabilidad, el porqué de la severidad de la pena—pueden ser comprobados empíricamente. En este punto, Feeley realiza otro importante avance metodológico. Hacia fines de la década del 70, realiza una investigación combinando métodos cualitativos y cuantitativos—algo que importantes investigadores de la criminología pedirán que hagan con más frecuencia los jóvenes investigadores hacia el siglo XXI (De Giorgi, 2007; Garland, 2017; Katz, 2019). Si bien la aplicación de los métodos cuantitativos en esta sección es perfectible—y quizás sea la parte más débil de la investigación—el intento vale en la obtención de ciertos datos. Así es que Feeley establece otra enseñanza para la futura investigación cuantitativa: los resultados nulos son, en muchos casos, altamente instructivos. Antes la obtención de resultados nulos (o negativos) el investigador no debería desalentarse y cambiar de camino (o pregunta), sino, quizás ajustar la interpretación. En caso de *The Process is the Punishment*, por ejemplo, los datos nulos frente a la variable racial en la determinación de la pena, importaron muchísimo a Feeley para buscar otras explicaciones menos obvias, para intentar comprender el porqué de la severidad de las sentencias.

Luego de esta parte de análisis cuantitativo, llegamos—quizás—al corazón de *The Process is the Punishment*. Esta parte del libro presenta sus observaciones etnográficas y las entrevistas que realizó a los diferentes actores que trabajan y circulan en los tribunales inferiores de New Haven. Feeley observa que los procesos judiciales se vuelven ininteligibles para los acusados. Esto se relaciona, según Feeley, con algo que describe con claridad: las determinaciones de la culpabilidad y las determinaciones de la pena, en lugar de considerarse por separado—como dictarían los procedimientos formales—en la práctica judicial se combinan. Y aun más, esas determinaciones

aplicadas por Feeley—y Daly (1987)—presenta una preocupación más general sobre los modelos lineales y aditivos en la medición de la toma de decisiones de los tribunales.

combinadas están impulsadas por algo parecido a un “plan de precios” que se conforma según el nivel de la sanción formal, lo que cambia el “valor” del caso.

Feeley sostiene que este “valor” del caso se ve afectado por varios factores: 1) la acusación inicial (160); 2) el carácter del acusado (162); 3) la actitud del demandante hacia el caso y la relación con el acusado (162-163); 4) los antecedentes criminales y las órdenes de detención pendientes (163); 5) el carácter del policía encargado de la detención (165); y 6) las presiones de las empresas para que se castiguen más severamente los delitos que les afectan (166). Luego de describir estos factores, Feeley hace una aclaración que es importante: ninguno de estos factores importa por sí mismos, sino que son “piezas” de información que deben ser “movilizadas” por los abogados y que pueden ser interpretadas y enmarcadas de diferentes maneras. Aquí Feeley señala otra importante línea de investigación y observación socio-jurídica: el “valor” de los casos no depende del peso de los hechos objetivos preexistentes, por el contrario, gira en torno a cómo se enmarcan las situaciones y personajes, qué cuestiones se plantean, cómo se plantean y cuáles se dejan sin articular, y finalmente, cómo se comportan los acusados después de ser arrestados. Ahora bien, el punto crucial en el establecimiento del valor del caso se “fabrica” a través de las interacciones entre el abogado defensor—o el acusado cuando no se tiene abogado defensor—y el fiscal. En este sentido, el valor del caso afecta a la oferta de declaración hecha por el fiscal. Todos los actores del “grupo de trabajo del tribunal” prefieren evitar los juicios y, por lo tanto, las negociaciones de las declaraciones de culpabilidad son la forma más común de resolver los casos. Feeley va un poco más allá, cuando explica que esas negociaciones de los cargos están también afectadas por el lugar que ocupa un caso específico en el flujo de casos y las relaciones entre los actores. ¿Qué significa esto? Pues bien, por ejemplo, si un fiscal fue “demasiado duro” con un abogado defensor en algún caso durante el día, puede hacia el final del mismo día (o al otro día), ser más indulgente sin tener en cuenta

los factores que hemos señalado que determinan el valor del caso y, por tanto, la oferta del fiscal.

