Control del delito y castigo en Estados Unidos*

Elena LARRAURI

Algunas personas quizá se pregunten si tiene sentido comparar cuestiones penológicas —los fines de la pena, su plasmación en las sentencias judiciales y el tipo de castigos— del sistema norteamericano, del cual se acostumbra a afirmar frecuentemente que está tan alejado del modelo continental. Prescindiré de realizar comparaciones entre el contexto norteamericano y español, pero es curioso observar por un lado que muchas discusiones norteamericanas se reproducen, a veces bajo distinto nombre, en España; por otro lado, en materia específica de determinación de las penas, tipos de penas y regimenes penitenciarios se está produciendo una evolución en Estados Unidos, desde 1987, que los acerca al modelo continental. Por ello puede ser interesante tener un mínimo conocimiento de los últimos desarrollos penológicos en Estados Unidos.

Pero primero es necesario una advertencia. Cada Estado norteamericano dispone de un código penal propio, además de diversos delitos regulados en numerosas leyes específicas. Adicionalmente existen delitos federales (regulados en el Título 18 del *United States Code*). La dispersión y sobreposición de la legislación estatal con la legislación federal comporta que sea arriesgado afirmar 'en Estados Unidos', porque cada Estado tiene sus propias leyes estatales que regulan los diversos delitos y prescriben diversas penas. Las afirmaciones globales referidas a Estados Unidos (incluso las contenidas en este artículo) deben ser recibidas con cautela y comprobadas con un estudio pormenorizado de la legislación y realidad de cada Estado concreto.

La ideología dominante en Estados Unidos hasta inicios de los años 1970 era la ideología rehabilitadora. Como es conocido, de acuerdo a este ideal, ni la ley ni el juez pueden determinar el tiempo exacto de la condena ya que el tiempo de la pena depende de la evolución de la persona condenada en el interior de la institución. En consecuencia, la ley, por lo general, se limita a establecer un marco muy indeterminado (que puede ser desde señalar solo prisión o prisión de un año a cadena perpetua) para cada delito.

En este sistema el juez tiene una amplia discreción para imponer *probation*, la medida rehabilitadora por excelencia, que consiste generalmente en que la persona queda en libertad, debiendo visitar a un agente de libertad vigilada. Si, por el contrario, el juez condena a la pena de prisión, son en últimas las autoridades penitenciarias *(parole boards)* las que determinan el tiempo real que debe cumplirse, el cual acostumbra a ser muy inferior al que ha sido impuesto.

La insatisfacción con este procedimiento de condenas indeterminadas *(indeterminate sentencing)* acostumbra a situarse en la década de los setenta. Como sucede en tantas ocasiones en Estados Unidos, se produce una convergencia de opiniones a pesar de que los argumentos y el trasfondo ideológico que reflejan son muy distintos.

Uno de los primeros ataques que se produce a este estado de cosas es la enorme disparidad de condenas por delitos semejantes. Ya fuese determinado por el juez, ya por las autoridades penitenciarias, lo que resultaba claro era que el margen de indeterminación de la pena era tan amplio como para permitir que cada juez, en base a su particular visión de los objetivos de la pena, determinase el tipo de pena o el tiempo de duración de la misma. Como es conocido, producto de este ataque surge el modelo de pena merecida *('just deserts')*.

Un segundo frente de ataque se produce cuando se constata no sólo la disparidad de las condenas, sino la discriminación que esta disparidad lleva implícita. En efecto, se criticaba que las autoridades penitenciarias determinaban el tiempo de duración de la condena basándose en criterios tan poco controlables como la futura posibilidad de reincidir, la peligrosidad, la dificultad de reinserción, lo cual llevaba a una discriminación en la duración de las condenas en base a la clase social o raza a la cual pertenecía la persona.

Finalmente el modelo rehabilitador con sus condenas indeterminadas fue también atacado por los sectores mas partidarios de endurecer las penas. Teóricamente el modelo había dejado de ser atractivo: la rehabilitación era cara y además no se conseguía. Adicionalmente se le acusó de ser excesivamente benevolente, ya porque se entendía que en la práctica la *probation* era una pena sin excesivas exigencias o controles, ya por la discordancia, atribuible al poder discrecional de las autoridades penitenciarias, entre la condena teórica y la realmente cumplida.

