

Estado  
Pena y



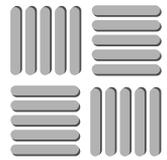
año 6 • número 6

# Cárceles

---

revista latinoamericana de política criminal

Otros barrotes



# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL *SENTENCING* Y SUS PROBLEMAS ACTUALES

---

---

DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

Facultad de Derecho de la U.B.A.

## I. INTRODUCCIÓN

Para aludir a las cuestiones vinculadas con la determinación de la pena, en términos internacionales se utiliza la voz *sentencing* (Jescheck 1993:785; Conseil de l'Europe 1987; Brodeur 1997:81; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:948).

Toda vez que la preocupación contemporánea se centra, necesariamente, en las penas privativas de libertad, con adecuación a la histórica distinción de Saleilles –1914– entre una individualización legal, judicial y administrativa, suele distinguirse, particularmente, entre un *sentencing* judicial y un *sentencing* penitenciario (Pavarini 1994a:267).

Como se advierte, el vocablo proviene del ámbito jurídico anglosajón, donde se denomina *sentencing* al proceso legal mediante el cual los jueces imponen una pena a quien ha sido condenado por la comisión de uno o más delitos. *Sentence*, a su vez, alude no sólo a la sentencia, sino también a la condena impuesta por medio de ella.

Así pues, el campo de estudios relacionado con este concepto es vasto y comprende cuestiones meta-normativas de derecho sustancial y adjetivo. Ordinariamente involucra a las teorías de la pena, cuestio-

nes históricas, sociológicas, penológicas y jurídicas relativas a ella, diversos sistemas de castigo como el basado en un esquema de penas fijas –en el sentido de inflexibles, predeterminadas legislativamente– y los sustentados en penas individualizadas e “indeterminadas”<sup>1</sup>, el estudio del catálogo de penas disponibles por la legislación y las formas de ejecución de aquellas, todas las cuestiones procesales atinentes al tema y muchas otras derivaciones (Walker y Padfield 1996; Ashworth 1989).

Como vemos, entendida como un área de estudios, el *sentencing* identifica las cuestiones que en nuestro contexto se analizan bajo el nombre de determinación de la pena, pero también parece desbordarlas.

En verdad, en nuestro medio es frecuente la afirmación de que estos estudios –en especial los relativos a la determinación judicial– han suscitado muy poco interés para los juristas, hasta muy recientemente. Se considera que frente a una gigantesca literatura que ha explorado las teorías o doctrinas de justificación de la pena y la teoría de los presupuestos del delito, la temática en comentario tiene una presencia insignificante. Ello, a pesar de la innegable trascendencia que el tópico posee para la disciplina jurídico-penal, pero, particularmente, para quienes sufren

<sup>1</sup> De esta manera, para evitar confusiones verbales, debe tenerse presente que el sistema de penas fijas, determinadas o predeterminadas, al igual que el de penas flexibles o individualizadas son especies del género: determinación de la pena (*sentencing*).

sus consecuencias (Hassemer 1984:133; Córdoba Roda 1982; García Arán 1982:5; Rodríguez Devesa 1985; Gallego Días 1985:1; Bustos Ramírez 1989:323,329; Maier 1996a:382; 1996b:14; Binder 2000:259; Zaffaroni Alagia y Slokar 2000:949).

Esta apreciación, sin duda, es acertada. Sin embargo, el hecho dista mucho de ser casual. Hay buenas razones para entender que el reciente interés despertado en los juristas europeo-continental –y a partir de ello, latinoamericanos– por la determinación de la pena se vincula con la problemática anglosajona –luego extendida universalmente– de un modelo de *sentencing* sustentado en la resocialización y en las penas individualizadas<sup>2</sup>.

En efecto, el intenso debate académico y político criminal sobre el *sentencing* que se desarrolló en los EE.UU. desde fines de los años 1960's y que se materializó entre los 1970's y los 1980' en modificaciones legislativas estructurales, no ha tenido un correlato similar, pero sí una importante influencia en el resto del mundo.

De este modo, para comprender con mayor lucidez las tensiones y problemas de la determinación punitiva del presente, tomar una posición más reflexiva al respecto e intervenir de manera más consciente en el tema, es necesario examinar la configuración de dos modelos modernos y antagónicos de *sentencing* que pueden concebirse como tipos ideales en el sentido weberiano (Weber 1969:7).

Como plantearemos, desde el siglo XVIII la experiencia penal de los países

occidentales se ha adecuado, en más o en menos, a uno u otro de estos modelos, aunque la característica del siglo XX han sido las formas híbridas.

Sin embargo, en los EE.UU. –durante el siglo pasado– se consolidaron de manera emblemática ambos modelos y la crisis que medió entre ellos resulta particularmente aleccionadora de las tensiones, puntos de encuentro, encantos y desencantos de las propuestas de renovación en materia de *sentencing*.

## II. CASTIGO Y MODERNIDAD. DOS MODELOS ANTAGÓNICOS DE *SENTENCING*

Lo que primero viene a la mente cuando pensamos en el castigo del Antiguo Régimen es la existencia de numerosas penas corporales y aflictivas. Entre ellas, resaltaba la pena de muerte, identidad por la cual se expresaban una aterradora variedad de suplicios que multiplicaban al infinito las respuestas posibles (Rusche y Kirchheimer 1983:20/23; Jiménez de Asúa 1956:287/297, Foucault 1989:39; Spieremberg 1984).

Para nuestros propósitos, sin embargo, es conveniente recordar que después del siglo XI, en toda Europa, los jueces tuvieron amplias facultades para elegir la clase y forma de ejecución de los castigos, e incluso para evitarlos. El mejor ejemplo de esta potestad fue la "pena arbitraria", instituto que en países como Italia y Francia se extendió desde el siglo XV hasta la revolución francesa, y que en Alemania pervivió desde aquellas épocas hasta mediados

<sup>2</sup> Desde una perspectiva anclada en lo local, Bustos Ramírez -1989- atribuye el interés sobre el tema a las propuestas de Hassemer y Jakobs con relación a la prevención general positiva. Toda vez que entendemos que muchas de las formulaciones contemporáneas de justificación del castigo son correlato de la crisis de la resocialización -y esta, a su vez, del modelo al que pertenece- la identificación de este despertar no resulta incompatible con nuestra afirmación.

del siglo XIX. (Jiménez de Asúa 1947; Asúa Batarrita 1989:421/422; Gallego Díaz 1985:17; Ferrajoli 1997:403).

La noción de arbitrariedad se vinculaba con la potestad del juez de obrar a su entero arbitrio o prudencia y, obviamente, no tenía el sentido peyorativo que transmite hoy día. Su antecedente inmediato provenía de las penas “extraordinarias” previstas por la *cognitio extraordinem* del Derecho Romano Imperial, retomado por el Derecho Canónico y expandido a partir del siglo XIII a la justicia secular.

Esta amplia discreción judicial, enmarcada en un contexto de competencias y leyes múltiples y solapadas, no siempre fue juzgada negativamente por los juristas modernos; algunos consideraron que aquella potestad también había permitido suavizar, en el caso en concreto, las severas penalidades previstas por las leyes<sup>3</sup>.

Sin embargo, el enorme poder de los jueces del Antiguo Régimen fue uno de los blancos de ataque predilectos del pensamiento iluminista del siglo XVIII y principios del XIX (Tomás y Valiente 1990:475; Ferrajoli 1997:403)<sup>4</sup>. Desde entonces esta preocupación retornará cíclicamente hasta nuestro presente.