El dato curioso que plantea esta cuestión tiene que ver con un “problema de comercialización” para los abogados defensores. Pues, ante la negociación de las declaraciones de culpabilidad y la falta de “apariencia” de adversidad, ¿cómo se puede convencer a las personas que llegan al tribunal de que necesitan un abogado defensor? Sumado a que casi nunca se celebran los juicios por jurado y, como observa Feeley, los acusados no representados no lo hacen mucho peor que los acusados representados. Feeley ensaya una respuesta a este problema: el abogado defensor compara las sentencias máximas teóricas para una serie de cargos, y luego “vende” al cliente una “ganga” que está obteniendo al evitar ese máximo. De esta forma, la comparación de la oferta negociada de la declaración con los máximos teóricos crea un *sentido adulador*—que en verdad es una falsedad—de lo que podría sucederle al acusado sin una representación.

Las últimas dos partes del libro contienen dos argumentos diferentes que se correlacionan. Los trataré juntos. En primer lugar, Feeley presenta su modelo de proceso previo al juicio. En este punto expone dos tipos de costos del proceso: los pecuniarios y los no pecuniarios. Aquí se desarrolla la demostración principal de la “pista del título”, el *por qué* el proceso es el castigo. Feeley realiza una detallada descripción de todos los costos que enfrenta un acusado cuando impugna los cargos que se le imputan: los costos de obtener un abogado, los costos de oportunidad de no ser representados, la pérdida de tiempo de trabajo por las detenciones preventivas, los costos causados por los aplazamientos, los costos por las comparecencias al tribunal—que a su vez aumenta el tiempo perdido en el trabajo, mayor estrés y honorarios de abogados. Si bien, los costos pecuniarios son contundentes, Feeley realiza una descripción minuciosa de los costos no pecuniarios: por ejemplo, cuando describe la confusión y la dificultad de tratar de encontrar un abogado mientras se está en la cárcel, especialmente cuando no se conoce a ningún

abogado personalmente. Estos gastos no pecuniarios se pagan con la moneda de la tensión, la contrariedad y la confusión (Earl, 2008).

Este conjunto tan importante de gastos, que aumentan exponencialmente mientras se continúa vinculado al sistema—impugnando los cargos, en lugar de declararse rápidamente culpable—es el que empuja a los acusados a elegir entre dos caminos: aceptan la negociación con el fiscal de su declaración de culpabilidad (sean culpables o inocentes), o salen en libertad bajo fianza y luego no comparecen a la primera audiencia (y pierden el dinero de la fianza). La firma de acuerdos de comparecencia y la libertad bajo fianza funcionan, según Feeley, como una “estructura informal de multas por delitos menores”. En este punto quisiera volver al paréntesis que propuse al principio de este texto. ¿Cuántas veces cuando realizamos una investigación socio-jurídica pensamos que el reforzamiento de las garantías del debido proceso puede ser altamente perjudiciales para los acusados por cargos menores que pertenecen a sectores populares o precarizados? ¿Cuántas veces dejamos de lado la lógica en que entendemos el proceso judicial, y de forma más general, la lógica clasemediera en que creemos que es correcto vivir y relacionarnos? ¿Cuántos de nosotros nos declararíamos culpables siendo inocentes porque es menos perjudicial a corto plazo?⁸ *The Process is the Punishment* nos muestra con claridad como esos derechos del debido proceso y las protecciones procesales llevan mucho tiempo, y eso aumenta los costos y vuelve insostenible el proceso para las personas de bajos ingresos que deciden declararse culpables para salirse del sistema—aun cuando estos derechos existen para garantizar que no se castigue a personas inocentes (*sic*).

El segundo argumento, generalmente eclipsado por el que indica el título de la obra, refiere a si el “mito del gran número de casos” (Feeley, 1992: 244) puede explicar porque la resolución de los casos

⁸ Aun más, deberíamos dejar en suspenso nuestras discusiones teóricas sobre modelos inquisitivos y adversariales, presuponiendo que en los segundos alcanzamos cierta igualdad material entre acusado y acusador. El trabajo cualitativo (en especial etnográfico) implica eso: observar, escuchar, sentir, saborear las escenas sin encuadrarlas en cierto conocimiento previo y preestablecido. En cierto punto se trata de desarrollar una estructura de sentimientos que sean empáticos con otras formas de vivir la vida.

esta basada en las negociaciones de culpabilidad y en una versión acelerada de la justicia. Feeley rehúye a esta explicación, la sobrecarga de trabajo del tribunal no conduce a las negociaciones de los cargos ni tampoco a una disminución general de la justicia. En esta parte final, presenta un argumento doble. En primer lugar, recupera la tesis sobre la justicia sustantiva, sugiriendo que la justicia procesal puede faltar incluso en un sistema justo. Una cuestión que destaca es la falta de la presunción de inocencia: “el proceso da por sentado que el acusado estuvo involucrado en el problema, e inmediatamente trata de determinar la magnitud del problema y la naturaleza de su responsabilidad como requisito para resolver el caso” (Feeley, 1992: 283-284). Aunque es importante señalar—como lo hicimos más arriba—que esto no indica que se ha abandonado la justicia en todos los sentidos. En segundo lugar, sostiene que si los jueces tuvieran menos casos, no utilizarían necesariamente ese tiempo para resolver más rápidamente los casos de su tribunal. Por el contrario, según su observación, los jueces con agendas más pequeñas mantienen el tribunal abierto durante menos horas del día, comenzando la jornada laboral más tarde, o bien terminándola más temprano, o permitiéndose descansos más prolongados.