A finales de la década de los setenta nos encontramos pues que, producto de este cúmulo de circunstancias, se produce un movimiento hacia condenas determinadas por la ley *(determinate sentencing)*.

---

* Este texto es una reelaboración de la introducción a la traducción del libro de Andrew von Hirsch Censurar y Castigar (Madrid, Trotta, 1998). Se ha pretendido ofrecer una información sumaria de los últimos acontecimientos y reformas penológicas en Estados Unidos y por ello sólo se exponen las cuestiones en mi opinión cruciales y la bibliografía básica. Este trabajo ha sido posible gracias a una beca de movilidad del profesorado del Ministerio de Educación que me permitió una estancia en New York University desde octubre de 1997 a febrero de 1998. Quiero expresar mi agradecimiento a James Jacobs por su amable acogida en los seminarios y actividades de la Facultad de Derecho.

Una de las formas por las que se procede a esta determinación de las penas es mediante la creación de comisiones penológicas *(sentencing commissions)*. El Estado pionero fue el de Minnesota, quien en 1980 creó una comisión penológica cuya función era elaborar unas guías penológicas *(sentencing guidelines)* que graduasen la pena correspondiente a cada delito. Se trataba en definitiva de elaborar una plantilla, en la cual en la línea vertical se reflejaban los diversos delitos y en la línea horizontal los antecedentes penales. Para cada delito y en función de los antecedentes se estipulaba un tiempo determinado de prisión. La plantilla tiene además una línea (aproximadamente) diagonal que establece la demarcación 'dentro/fuera', esto es, que casos recibirán prisión y cuales una pena distinta de prisión.

Es interesante observar, a efectos de comprender el desarrollo posterior, que estas comisiones, si bien dotadas de fuerza legislativa, eran independientes del poder legislativo, precisamente para evitar la tentación política de aumentar las penas en cada ocasión en que existiese una ola de miedo o indignación popular.

El modelo de guías penológicas elaborado por comisiones penológicas independientes fue seguido por bastantes Estados norteamericanos, siendo en la actualidad unos 20 los que disponen de ellas y habiéndose promulgado además en 1987 las guías penológicas federales aplicables a los delitos federales *(Federal Sentencing Guidelines)*.

Evidentemente cada guía penológica es distinta y ello produce vivas y numerosas discusiones: así, por ejemplo, se discute si las guías penológicas han adoptado el modelo de justicia, o por el contrario se han inclinado más por doctrinas mixtas; se discute como calcular la severidad de las penas para adecuarlas a la gravedad del delito; el grado de desviación de las mismas que se permite a los jueces; el tipo de circunstancias que estos pueden considerar; donde situar la línea demarcatoria 'dentro/fuera' de la pena de prisión; se postula por Norval Morris y Michael Tonry, que las plantillas no sólo regulen la división 'dentro/fuera' sino que establezcan cuatro franjas que permitiría una regulación más concreta de los castigos distintos de la pena de prisión, etcétera

Ahora bien, si mi impresión es acertada, ninguna discusión ha sido tan virulenta como la acusación de que el nuevo modelo de condenas determinadas, su plasmación en las guías penológicas (y en consecuencia y en últimas el modelo de justicia) ha permitido el espectacular incremento[1] de la población reclusa en Estados Unidos que se inicia precisamente en la década de los ochenta.

Desde luego es imposible para mí proporcionar una respuesta definitiva a esta acusación. Pero pienso que se debe estar por lo menos informado de algunos desarrollos jurídicos que se producen de forma paralela también en la década de los ochenta. A modo de resumen:

a) Se debe considerar que si bien el ejemplo inicial de las guías penológicas de Minnesota perseguía reducir el uso de la prisión, las guías federales perseguían aumentarlo. Desde este punto de vista se habla de una 'cooptación' del modelo de determinación de las condenas. Pienso que es cierto que un modelo de justicia no está vinculado con una determinada severidad, pero también parece cierto que la defensa de la determinación de las penas en un momento en que existe una creciente demanda punitiva producirá penas determinadas severas.

b) Del ataque a la discreción y presunta benevolencia de los jueces surge la promulgación de leyes que establecen mínimos de pena legales *(minimum mandatory sentences)* para determinadas categorías de delitos, destacadamente, pero no solo, los relacionados con consumo, posesión y tráfico de drogas. Estas leyes son dictadas por el poder legislativo de cada Estado como respuesta a delitos que suscitan una ola de miedo o indignación, en ocasiones con el afán de contentar a un cierto electorado, en otras, con el afán de contentar a otros grupos de presión. Su efecto es aumentar, en ocasiones repetidamente, la severidad de las penas originariamente establecidas por las comisiones e impedir la imposición de cualquier pena distinta de prisión.