Otro tipo de observaciones, alimentadas por la descripción del diagrama de poder soberano efectuada por Foucault

(1989:54), nos conduce a pensar que la arbitrariedad judicial puede haber constituido un dispositivo necesario para desempeñar hábilmente la función jurídico-política de reactivación del poder real. No una, sino “mil muertes”, para expresar el exceso del soberano en el ceremonial público del castigo.

Lo importante de todo ello es destacar que el derecho penal moderno reaccionará contra las prácticas del pasado –y contra sus propias reacciones– y, como consecuencia, sentará las bases de dos modelos de *sentencing* y formas híbridas que aun dominan el escenario penal de los países occidentales.

Estos esquemas pueden ser contruidos a partir de los discursos –de los que nos ocuparemos especialmente– representaciones y prácticas del castigo nacidas, a mediados del siglo XVII y del siglo XIX, respectivamente, y extendidas hasta el presente.

Puede estimarse que en el primer caso –la adopción del tipo puro–, cuando las tensiones inherentes se definen como “problema” la solución suele decantar en el traspaso legislativo e institucional al otro modelo. Por supuesto, identificar la existencia de una problematización no es una cuestión meramente teórica, sino que depende de razones económicas, políticas y sociales.

<sup>3</sup> Pacheco, en su *Código Penal concordado y comentado*, consideraba que: “...esa arbitrariedad misma erigía en sistema, dulcificando hasta cierto punto los más crudos castigos de las más antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servía de lenitivo a la inmensidad de sus males, y hacia más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, más bien, como correctivo de otra injusticia mayor. A tal punto de confusión se había llegado, que aquella, un mal, era remedio de otro mayor mal; y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habría encontrado insoportable” cit. Por Gallego Díaz (1985:40). Por diversos motivos, también fueron afines a este instituto autores positivistas como Dorado Montero, (1915) Saleilles, Silvela y el mismo Jiménez de Asúa, según su cita (1989:53/54).

<sup>4</sup> “Durante los últimos tiempos de la Ilustración se había difundido mucho por toda Europa la crítica al excesivo arbitrio judicial; se aspiraba a un juez sometido a las leyes, intérprete ciego y mecánico de éstas. Cuando con el Estado liberal se constitucionaliza la división de poderes es obvio que el legislativo alcanza una situación de preeminencia, y ello por dos razones: porque es el poder directamente representativo de la soberanía nacional y porque asume la función principal, esto es, la de legislar” (Tomás y Valiente 1990:475).

En los modelos híbridos los cambios resultan menos perceptibles, pues, acostumbrados a mayores contradicciones, las respuestas al problema condicionan una modificación de los componentes internos dominantes. De este modo, desarrollos jurídicos renovados suplantán los cambios de modelo.

A. El primer modelo, al que siguiendo un término ya utilizado llamaremos "Modelo de Justicia"<sup>5</sup> es de corte filosófico-político, racional y deductivo, usualmente se identifica con el Iluminismo contractualista o la Escuela Clásica del derecho penal<sup>6</sup>. Beccaria (1994), Bentham (1838) y Feuerbach (1989), se adelantan a muchos otros nombres para constituirse en sus representantes más ilustres.

Podemos definir este tipo a partir de las siguientes pautas distintivas:

144 |

- Sus autores están influenciados expresamente por la teoría política contractualista, o, al menos, plantean un desarrollo que se adecua muy bien a estos postulados –Bentham–.
- Los hombres son seres racionales y libres, guiados por el principio de utilidad o placer.
- El delito, sus causas, el juicio y el castigo se encuentran y responden en la misma ley.
- Sólo el legislador puede hacer las leyes y fijar los castigos correspondientes. La ley, sin embargo, puede ser una fórmula convencional o una verdad de la razón.
- Los delitos deben ser conocidos por todos, también las penas que son su consecuencia.
- El juez –*bouche de la loi*– sólo debe determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, no la pena que debe sufrir.
- La pena debe ser igual para todos, sustentarse principalmente en el daño producido por el delito y no en las intenciones o en la persona del delincuente. Por ello, debe ser cierta y fija –principio de legalidad punitiva por medio de la pena predeterminada–.
- La finalidad del castigo es la prevención de futuros delitos mediante la retribución justa. La justicia formal de las leyes garantiza la legitimidad penal. La pena debe ser lo suficientemente severa para prevenir el delito, debe disuadir a todos generando más costes que beneficios, pero no más que lo necesario.
- El castigo puede beneficiarse con la intimidación de quien ha delinquido, pero no debe procurar su reforma –dado que trata con hombres racionales– o, en todo caso, la reforma autónoma es deseable, pero ocupa un papel marginal.
- Para llevar a cabo esta prevención es necesaria la publicidad, tanto de la comisión penal como de la ejecución de la pena. La prisión sólo puede ser una más entre las penas, la cual debe vincularse con el delito cometido<sup>7</sup>.
- Para prevenir, las penas deben ser ciertas –en el sentido de ineludibles e inmodificables en el tiempo– y prontas –en el sentido de no distanciadas temporalmente de la comisión del delito–.
- El Estado se limita a arbitrar entre los ciudadanos mediante la imposición del castigo en los casos debidos.

<sup>5</sup> La distinción entre un "Modelo de Justicia" y un "Modelo Rehabilitador" o "Modelo Médico" se ha difundido en las lecturas anglosajonas con relativo éxito (así puede verse en Fogel 1978; Pires 1987; Hudson 1987; Cohen 1989; Cavadino y Dignan 1997). Por ello nos parece adecuado mantener esta terminología pero identificar libremente las pautas que, consideramos, mejor definen uno y otro esquema.

<sup>6</sup> En *Vigilar y Castigar* el modelo estudiado es ilustrado a partir de las propuestas de los "reformadores" por encontrar una nueva economía del castigo basada en un novedoso diagrama de poder.

<sup>7</sup> Bentham personalmente ligado a su proyecto de Panóptico (1989), parece desacordar en este punto. Sin embargo en sus textos también se preocupa por otras finalidades y medios punitivos.

Con posterioridad a la Revolución francesa y hasta la primer parte del siglo XIX, este modelo de *sentencing* tuvo notable influencia en Europa, EE.UU. y algunos países latinoamericanos (Garland 1987, 2001, Baratta 1991:23/27; Pavarini 1993: 27; Taylor, Walton y Young 1997: 19/24; Cullen y Gilbert 1989:28; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:272; Marteau 2003: 39/59)<sup>8</sup>.

Se afirma que la legislación que mejor plasmó este ideal fue el código revolucionario francés “Lepeletier”, de 1791 (Jiménez de Asúa 1956:309; Ferrajoli 1997: 403, 454, Gallego Díaz 1985:70/72; Rusche y Kirchheimer 1984:95).

Este código, texto en el que para muchos nace la prisión como pena dominante (Durkheim 1999:80; Rivera 1996:53) y que consagra esa muerte igualitaria, que “casi no toca el cuerpo”, mediante la guillotina (Foucault 1989:20/21), preveía una pena fija para cada crimen, cuyo cumplimiento sería inalterable (Gallego Díaz 1985:71/72). También un criterio de responsabilidad sin distinciones para reincidentes, jóvenes e insanos (Cullen y Gilbert 1989:31).