Finalmente, Feeley resume su modelo de costos previos al juicio de la siguiente manera: “Debido a los costos de invocar muchas de estas opciones, estos nuevos derechos y oportunidades pueden funcionar en gran medida como símbolos vacíos de justicia o, en el mejor de los casos, como lujos o reservas a los que sólo se puede recurrir en casos grandes, intensos o particularmente difíciles” (1992: 290). Y luego cierra el libro discutiendo brevemente como podría plantearse una posible reforma, que reduzca la naturaleza punitiva del proceso: sugiere un sistema de multas que se apliquen ante delitos menores—que deberían ser reconfigurados como “transgresiones no penales”.

Uno de los temas centrales

Quienes se encuentren interesados en la construcción de un mapa topográfico de impacto de la obra que rastree las citas, pero también cómo se utilizan esas menciones en las investigaciones posteriores con mucha más profundidad y rigurosidad que la que voy a presentar seguidamente, deberían revisar el trabajo de Jennifer Earl (2008). En tanto, Earl organiza su trabajo en torno a una *topografía del impacto*, que se centra en un análisis empírico (y no normativo), lo que implica reflejar la forma en que se ha utilizado la obra y no la capacidad inherente de afectar un área disciplinar. Así es que resume primero las áreas de impacto sustancial y único, y luego revisando progresivamente los impactos menos sustanciales y/o menos específicos. En el presente ensayo me centraré tan sólo unos pocos trabajos de los más importantes que utilizaron uno de los temas centrales de *The Process is the Punishment*.

Por supuesto, ese argumento con el que vamos a trabajar será el de “la pista del título”: el proceso es el castigo. Esta cuestión se introduce con una importante innovación: una nueva forma de someterse a los procesos judiciales. Esa nueva forma se explica a través del *modelo de proceso previo al juicio*. El modelo sostiene que, en los tribunales inferiores, por un lado, la mayoría de los castigos que se imponen en última instancia se producen a través del proceso de interacción con la policía, antes que se establezca la culpabilidad o la inocencia, y por otro lado, los jueces no son los únicos, ni siquiera los actores principales que influyen en la cuantía de la pena, ya que los agentes de fianza y el fiscal desempeñan roles especialmente importante en la determinación del nivel de la pena. Este modelo de proceso previo al juicio tiene, al menos, dos consecuencias que describe Feeley: primero, si el proceso es lo que castiga, entonces los acusados *verdaderamente* inocentes y culpables son castigados junto con los demás a medida que avanza el proceso, y segundo, los menos castigados no son necesariamente los inocentes, sino más bien los que ponen en *cortocircuito* el proceso al declararse culpable antes de tiempo o los que simplemente no comparecen.

Este modelo de proceso previo al juicio, es comparado con otros dos modelos: el del debido proceso y el de negociación de los cargos. El contraste con el modelo del debido proceso es particularmente importante, ya que en esa comparación se revelan los argumentos centrales de Feeley: la justicia sustantiva se produce cuando—incluso porque—se ignoran en gran medida las protecciones procesales y porque prevalece la cooperación, en lugar del adversarialismo. Este punto es el que ha generado un mayor impacto en el campo de *Law & Society*, y ha sido recogido en investigaciones posteriores⁹.

Debemos decir que este argumento de Feeley se basa en un postulado anterior de Freed (1973) que denominó “índice de desequilibrio”, con el cual utilizando una serie de variables pretendió medir el grado en que la prisión preventiva se utilizó con mayor frecuencia que la prisión posterior al juicio. Las conclusiones de Freed son similares a las de Feeley: “la culpabilidad determinada en lugar de la inocencia presunta parece ofrecer un camino más probable para la liberación de la reclusión en Connecticut” (Freed, 1973: 27). La diferencia entre ellos esta en que Freed es más crítico con estos resultados que Feeley. En tanto, el primero considera que el desequilibrio es una falla al impartir justicia o una representación de la injusticia, el segundo sostiene que aun se puede impartir un tipo de justicia sustantiva—aunque falte la justicia procesal.