c) Del ataque a la discordancia entre la pena impuesta por los tribunales y la efectivamente cumplida por la supuesta benevolencia de las autoridades penitenciarias surge el movimiento denominado *truth in sentencing* (veracidad de las penas) que pretende y consigue en numerosos Estados eliminar la posibilidad de libertad condicional y remisiones de pena e imponer el cumplimiento de un 85% de la condena. El apoyo del gobierno federal a este movimiento provoca que los Estados que se unen a él y eliminan la libertad condicional reciben apoyo financiero para la construcción y subvención de cárceles estatales.[2]

d) Del ataque a la probation surgen en la década de los ochenta los denominados *Intensive Supervision Probation*. Como su nombre indica, se trata de que la persona quede en libertad pero aumentando el grado de control, las cargas y obligaciones que debe cumplir. Este control mucho más rígido se centra generalmente, al margen de algunas exigencias ciertamente originales, en limitar su movimiento y estar libre de drogas. Los controles electrónicos y análisis de orina se suceden, se descubren más infracciones técnicas y se debe encarcelar por ellas a las personas sometidas a probation.

e) Del ataque a la rehabilitación surge la defensa de la incapacitación como fin de la pena. Esta se apoya en la constatación de que un número pequeño de delincuentes produce un gran número de delitos y en el logro discutible de la cárcel de

[1] Recuérdese que la población reclusa aumentó en un 300% desde 1980 a 1995. Que Estados Unidos tiene un millon y medio de personas en sus cárceles con un índice de 500/100.000 (siendo lo habitual en Europa 70-100/100.000) y que además tiene cinco millones de personas sometidas a probation o parole, es decir con algún tipo de control penal.

[2] En 1/1/1996 hay en Estados Unidos 265.107 personas cumpliendo condenas de veinte años o cadena perpetua. De estos 74 804 cumplen cadena perpetua con posibilidad de libertad condicional; 168.935 cumplirán veinte años sin libertad condicional; y 21.638 cadena perpetua sin libertad condicional

que 'mientras están dentro no delinquen'. Para que ello tenga un cierto impacto se trata de alargar las condenas y apuntar a los delincuentes habituales, esto es, que han cometido dos delitos. Ello comporta la promulgacion de leyes específicas *(Habitual Offender Statute)*, vigentes en numerosos Estados, que permiten que se doble la condena por el mismo delito si ha sido realizado por una persona reincidente.

La plasmación extrema de esta ideología se produce con la aprobación en 1994, algunas de ellas por referéndum popular, en 26 Estados norteamericanos, de las leyes popularmente denominadas *'Three Strikes and you're out'* (A la tercera vas dentro).

Con la excepción de matices propios de cada Estado, estas leyes establecen la imposición de un mínimo de veinticinco años a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional cuando se realiza un tercer delito. El, aún mayor, impacto que estas leyes producirán en el número de población reclusa depende de como se defina el tercer delito —en el caso extremo de California cualquier delito puede contar como 'tercero'— y de la discreción que se de a los jueces para contar o ignorar las condenas previas.

Todos estos desarrollos concomitantes impiden culpar a una teoría penal del extremado incremento punitivo sucedido en la década de los ochenta y noventa en Estados Unidos, aun cuando desde luego en mi opinión es preocupante la incapacidad de las teorías penales para establecer límites normativos a ello.

Es evidente que ninguna teoría penal existente puede indicarnos exactamente cuando es apropiada una pena de prisión y cuando es ilegítima, o de cuanto tiempo puede ser una pena de prisión hasta que sea considerada inhumana. Pero también deben reconocerse abiertamente los riesgos *implícitos* en las teorías respectivas: la ideología de la prevención que permite justificar la severidad de los castigos al unir prevención del delito con castigo del delito; la teoría de la justicia que permite aumentar la severidad al sobreenfatizar el carácter 'merecido' de la pena.

Ello no nos debe hacer abandonar las discusiones de las teorías de los fines de la pena, pero si nos debe alertar sobre la extremada vulnerabilidad de las mismas y nos debe alentar a explorar caminos novedosos que permitan oponer una barrera de contención más eficaz a la utilización política del derecho penal.