Con menor purismo, también encontramos muchos de estos rasgos en la obra de Feuerbach: el Código de Baviera de 1813, el Código Francés de 1810, el Código Imperial de Brasil<sup>9</sup>, de 1830, e incluso, en nuestras tierras, el Código Tejedor (Jiménez de Asúa 1956:311; Gallego Díaz 1985:85, García Arán 1982:26,37; Feuerbach 1989; Arnedo y Zaffaroni 1996). Todos ellos incluyeron un importante catálogo de penas predeterminadas o escasamente determinables por el juez que no

serían modificadas durante su ejecución, además de adecuarse a otras de las notas mencionadas.

Hoy día, se señalan como ejemplos contemporáneos, inspirados por el neoclasicismo, a muchas de las legislaciones norteamericanas sobre *sentencing* sancionadas a partir de los años 1980's; particularmente, a las *U.S. Sentencing Guidelines* que regulan el ordenamiento federal (Christie 1993:133/145; Zaffaroni 1993; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:993; Zysman 2004).

Como puede advertirse fácilmente, la aproximación penal garantista, estrechamente ligada con una teoría liberal del Estado y el imperio de la ley frente a los jueces u otros agentes del sistema de justicia penal, tiene, en sus distintas manifestaciones, un especial afinidad con este modelo. Ello se traduce en la preferencia por un sistema de penas delimitadas cualitativa y cuantitativamente por la legislación e inmodificables durante la ejecución (Ferrajoli 1997; von Hirsch 1986, 1998).

**B.** El segundo modelo en estudio, que identificaremos como “Modelo Resocializador”, es científico, terapéutico y asistencial. También es empírico e inductivo y suele identificarse con el correccionalismo penal, la corriente moderada de la Escuela Positiva y la criminología más ortodoxa. Además, está estrechamente vinculado con el desarrollo de las ciencias humanas y el dominio de la pena privativa de libertad entre las demás clases de pena. Fueron claros exponentes del mismo pensadores como Ferri –1928– en Italia, Von Liszt en Alemania –1995–, Brockway

<sup>8</sup> Debe destacarse que, sin perjuicio de las afirmaciones comunes, encontraremos variadas diferencias en la descripción de estos autores; también en la periodización del modelo en distintos países. Así, por ejemplo, el que efectúan Salvatore y Aguirre (1996) al estudiar las ideas penales clásicas y la prisión en Latinoamérica.

<sup>9</sup> Que, sin embargo, Zaffaroni, Alagia y Slokar admiten como el ejemplo más paradigmático de penas fijas. También Zaffaroni (1993).

–1871– en los EE.UU. o Dorado Montero –1915– y Jiménez de Asúa –1989– en España; pero también una gran cantidad de autores que han estilizado el discurso y cuya influencia llega hasta nuestros días.

Este esquema se constituye a partir de las siguientes pautas.

- El castigo debe analizarse desde una perspectiva científica; por lo tanto, es competencia propia de expertos penales –criminólogos, penitenciaristas o juristas–.
- No puede admitirse que los hombres sean iguales, libres, ni racionales y, por ende, no son enteramente culpables de sus actos.
- Existen individuos, pero también individualidades que deben contemplarse.<sup>10</sup>
- Ciertas personas están determinadas o, al menos, condicionadas a cometer delitos, por la confluencia de causales variadas.
- No puede castigarse a quienes cometen un delito, o, en todo caso, el castigo debe ser entendido como terapéutica o reforma individual.
- La pena debe individualizarse para el caso en concreto y extenderse cuanto sea necesario para cumplir con su finalidad.
- El sistema de justicia penal debe interesarse por el delincuente más que por el delito, dado que éste no es más que un síntoma de criminalidad.
- Las penas deben diversificarse en calidad o cantidad para responder a las singularidades de quienes delinquen –a pesar de que estas singularidades pueden clasificarse–.

- La ley puede ser un instrumento de intervención, pero no es un marco de referencia. La delincuencia y su respuesta no se encuentran limitadas legislativamente.
- La delincuencia es un problema que afecta al cuerpo social y el Estado debe intervenir de un modo activo frente al mismo, mediante conocimiento experto y asistencia.
- El encierro –prisión, reformatorio, penitenciaria, manicomio– ocupa un lugar referencial con respecto a las demás medidas penales.

Este modelo ha estado presente en muchas de las legislaciones e institutos penales desarrollados en los últimos años del siglo XIX que continúan informando nuestros códigos penales y prácticas punitivas. En verdad, durante gran parte del siglo XX, edificar un sistema penal correccional fue la meta común de muchos países europeos, norte y sudamericanos (Jiménez de Asúa 1956; Taylor, Walton y Young 1997:28; Garland 1987, 1999:186, 2001:27; Cullen y Gilbert 1989: 32/34; Del Olmo 1999, Salvatore y Aguirre 1996).

La gran mayoría de los códigos modernos que han incorporado disposiciones concernientes a un derecho penal de doble vía, a la individualización judicial de la pena, la *probation*, la condena y la libertad condicional<sup>11</sup>, entre muchos otros institutos asociados a la resocialización, demuestran rasgos que se identifican con este modelo.

<sup>10</sup> Recordamos que para Foucault (1989:197/198) las disciplinas implican una inversión del eje de la individualización. Esto pues, mientras en las sociedades premodernas, quien esta individualizado es quien ejerce el poder, en el régimen disciplinario, son individualizados los destinatarios del ejercicio de poder. Todas las prácticas "psi" se sustentan en esta inversión.

<sup>11</sup> La vinculación de muchas de estas medidas con la misma finalidad se ilustra particularmente en los debates y encuentros internacionales de fines del siglo XIX y principios del XX. Así, en el Sexto Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Bruselas en 1900, la propuesta de la pena indeterminada es rechazada en favor del instituto de libertad condicional (Asúa Batarrita 1989:423).

Además, en términos político-económicos, existe gran consenso en remarcar los importantes lazos que vincularon la difusión de estos institutos (o este modelo de *sentencing*) y el Estado de Bienestar o *Welfare State* (Garland 1987; 2001:27/51; Pavarini 1992, 1994b:77; Bergalli 2001; Rivera 2004:295).

Por otra parte, la mejor expresión de este modelo de castigo la encontramos en diversas leyes norteamericanas de “sentencia” o pena indeterminada, ensayadas por algunos estados norteamericanos desde 1876 –New York, para el reformatorio de Elmira– hasta mediados de los años 1970’s, época para la cual su dominio era indiscutible, dado que todo estado de los EE.UU. había desarrollado leyes de pena indeterminada para algunos de sus delitos (Tonry 1996:4).

Por medio de estas leyes se estableció que el juez sólo debería determinar un amplio rango de pena, o sólo un máximo, toda vez que la duración efectiva de la pena sería establecida por las autoridades penitenciarias en función del progreso en la resocialización.

El caso más emblemático de todos parece haber sido una recordada ley californiana del 1º de mayo de 1944. Por aquella ley se expresaba que: “toda persona condenada por delito que tenga señalado por Ley la pena de prisión en un reformatorio o en una prisión del Estado, salvo que sea colocada en *probation* o quede pendiente de nuevo juicio o se deje la sentencia en suspenso, será condenada a cumplir la prisión en una institución del Estado, si bien el tribunal al dictar la pena en sentencia no fijará el término o duración del período de internamiento” (cit. por

Asúa Batarrita 1989:432/433, con nuestro resaltado).