Algunas ramificaciones

Una de las aplicaciones más comunes de las conclusiones sobre la pena previa al juicio de *The Process is the Punishment*, es quizás, en la investigación sobre la disuasión. Aquí encontramos una serie de estudios que consideran que la “disuasión” debería considerar la detención en sí misma como un elemento disuasorio (Sampson, 1986)—especialmente en determinados entornos, como por ejemplo, en el policiamiento de los eventos de violencia doméstica (Manning, 1993).

⁹ Ver, por ejemplo: Wheeler (1983), Wheeler y Hissong (1988), Wundersitz y Naffine (1990) y Wu (1997).

Otro grupo de investigaciones en donde impactó esta tesis de Feeley, y quizás uno de los más interesantes, fue en aquellas investigaciones que discuten la “huella particular” que el castigo previo al juicio puede implicar para ciertos “subgrupos” de acusados. Como es de esperar, aquí los estudios se bifurcan en dos caminos bien diferenciados: aquellos que revisan el proceso como castigo para los imputados de “cuello blanco”, y los que lo hacen para los sectores marginales. Uno de los primeros trabajos del primer grupo es el de Mann, Wheeler y Sarat (1980), que junto con las posteriores investigaciones de Ericson (1991) y Weisburd, Waring y Chayet (1995), en resumidas cuentas, revisan la ansiedad y el estigma que sufren los acusados de cuello blanco cuando son imputados, y revisan casos particulares en los cuales el proceso se vuelve convierte en el castigo—por supuesto, estas conclusiones tienen muchas limitaciones, ya que el factor dinerario—como lo demuestra Feeley—es crucial para que el proceso sea el castigo o no. En el segundo grupo de trabajos, encontramos los estudios de Hagan (1992), Snider (1998) y Rothenberg (2002), los cuales anclando el análisis en una fuerte intervención de la clase social como variable determinante señalan la desigualdad exacerbadas por el uso del encarcelamiento previo al juicio, entre otros factores con efectos mucho más negativos del castigo previo para los acusados pobres.

Uno de estos efectos, altamente corrosivos, se desarrolla mejor en las investigaciones que han analizado las consecuencias de las *falsas* declaraciones de culpabilidad en los procesos que se basan en la negociación de los cargos. En este conjunto de literatura la tesis principal de *The Process is the Punishment* es donde puede tener mayor potencia—no solo en términos cualitativos, sino también cuantitativos. En una reseña de un libro¹⁰ sobre el funcionamiento de los testimonios de testigos oculares en juicios—que se publicó pocos años después del estudio de Malcolm Feeley—Weinstein (1981: 449) señala que si bien los problemas con las confesiones falsas son

¹⁰ Loftus, E.: *Eyewitness Testimony*, Cambridge: Harvard University Press, 1979.

importantes, se ven superados con creces por “lo que explica probablemente el mayor número de condenas falsas—las declaraciones de culpabilidad introducidas para evitar algunas de las cargas y riesgos de tratar con el sistema de justicia penal”. En la misma línea de investigación, otros estudios se han ocupado de las presiones sistemáticas para que las personas se declaren culpables (Bibas, 2004)—presiones que no son nada despreciables, incluso para que imputados inocentes acepten las declaraciones de culpabilidad que les ofrece el fiscal (Ulmer, 1994), incluso en delitos graves (Givelber, 1997).

En conclusión, el trabajo de Feeley explica que para los acusados es el costo del proceso, y no el resultado, lo que es primordial. Las sentencias suelen ser indulgentes, con pocas condenas largas de cárcel y frecuentes multas de 25 dólares o menos. Y a los acusados no les preocupa el estigma de la condena o las consecuencias a largo plazo de los antecedentes penales. Los costos de obtener una fianza, faltar al trabajo para asistir al tribunal y contratar un abogado son mucho más severos que la sentencia. Los acusados se declaran culpables porque les ahorra tiempo y dinero (o, algunos, prefieren no comparecer); los costos de hacer valer el derecho a un juicio y una apelación con las debidas garantías procesales superan con creces los beneficios potenciales. En el super-mercado, los acusados con una “compra de pocos productos” buscan reducir al mínimo el tiempo de espera en la cola de pago, y declararse culpable abre la “caja rápida”. El mensaje de Feeley es claro: una vez que uno se da cuenta del alto costo de invocar derechos, la existencia y el valor de esos derechos se ponen en duda. Feeley concluye con reflexiones sobre el ideal resolutorio y adversarial.