Si hasta el momento he expuesto sucintamente las reformas que han tenido por objeto regular e incrementar el recurso a la pena de prisión, también es cierto que desde la década de los sesenta se suceden, con mayor o menor fortuna, experimentos con alternativas a la cárcel. La introducción en el nuevo código penal español de penas alternativas a la prisión proporciona una buena ocasión para prestar atención, también en este tema, a los desarrollos que se suceden en Estados Unidos.

Pienso que dos temas son los que sobresalen en el ámbito de las penas alternativas[3]. Por un lado la cuestión general de conseguir que su implantación permita en efecto disminuir la población reclusa de un país. Para ello se necesita algo más que su introducción en el código. La experiencia norteamericana demuestra que cuando menos se necesitan otras dos cuestiones: una Administración dispuesta a suministrar los medios necesarios y una cultura judicial atenta y comprometida con el fin descarcelatorio. En caso contrario, la mera introducción de penas alternativas en el código puede producir el fenómeno conocido como 'extensión de la red': se imponen nuevas penas alternativas a quien no hubiera recibido ninguna (o una de menor intensidad), con lo cual hay más gente en la cárcel y más gente sometida a alguna pena alternativa.

Un segundo problema genérico hace referencia a los amplios espacios de discrecionalidad que reinan en el terreno de las penas alternativas a la prisión. De resultas de ello, el juez tiene amplia potestad para aplicar o no la pena alternativa, optar entre varias e imponer las más variadas condiciones que deben cumplirse. Ello puede representar vulnerar la proporcionalidad que debe regir la aplicación de todas las penas. Además puede dificultar la aplicación igualitaria de las penas alternativas. Un juez represivo tenderá, para aumentar la severidad, a imponer muchas condiciones, que pueden resultar mas fácilmente infringidas; un juez que crea en la necesidad de un juicio individualizado pondrá mayor énfasis en el juicio de peligrosidad y evitará su aplicación aun cuando se den el resto de requisitos necesarios. Cumulativamente todos estos procesos pueden frustrar el fin descarcelatorio de las penas alternativas a la prisión.

Finalmente sólo quisiera mencionar que mi interés en estudiar el populismo punitivo que se ha producido en Estados Unidos desde inicios de los años 1980 no obedece a la creencia simple de que ello necesariamente se reproducirá en España. Pienso que se dan factores que explican las distintas realidades punitivas: una cultura judicial garantista, unos valores de tolerancia, la no utilización política del derecho penal y el convencimiento de que 'la mejor política penal es una política social'. Se trata de mantenerlos.

BIBLIOGRAFIA BASICA

1. El ataque a la indeterminación de las penas puede leerse en:
—American Friends Service Committee (1971). *Struggle for Justice*. New York: Hill and Wang.
—Frankel, Marvin (1972). *Criminal Sentences: Law Without Order*. New York: Hill and Wang.
2. La crítica al modelo resocializador y el surgimiento del 'just desert' (pena justa) puede verse en:
—Allen, Francis (1981). *The Decline of Rehabilitation: Penal*

[3] He desarrollado este tema más extensamente en Cid, Jose-Larrauri, Elena (1997) (coords) *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona, Bosch.

Policy and Social Purpose. New Haven, CT: Yale University Press.
—Morris, Norval (1974). *The Future of Imprisonment.* Chicago: University of Chicago Press.
—von Hirsch, Andrew (1976). *Doing Justice: The Choice of Punishments.* New York: Hill and Wang.
3. Un resumen del proceso de determinación de las penas y penas alternativas a la prisión puede seguirse en:
—Morris, Norval; Tonry, Michael (1990). *Between Pnson and Probation.* New York: Oxford University Press
—Tonry, Michael (1996). *Sentencing Matters* New York: Oxford University Press.
Una perspectiva comparada con Inglaterra, Australia y Canada se ofrece en:
—Clarkson, Chris; Morgan, Rod (eds.) (1995). *The Politics of Sentencing Reform.* Oxford: Clarendon Press.
4. Las últimas reformas penales pueden leerse en:
—Schichor, David, Sechrest, Dale (eds.) (1996). *Three Strikes and you're out. Vengeance as Public Policy.* London, Sage.
—Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon (1995). *Incapacitation. Penal Confinement and the Restraint of Crime.* New York: Oxford University Press