### III. CRISIS Y CAMBIOS. HISTORIA DEL TRASPASO DEL “MODELO RESOCIALIZADOR” AL “MODELO DE JUSTICIA” EN LOS EE.UU. (Y su influencia en otros países)

Dado que durante el siglo XX, el *sentencing* norteamericano constituyó el ejemplo histórico más ajustado al “Modelo Resocializador”, no es de extrañar que, duramente cuestionado al llegar los años 1970’s, experimentara una profunda crisis –dentro de lo que Garland –1987- llamo crisis del penal *welfare complex*- que decidiera su abrupto trasvase hacia formas reconocibles del “Modelo de justicia”<sup>12</sup>.

Por eso nos resulta de particular interés reseñar la singularidad de esta experiencia, altamente ilustrativa en cuanto a las consecuencias del “Modelo Resocializador” y las tensiones suscitadas por aquel, que con arreglo a lo expresado con anterioridad, parece haber sentado las bases contemporáneas para el desarrollo internacional de los estudios sobre el *sentencing*.

En efecto, el sistema de la pena indeterminada a la que nos referimos anteriormente, fiel exponente del “Modelo Resocializador”, dominó el escenario penal de los EE.UU. durante la mayor parte del siglo XX. Sin embargo, al finalizar la década del sesenta comenzó a ser cuestionada; años más tarde estas críticas depararon un brusco cambio de dirección, hasta entonces imprevisible en el escenario penal norteamericano (Garland 2001:53).

<sup>12</sup> Por un lado, es claro que realizar estas afirmaciones es dificultoso en el marco de cincuenta Estados legislantes y un ordenamiento federal. Con esas salvedades el diagnóstico de la tendencia parece poco controvertible.

En el curso de una década o tal vez menos, el ideal resocializador se derrumbó de modo precipitado y arrastró consigo a la pena indeterminada que le había dado vida (Cullen y Gilbert 1989:91; Allen 1998; Garland *ibid*).

Así, en muy poco tiempo se afirmó una nueva ortodoxia que estableció que los objetivos resocializadores eran insustentables y que los programas que perseguían este fin estaban desacreditados o, al menos, eran de dudosa confianza (Garland 1001:08)). En consecuencia, la pretensión resocializadora, hegemónica por casi un siglo, se vio desplazada a una posición marginal en el sistema de justicia penal (Morris 1985; Allen 1998:18; Garland *ibid*).

Este debate no solo se expandió por los EE.UU. sino que también influenció, notoriamente, la doctrina y la política criminal de Gran Bretaña, Suecia, Canadá y Australia, entre otros países anglosajones.

La bibliografía sobre el tema suele describir dos frentes antagónicos que coinciden en su ataque al llamado paradigma resocializador (Friedman 1993:306; Cavardino y Dignan 1997:51; Cohen 1988:355). De manera simplificada podemos decir que por un lado se manifestaron cuestionamientos que ligaron el aumento del índice delictivo durante lo 1960's con el fracaso preventivo de la reforma individual, su benevolencia injustificada con el delincuente y la discreción judicial y administrativa necesaria para conseguirlo. Este flanco, que se identifica con el pensamiento penal conservador o "realismo de derechas" (Young 1999; Platt 2002; Pegoraro 2002; Zysman 2005:259/65), bregó por un desplazamiento de la preocupación por el condenado hacia las víctimas del delito y reclamó penas mayores y de cumplimiento certero. En algunas ocasiones también resultó crítico del costoso andamiaje del correccionalismo penal, circunstancia que

se rebelaría particularmente influyente ante la crisis fiscal de los años 1970's (Rivera Beiras 2004:295).

Por otro lado, ingresó al debate una línea orientada por posiciones liberales y radicales que en una atmósfera definida por las contiendas por los derechos civiles, particularmente, de la población afroamericana (Gianmanco 1970; Jones 2001: 435, 525) deploró las consecuencias de la prisión y la angustia indefinida de la población carcelaria. Así también, llegó, incluso, a examinar –o directamente proponer– la abolición de la pena de prisión (von Hirsch 1986, Larrauri 1987:95).

Del mismo modo, se cuestionó que tras la noción de corrección individual y tratamiento terapéutico se escondía violencia y arbitrariedad, además de un incisivo ingreso del Estado norteamericano en el control de las personas (Cullen y Gilbert 1989: 110; Morris 1985:23). Esta cuestión, sin duda, ha constituido una preocupación relevante en el imaginario de la época. Muchas piezas de literatura y filmografía han captado el conflicto (Burgess 2003; Kessey 1977).

Así pues, estos movimientos, relacionados con los procesos internos y el telón de fondo de la guerra de Vietnam, reaccionaron contra el poder coercitivo del Estado para suprimir las protestas e iluminaron las profundas disparidades del sistema de justicia, cuestionando la legitimidad de la autoridad estatal y su sistema de movilidad de clases como una afirmación ideológica. Se expusieron en él los efectos del racismo, sexismo y desigualdad social que socavaban los ideales democráticos que los Estados Unidos abanderaban y esgrimían para la acción en otros países (Garland 2001:55/60).

Entre las expresiones más significativas y reconocidas de esta corriente se desta-

caron dos relevantes informes no gubernamentales que convocaron en sus filas a prestigiosos teóricos.

En este sentido, en 1971 se publicó una obra voluminosa –en la que además de académicos participaban activistas por los derechos humanos y ex-prisioneros– que constituía el informe del Working Party del American Friends Service Committee. Se llamó *Struggle for Justice* y criticó drásticamente las falencias del modelo resocializador y el tratamiento penitenciario al que consideraba “teóricamente errado, sistemáticamente discriminatorio, e inconsistente con algunos de nuestros más básicos conceptos de justicia” (Cavadino y Dignan 1997:49; Garland 2001:55/58).

En esta misma senda, en 1976 se publicó *Doing Justice: The Choice of Punishment*, un estudio preponderadamente teórico y de menor radicalismo que constituía el informe del Comité for the Study of Incarceration. En este caso, y debido al elevado número de participantes, su redacción final estuvo encomendada a Andrew Von Hirsch. Este autor pronunció múltiples críticas al uso ordinario de la pena indeterminada, la pretensión resocializadora sustentada en los pronósticos de peligrosidad, el desconocimiento del debido proceso legal en la fase de ejecución de las sanciones y la imposición de penas decididamente dispares, producto de todo lo anterior (Von Hirsch 1986).

Cabe destacar que al promediar los 1970's la consolidación de diferentes propuestas críticas a la resocialización formó lo que se conoció como *Justice Model*; un influyente programa de reformas en el que confluían diversos intereses políticos y teóricos y en el cual aparecían como protagonistas destacados los juristas defensores del debido proceso legal (Fogel 1978;

Hudson 1987:37; Cohen 1988:355; Pavarni 1991:20, 1994b:81). Esta experiencia se extendió exitosa y rápidamente a Canadá, Gran Bretaña, Australia y otros países anglosajones, aun cuando ninguno de ellos había tenido una tradición similar en legislación y programas de resocialización (Cavadino y Dignan 1997:50; Matthews 1999:169, 2002; Garland 2001:60).

En verdad, tanto la crítica anteriormente señalada como la crítica conservadora encontraron un poderoso respaldo en estudios empíricos que pretendieron demostrar cuantitativamente la historia fatídica de las experiencias correccionales. La expresión más ilustrativa de ello fue el famoso informe publicado por Robert Martinson en 1974.