Referencias

Bibas, S.: "Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial", *Harvard Law Review*, 117, 2004, 2463-547.

Brogden, A.: "The Process is the Punishment", *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1982, 337-339.

Daly, K.: "Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender, and the Problem of Equal Treatment", *Social Forces*, 66, 1987, 152-75.

Daly, K. y Tonry, M.: "Gender, Race, and Sentencing", *Crime and Justice*, 22, 1997, 201-52.

De Giorgi, A.: "Rethinking the Political Economy of Punishment", *Criminal Justice Matters*, 70 (1), 2007, 17-18.

Earl, J.: "The Process is the Punishment: Thirty Years Later", *Law & Social Inquiry*, 33 (3), 2008, 737-778.

Ericson, R.: "Mass Media, Crime, Law, and Justice: An Institutional Approach", *British Journal of Criminology*, 31, 1991, 219-49.

Feeley, M.: *The Punishment is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage, 1992 [1979].

Freed, D.: "The Imbalance Ratio", *Beyond Time*, 1, 1973, 25-34.

Garland, D.: "Punishment and Welfare: Social Problems and Social Structures", en: Liebling, A., Maruna, S. y McAra, L. (eds.): *The Oxford Handbook of Criminology* (Sixth Edition), Oxford: Oxford University Press, 2017, 77-97.

Givelber, D.: "Meaningless Acquittals, Meaningful Convictions: Do We Reliably Acquit the Innocent?", *Rutgers Law Review*, 49, 1997, 1317-96.

Goodwin, J.: "How to Become a Dominant American Social Scientist: The Case of Theda Skocpol", *Contemporary Sociology*, 25, 1996, 293-295.

Hagan, J.: "The Poverty of a Classless Criminology", *Criminology*, 30, 1992, 1-19.

Katz, J.: "Hot Potato Criminology: Ethnographers and the Shame of Poor People's Crimes", *Annual Review of Criminology* 2, 2019, 21-52.

Mann, K., Wheeler, S. y Sarat, A.: "Sentencing the White-Collar Offender", *American Criminal Law Review*, 17, 1980, 479-500.

Manning, P.: "The Preventive Conceit", *American Behavioral Scientist*, 36, 1993, 639-350.

Morrill, C. y Mayo, K.: "Charting the 'Classics' in Law and Society", en: Sarat, A. y Ewick, P. (eds.): *The Handbook of Law and Society*, Oxford: Wiley Blackwell, 2015, 18-36.

Pruitt, C. y Wilson, J. Q.: "A Longitudinal Study of the Effect of Race on Sentencing", *Law & Society Review*, 17, 1983, 613-635.

Rothenberg, B.: "The Success of the Battered Woman Syndrome: An Analysis of How Cultural Arguments Succeed", *Sociological Forum*, 17, 2002, 81-103.

Sampson, R.: "Crime in Cities: The Effects of Formal and Informal Social Control", *Crime and Justice*, 8, 1986, 271-311.

Snider, L.: "Legal Aid Reform and the Welfare State", *Crime and Social Justice*, 24, 1985, 210-242.

Snider, L.: "Towards Safer Societies: Punishment, Masculinities and Violence Against Women", *British Journal of Criminology*, 38, 1998, 1-39.

Ulmer, J. T.: "Trial Judges in a Rural Court Community: Contexts, Organizational Relations, and Interaction Strategies", *Journal of Contemporary Ethnography* 23, 1994, 79-108.

Weinstein, J.: "Eyewitness Testimony", *Columbia Law Review*, 81, 1981, 441-457.

Wheeler, G.: "The Benefits of Legal Representation Misdemeanor Court", *Criminal Law Bulletin*, 19, 1983, 221-233.

Wheeler, G. y Hissong, R.: "A Survival Time Analysis of Criminal Sanctions for Misdemeanor Offenders: A Case for Alternatives to Incarceration", *Evaluation Review*, 12 (5), 1988, 510-527.

White, J.: "The Process is the Punishment", *Political Science Quarterly*, 95, 1980, 337-338.

Wu, B.: "The Effect of Race on Juvenile Justice Processing", *Juvenile & Family Court Journal*, 48, 1997, 43-51.

Wundersitz, J. y Naffine, N.: “Pre-Trial Negotiations in the Children’s Court”, *Australian and New Zealand Journal of Sociology*, 26, 1990, 329-350.

Zemans, F.: “The Process is the Punishment”, *Judicature*, 64, 1980, 44-47.