En esa fecha, Martinson dio a conocer en la revista *The Public Interest*, “*What Works? –questions and answers about prison reform*”, un artículo que rápidamente capturó el interés de los especialistas en materia penal y cuya cita se perpetúa hasta el presente en la literatura especializada y los discursos oficiales. Este trabajo había adelantado una investigación más extensa, impulsada con otras intenciones en 1966, que involucraba a otros dos autores, y que en 1975 dio a luz en la forma de libro<sup>13</sup> (Martinson 1974; Sarre 1999; Miller 1999).

La obra presentaba y analizaba los resultados sobre reiteración delictiva de 231 evaluaciones de programas de tratamiento resocializador que habían sido especialmente seleccionados. Estos programas habían sido conducidos por diferentes investigadores entre los años 1945 y 1967, momento de apogeo de estas experiencias correccionales. El factor determinante de su interés se expresaba

<sup>13</sup> D. Lipton, R. Martinson y J. Wilks: *The Effectiveness of correctional treatment: A survey of treatment evaluation studies*, Praeger; New York, 1975.

en sus demoledoras conclusiones: "Con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos resocializadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido efecto apreciable en la reiteración delictiva" (Martinson 1974:25; Cullen y Gilbert 1989:111).

Mediante una aplicación coherente de estas expresiones, al final del artículo se esbozaba una pregunta retórica cuya respuesta fue difundida como disparador de la crítica correccionalista, ejerciendo enorme influencia en el pensamiento profesional y popular. Martinson cerraba su texto inquiriendo: "¿Nada funciona?" ("*Does nothing work?*").

En términos generales, en lo que atañe propiamente a la pena indeterminada, el movimiento crítico aludido afirmó que dicha flexibilidad había permitido una mayor lenidad y que la falta de certeza con relación a la pena que sería finalmente cumplida socavaba el efecto preventivo general de la sanción. Por otro lado, quienes se enrolaron en el *Justice Model* resaltaron que estas prácticas de *sentencing* habían llevado a condenas dispares, arbitrarias y globalmente más extensas, en las que la incertidumbre del condenado frente a su liberación se volvía una herramienta de gobierno carcelario y una pena adicional a la impuesta. Ambos ataques impugnaron las facultades discrecionales de los jueces y los agentes del aparato correccional y mostraron su preferencia por la intervención legislativa y las sentencias fijas o (pre)determinadas (Fogel 1978:160; Clarkson y Morgan 1995:4; Tonry 1996:4)<sup>14</sup>.

Así expresaba este conflicto el informe "Doing Justice" al que nos hemos referido: "Donde la pena es indeterminada, los males se componen con la agonía de la ausencia de certeza. Los internos están encerrados por años, con el suspenso insoportable de lo más importante de sus vidas –el tiempo de su liberación–. En forma no sorprendente, muchos prisioneros contemplan la pena indeterminada, quizás, como el peor rasgo de la existencia en prisión" (Von Hirsch 1986:31).

En este contexto, en 1976 el estado de California dictó la primera ley de sentencia (pre)determinada –*determinate sentencing*– de la época actual. A esta ruptura con la –muy asentada– política de *sentencing* de penas indeterminadas le siguieron los estados de Indiana (1977) y luego Illinois (1978).

En un intento de marcar con claridad su alejamiento de los principios rectores de la resocialización, la ley californiana mencionada especificaba que se proponía eliminar la disparidad y promover la uniformidad de condenas. Para ello adoptaba la retribución o justo merecimiento –*just desert*– como finalidad del castigo. Con respecto a los jueces, dejaba un estrecho marco punitivo aplicable a cada delito –la pena para la mayoría de los delitos se había fijado en tres niveles–, del que solo permitía ajustes menores, en orden a circunstancias agravantes o atenuantes. Para evitar la disparidad también se facultaba que las condenas pudieran ser apeladas a un tribunal superior. Al mismo tiempo se abolían las juntas de libertad condicional o *parole boards*, consideradas como la puer-

<sup>14</sup> La disparidad que el sistema permitía se observó tanto en las decisiones enormemente distantes de jueces diferentes –por ejemplo, casos en los cuales por el mismo delito se podía imponer veinte años de prisión y una multa sustancial, mientras que en otro el juez consideraba suficiente una condena de tres años, sin multa– como en las variadas decisiones para un mismo caso de un único juez. Esta percepción no se moderaba –como pensaban sus sostenedores años atrás– sino que se agravaba, con la intervención de las comisiones de *parole* que, en verdad, reproducían igual lógica con su poder de decidir la liberación.

ta trasera –*back door*– del *sentencing* judicial, es decir, el lugar por donde se colaba la discrecionalidad que finalmente determinaba el verdadero castigo; estas eran las responsables de que no pudiera “confiarse en la pena” (“*Truth in sentencing*”)<sup>15</sup>.

A partir de ello, las sentencias que los jueces pronunciaban debían ser cumplidas en su totalidad, aún cuando podrían ser reducidas por buena conducta en una porción que las leyes consideraban expresamente –y que en forma usual iría según los estados, de un tercio a la mitad de la sentencia– (Knapp 1989:112; Morgan y Clarkson 1995:9; Frase 1995:178; Tonry 1996:10).

Esta tendencia siguió fortaleciéndose. Las primeras evaluaciones de California y luego de Carolina del Norte concluyeron en que existía una efectiva disminución de la disparidad en las penas impuestas, y asimismo, una reducción en la extensión del promedio de las condenas (Tonry 1996:28).

En 1978 el estado de Minnesota sentará las bases del sistema de determinación punitiva o *sentencing* que se propagaría como línea principal hasta nuestros días.

En esa fecha, la legislatura del estado citado, adoptó un esquema de penas fijas o determinadas haciendo manifiesto su deseo de lograr condenas proporcionales y uniformes. Por estas mismas razones eliminó la *parole board*, tornando voluntarios los programas de tratamiento resocializador hasta entonces coactivos; al mismo tiempo, creó la *Sentencing Guidelines Commission*, destinada a implementar re-

glas numéricas y orientadoras –*presumptives*–, para las condenas de prisión por *felonies*, es decir, delitos que conllevaban más de un año de prisión. Asimismo, se estipulaba que la Comisión sería un cuerpo permanente, compuesto por un total de once integrantes entre los que habría jueces, fiscales y abogados defensores, oficiales del servicio correccional, expertos en políticas penales y simples ciudadanos.

Al poco tiempo la experiencia de las *sentencing guidelines* se difundió con rapidez constituyendo la nota general de las nuevas políticas en materia de *sentencing* (Frase 1995:169; Tonry 1996:29; Zysman 2004). En algunos estados como Pennsylvania (1982), lo hizo en forma parcial ya que pese a su implementación no eliminó a las autoridades de *parole*. En otros como Washington (1983-84), lo efectuó calcando la experiencia y liderazgo de Minnesota (Knapp 1989:113; Frase 1995:177; Von Hirsch 1995:150, 1998:25).

En 1987 la legislatura federal de los Estados Unidos implementó las *U.S. Sentencing Guidelines*, una compleja y severa legislación destinada a regir a lo largo del país para casi todo delito federal; de esta manera no sólo se ocupaba de todas las *felonies* sino también de algunos delitos menores –*misdemeanors*–. Con ello se inauguró el proceso de reformas más controvertido y criticado de la historia de los Estados Unidos. Se afirma que ha sido el que tuvo menos apoyo externo y recibió mayores cuestionamientos por parte de los jueces involucrados y los especialistas en la materia (Christie 1993:133/45; Tonry 1996:75; Doob 1995:201, 245<sup>16</sup>).

<sup>15</sup> Bajo el lema de “*Truth in sentencing*” se agruparon algunos de los movimientos de reforma del flanco conservador que reclamaban penas fijas, sentencias en las que “se pudiera confiar”, no como en el caso de las indeterminadas, de consecuencias insospechadas. Esta idea, obtendría posteriormente el amparo del gobierno federal que presionaría a los estados con variados “estímulos” para adecuarse a la nueva legislación.

<sup>16</sup> Antes de cumplir dos años de vigencia más de doscientos jueces federales escribieron o afirmaron en sus decisiones que el nuevo sistema era constitucionalmente inválido.

Esta reforma también daría los mejores argumentos para asociar el sistema de penas determinadas, el neoclasicismo expresado por el *just desert* y las *guidelines*, con uno de los instrumentos más aptos para el endurecimiento punitivo, circunstancia que en los 1980's se había vuelto un hecho indiscutible (Tonry 1996:72; Frase 1995:200; Christie 1993:141; Mauer, 1997a:183; 1997b).

Si bien no todas las *sentencing guidelines* tienen una estructura idéntica, puede afirmarse que en su mayoría se han basado en algunas características comunes. De acuerdo a Frase (1995:174; 1997:13/17) los rasgos generales serían éstos

- a. En primer lugar, si bien los fines u objetivos aparentes de las reformas son diversas, todas ellas reflejan el deseo de hacer el *sentencing* más uniforme, y eliminar disparidades no deseadas.
- b. También encuentra que la mayoría está orientada a delitos de cierta entidad –*felonies*–. Entre ellos los delitos de homicidio, violación, robo, secuestro, asalto agravado, hurto, fraude, delitos relacionados con la prostitución, etc.
- c. Pese a ello, además de las federales, unas pocas *guidelines* estatales incluyen también a delitos menores o  *misdemeanors*.
- d. Conforme con el esquema trazado por Minnesota, en la mayoría de los sistemas de *sentencing guidelines*, la *parole* ha desaparecido. Los condenados deben cumplir el tiempo completo en prisión, sujetos a una única posibilidad de reducción por buena conducta.
- e. Todos los estados basan sus *sentencing guidelines* principalmente en dos factores: las condenas previas o “historial criminal”, y la gravedad del delito cometido.
- f. Casi todos los Estados utilizan estándares numéricos contenidos en una o más tablas de dos dimensiones, definidas

por los parámetros recién referidos. Algunos de estos poseen una tabla especializada para delitos que involucran drogas. En realidad, las mayores diferencias entre las *guidelines* estatales, se relacionan con el puntaje de la “historia criminal”. También varían las fórmulas para sopesar los delitos anteriores y el uso de reglas que imprimen mayor severidad si el hecho antecedente es similar al juzgado; la actitud con respecto a los delitos anteriores, que pueden no computar, o computar en forma atenuada, y el peso que puede darse al hecho de que el condenado estuviera en probation o no, al momento del delito motivo de sanción.

- g. Algunas de las *sentencing guidelines* además de los fines de uniformidad propuestos, crecientemente han enfatizado la importancia de evitar la superpoblación carcelaria y hacer mayor uso de sanciones intermedias o comunitarias.

Como expresamos con anterioridad, este desplazamiento desde la resocialización hacia la retribución y la proporcionalidad en el *sentencing* también se reflejó en diversos proyectos y modificaciones legislativas internacionales. Así lo hizo el comité de derecho penal de Finlandia de 1976 (Christie 1984:54/58) y la *Criminal Justice Act* de 1991 para Inglaterra y Gales –donde recientemente (1999) se creó un órgano consultivo para aconsejar a los tribunales de apelación sobre el *sentencing*, el *Sentencing Advisory Panel*– (Cavadino y Dignan 1997; Walker y Padfield 1996; Ashworth 1987:118/119; 2002).

También recibieron esta influencia la *Canadian Sentencing Commission* establecida en 1984<sup>17</sup>, la ley sueca de reformas en el *sentencing* de 1998, y la Australia Law Reform Commission de 1998 (Pires 1987; Brodeur 1991; Tonry y Hatlestad 1997:8/10, 122/124; Doob 1997:171/172; Freiberg 1997:156).

#### IV. DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS SOBRE *SENTENCING*

En las páginas anteriores resumimos la historia institucional y temática del *sentencing* norteamericano. Hemos sugerido que de allí provino el reciente despertar del interés internacional sobre este tema.

Pero también en Europa continental, de modo relativamente reciente, se registró una preocupación jurídica y político criminal con relación a las penas.

Un bosquejo de la historia de esta evolución, destacaría, además, que en 1967 la doctrina jurídico-penal alemana sobre la determinación judicial de la pena alcanzó parámetros anteriormente desconocidos, debido a la publicación de *Strafzumessungsrecht*, la obra magna de Bruns, posteriormente ampliada y reeditada. Este autor sustentó su trabajo en los antecedentes publicados durante los años 1930's por autores como Drost en 1930, Exner en 1931, Grassberger en 1932 y Peters en el mismo año; posteriormente a la segunda guerra mundial, por Dreher, en 1947, Spendel en 1954, Weber en 1956, Stree en 1960 y Warda en 1962. Se entiende que el texto mencionado, a su vez, motivó la obra de Henkel de 1969, Zipf del mismo año, Haag en 1970, Frisch un año después 1971, Stratenwerth en 1972, Hertz en 1973 y Lackner en 1978, entre otras (Maurach, Gössel y Zipf 1995:690; Jescheck 1993:788.; Gallego Díaz 1985:2; Ziffer 1996, Crespo 1998).

En Italia, el primer referente contemporáneo, en gran medida aislado, se debe a la obra de Dolcini, *La commisurazione della pena*, publicada en 1979. En verdad, los antecedentes monográficos más cercanos se remontaban varias décadas atrás, a la obra de Girolamo Bellavista (1939), *Il potere discrezionale del giudice nell' applicazione della pena* (Gallego Díaz 1985:3/4; Ferrajoli 1997:399, 452).

En España, vinculados con la reforma constitucional y penal, desde fines de los 1970's se publicitaron artículos especialmente dedicados al tema, escritos por Quintero Olivares (1978), Luzón Peña, Bacigalupo y Gómez Benítez. Recién en 1982 se hizo público el primer libro enteramente destinado a la temática: Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, de García Arán (1982); (Gallego Díaz 1985:4; Crespo 1998:19; Luzón Peña 1998).

El interés sobre estas cuestiones también ha motivado diversas experiencias y encuentros europeos. En 1973, en el marco de las actividades realizadas por el Consejo de Europa, el subcomité presidido por Hall-Williams realizó una experiencia con jueces en la que intervinieron dieciséis países, con el objeto de analizar distintos casos penales reales<sup>18</sup>. Cada juez debía explicar, entre otras cosas, el mínimo y máximo de la pena en su país, la fundamentación de la pena que impondría, las circunstancias atenuantes o agravantes, el fin de la pena perseguido -distinguido entre disuasión o resocialización- y

<sup>17</sup> Mientras en EE.UU e Inglaterra y Gales se produjeron reformas que alteraron significativamente la práctica en materia de *sentencing*, en Canadá se llevó a cabo un importante y extenso trabajo en comisión, en el que intervinieron destacados especialistas, pero que no llegó a concretarse. Los primeros documentos de trabajo sobre el tema fueron: *Commission Canadienne sur la détermination de la peine* (1987), *Reformer la sentence: Une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada (1990), *Vers une réforme: Les Affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition*, Ministère de la Justice, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada (Brodeur 1991; Doob 1997)

<sup>18</sup> Comité européen pour les problèmes criminels, *Sentencing*, Conseil de l' Europe, Strasbourg, 1974.

acordar la pena que hubiese aplicado, tanto de acuerdo con el marco legal de su país, como en el caso en que tuviese total libertad.

Como resultado de ello, con solo examinar los primeros tres dossiers se advirtió que las diferencias entre medidas y penas propuestas por cada uno de los países eran por demás considerables (Kellens 1978:88/90).

Algunos años más tarde, en 1987, el octavo Coloquio Criminológico celebrado en el marco del Consejo de Europa se destinó a analizar el problema de la disparidad en el *sentencing* (Conseil de l'Europe 1989; Bueno Arús 1992). En este encuentro expusieron los representantes de Suecia, Francia, Holanda y Gran Bretaña.

Puede destacarse de este evento que el conflicto de tradiciones asentadas en los dos modelos de *sentencing* descritos trascendió también a la definición de disparidad. Por esto, luego de variados intentos se señaló que no eran disparidades las diferencias que podrían explicarse por razón del hecho enjuiciado o de la persona del delincuente, pero sí aquellas que hubieran de imputarse al azar, la personalidad, las opiniones personales o el estado afectivo del juez, la opinión pública, la propaganda difundida por los medios de comunicación o los deseos de las víctimas (Bueno Arús idem).

Las conclusiones y recomendaciones del coloquio reconocieron que no todos los países consideraban el tema como un problema, ni debían adoptar las mismas soluciones. Se estimularon medidas para adoptar una política coherente y consis-

tente para identificar los factores de determinación pertinentes o, en su defecto, un acuerdo con respecto a los que no podrían tener trascendencia en el tema. Todo ello, con el fin de dotar de previsibilidad al *sentencing*.

Del mismo modo, estas indicaciones puntualizaron la necesidad de una mayor formación técnica de los jueces y un análisis jurisprudencial de las prácticas efectivamente seguidas, la obligación de justificar los motivos por los cuales se dispone una pena y la posibilidad de recurrir las decisiones. También se dejó en claro que el interés debía dirigirse tanto con respecto a la determinación judicial como a la determinación ejecutiva de la pena, para evitar que esta última neutralizase los efectos de la primera.

Por lo demás, se recomendó proseguir con el estudio de estas cuestiones, elaborar estadísticas europeas y crear un grupo de trabajo para formular recomendaciones.

Sobre estas bases, en 1992 el Consejo de Europa dictó la recomendación Nro. 17 concerniente al *sentencing* (Council of Europe 1992, R 17) 19. Este documento se ocupa, entre muchas otras cosas, de abordar la disparidad injustificada como un problema al que debe responderse, respetando la imparcialidad de los jueces, a partir de una declaración de principios jerarquizados mediante la ley o de otro modo que permita darle coherencia y consistencia. Se entendió que esto no debería llevar a mayor severidad penal ni a discriminación por razones de color, género, nacionalidad o estatus social. Además, la pena prevista para distintos delitos debía ser coherente con su gravedad, los már-

19 Un resumen de los debates del grupo internacional de trabajo creado a resultas del coloquio ("Comité restringido de expertos sobre el pronunciamientos de las penas"), en 1988, y las propuestas de recomendación sobre el tema pueden consultarse en Bueno Arús (1992). El origen moderno de estos marcos penales parece remontarse al Código Penal francés de 1810, el cual modificó el sistema de penas fijas de 1791 del que hablamos anteriormente (Jiménez de Asúa 1956:315).

genes estipulados no muy amplios –los mínimos, incluso, deben poder franquearse por las circunstancias del caso– y las agravantes debían ser clarificadas por la ley o la práctica legal. También se entendió que requerían ser probadas más allá de la duda razonable. Del mismo modo, por aquella resolución se recomienda el estudio de la jurisprudencia por parte de los jueces, la confección de estadísticas, investigaciones y cooperación internacional en la materia.

Finalmente, para ilustrar el desarrollo de la literatura latinoamericana puede utilizarse el ejemplo de nuestro país. Entre fines de los 1960's y principios de los 1970's, Baigún y Chichizola publicaron libros sobre la individualización de la pena que, a pesar de su valor –y como resulta comprensible por la periodización europea mencionada con anterioridad–, no llegaron a ser representativos de los debates y lineamientos dogmáticos y político criminales que algunos años después adquirirá el tema en otros países.

Estimamos que recién en 1993, con la obra colectiva: *Determinación judicial de la pena* (1993) se avanza en este sentido, y se consagra en 1996 con el importante libro de Ziffer: *Lineamientos de la determinación de la pena*, que, a pesar de su título, se ocupa casi exclusivamente de la dogmática de la determinación judicial de la pena.

Como resultado de la apreciación conjunta de los últimos dos apartados podríamos entender que en los países en los cuales los estudios sobre la problemática del *sentencing* son abordados particular-

mente por los juristas, los debates han sido, básicamente, teóricos, desprovistos de perspectiva histórica, más detallados y casi exclusivamente dirigidos a lo que conocemos como determinación judicial de la pena.

En cambio, donde la reflexión ha surgido desde la criminología o penología –aun cuando también hayan sido acompañadas por importantes reflexiones de juristas– los debates teóricos han consistido en aproximaciones de mayor generalización, orientadas a la política criminal en materia de penas o se han basado en investigaciones empíricas. Además, en la mayoría de los casos, para comprender e intervenir en esta problemática han considerado necesario prestar atención, no sólo a la determinación judicial sino también a la ejecución de la pena privativa de la libertad –*sentencing* penitenciario–, momento en el cual la configuración de la pena se muestra particularmente decisiva.

Asimismo, donde se implementaron legislaciones que preveían o aun prevén una discrecionalidad judicial muy amplia y que carecen de una tradición dogmática jurídico-penal, muchos de los problemas relacionados con el *sentencing* se han planteado e intentado resolver a partir de importantes virajes político-criminales desde el “Modelo Resocializador” al “Modelo de Justicia”. Esto ha llevado la cuestión y las discusiones a terrenos mucho más visibles.

19 Un resumen de los debates del grupo internacional de trabajo creado a resultas del coloquio (“Comité restringido de expertos sobre el pronunciamientos de las penas”), en 1988, y las propuestas de recomendación sobre el tema pueden consultarse en Bueno Arús (1992).

## V. PROBLEMAS Y DEBATES ACTUALES EN MATERIA DE *SENTENCING*

Toda vez que, según hemos sugerido, el desarrollo de los estudios sobre el *sentencing* es relativamente reciente, tanto en el sistema jurídico de los países anglosajones como en el europeo-continental y en ambos casos –a pesar de sus innegables diferencias, por supuesto– se encuentra enmarcado en la crisis del “Modelo Resocializador” del que nos ocupamos páginas atrás, entendemos que para acercarse a esta temática resulta provechoso repasar –de manera muy panorámica, por cierto– los problemas y debates más destacados en ambas tradiciones jurídicas con relación al tópic.

Dado que al instituto de la determinación de la pena puede ingresarse mediante aproximaciones no normativas o normativas, y en este último caso, sustanciales y procesales, para comprender el estado de la cuestión será de interés introducirnos en preocupaciones de estos distintos órdenes.

### A. Discrecionalidad y arbitrariedad

Algunas páginas atrás mencionamos que la discrecionalidad judicial fue considerada un valor positivo durante el Antiguo Régimen. Después de atravesar un momento crítico durante el Iluminismo, esta discrecionalidad fue rescatada por razones científicas –y en algunos casos humanitarias– por los principales exponentes del correccionalismo y el positivismo criminológico.

A la importante influencia de esta tradición en las leyes y prácticas penales se debe el hecho que la discrecionalidad no

haya sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia hasta tiempos muy recientes. Desde entonces, la noción de discrecionalidad –identificada como arbitrariedad, en sentido peyorativo– se constituye en un problema para el *sentencing* y un exponente de los espacios de irracionalidad de las decisiones judiciales no escrutadas por el derecho (Magariños 1993:71; Ziffer 1993:89/90; Crespo 1998).

A diferencia de los estudios criminológicos, penológicos y político criminales que han planteado los problemas del *sentencing* con otra extensión, el concepto de racionalidad judicial en la imposición judicial de los castigos parece ser la preocupación dominante de los estudios dogmáticos –de tradición europeo-continental– que hemos mencionado (Maurach, Gössel y Zipf 1995:687, Roxín 1981:93; Ziffer 1993; 1996:29; Magariños 1993; Crespo 1998; Messuti 2005).

Así, en códigos penales como el nuestro, caracterizados por penas flexibles enmarcadas entre un mínimo y un máximo<sup>20</sup>, se ha advertido que más de un siglo debates sobre la teoría del delito no han sido acompañados por definiciones que permitan obtener una determinación de la pena racional; es decir, previsible, coherente y fundada.

De este modo, los estudios sobre la naturaleza de la discrecionalidad y la aplicación de derecho en la determinación de la pena, la fijación de los marcos punitivos sobre los cuales se aplicará, la difícil combinación de los principios de culpabilidad y prevención (casi con seguridad, una muestra de la hibridación de los modelos a los que aludimos), la identificación y ponderación de los factores relevantes para la

<sup>20</sup> El origen moderno de estos marcos penales parece remontarse al Código Penal francés de 1810, el cual modificó el sistema de penas fijas de 1791 del que hablamos anteriormente (Jiménez de Asúa 1956:315).

determinación punitiva, la *poena naturalis*, la taxatividad, indeterminación o sentido de las agravantes y atenuantes, observaciones sobre la sensibilidad del condenado a la pena o la prohibición contra la doble valoración *-ne bis in idem* sustancial- configuran los principales problemas analizados desde esta perspectiva (Magariños 1993; Jescheck 1993; Ziffer 1996; Maurach, Gössel y Zipf 1995:687, Roxin 1981:93, Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:999).

En Alemania, los intentos por estrechar esta irracionalidad han conducido a propuestas enmarcadas en las teorías de la unión. La teoría del ámbito de juego *-Spielraumtheorie-*, de la pena puntual *-Punktstraftheorie-* o la teoría del valor relativo o posicional *Stellenwerttheorie-* se presentan como expresiones contemporáneas de estos análisis. Sin embargo, un repaso de aquellas muestra como hilo conductor un importante acento en tecnicismos en lugar de preocupaciones materiales por la pena, su finalidad y funciones (Messuti 2005).

El caso más notorio internacionalmente y el más cuestionado en los EE.UU. por haber exacerbado el intento por excluir cualquier atisbo de discrecionalidad judicial en la pena, es el de las *U.S. Sentencing Guidelines* al que nos referimos anteriormente (Alschuler 1991:906; Albonetti 1997:789; Standen 2002:784).

Sin embargo, una de las mayores críticas es que esta la reforma ha aumentado la severidad sin aportar ningún otro beneficio, ya que también ha fallado en su meta principal de reducir la disparidad. Así, algunos autores han señalado temprana-

mente que la reducción de la discreción al momento de determinar la pena no ha desaparecido o mermado con las guías, sino que tan solo ha cambiado su lugar *-change of locus-* en el proceso penal.

Este argumento configura una de las críticas más difundidas y potentes del pensamiento jurídico norteamericano sobre el tema. Es particularmente interesante para nosotros, pues tiene influencia o aplicación parcial en otras legislaciones nacionales, europeas<sup>21</sup> y latinoamericanas que han incorporado juicios, procedimientos “abreviados” u otro tipo de instancias de acuerdo entre fiscales e imputados con relación al hecho y a la pena (Binder 1993; Ambos 1996; Ferrajoli 1997:746; Abad et al 1999; Anitua 2003:398).

Así se expresaba este reparo –que nos permitimos citar en extenso–, en un publicitado trabajo de principios de los 1990’s, crítico de la intención de las *sentencing guidelines* a la luz de las facultades intactas de los fiscales con respecto al *plea bargaining*: “No existe objeción a la discreción de los jueces en la determinación de la pena que no se aplique también en su completa medida a la discreción que ejercen los fiscales y defensores en el *plea bargaining*. Sin embargo, el poder político de los fiscales y el miedo a empantanar los tribunales han inmunizado largamente el *plea bargaining* –la parte más importante de la reforma en el *sentencing*. El movimiento de reforma no ha restringido la discreción tanto como la ha transferido de los jueces a los fiscales. En verdad, un sistema de *sentencing guidelines* que de frente prescribe penas severas pero deja sin restricciones al *plea bargaining*, es el paraíso de los fiscales. Las *sentencing*

<sup>21</sup> Anitua (2003:403) nos recuerda que el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación R (87) 19, de 1987, se pronuncia abiertamente por la incorporación de modos de aceleramiento de la justicia como el *guilty plea* estadounidense.

*guidelines* enmascaran la determinación de la *sentencing commission* de penas apropiadas. En realidad, las guías son armas de negociación –armas que habilitan a los fiscales, no a la *sentencing commission*, a determinar la pena en la mayor parte de los casos. En su operatoria las guías no establecen la pena; simplemente aumentan el poder del fiscal de hacer ello” (Alschuler 1991:926).

## B. Mínimos penales

Desde una perspectiva contemporánea diversa, algunos juristas de tradición europeo-continental, en expresión minoritaria, han planteado la posibilidad de considerar que los mínimos penales de las penas privativas de libertad, en algunas circunstancias –ante penas naturales o ilícitas–, o hasta cierto punto –mínimo natural en el que la pena se transforma en tasa–, no resultan vinculantes para el juez (Ferrajoli 1997; Zaffaroni, Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:951; Aguado Correa 1999:321 y Velázquez?:628; ambos citados por los últimos).

Este hecho, que en parte recupera la “benevolencia” –y los problemas asociados– de ampliar el marco de discreción judicial para realizar justicia en el caso en concreto, tiene sólidos antecedentes en el sistema legal anglosajón, donde, históricamente, la fijación del máximo satisface de por sí los requisitos del principio de legalidad (Ashworth 1989:110). Por el contrario, allí la imposición de mínimos legales obligatorios –*mandatory penalties*– suele provocar el rechazo de los jueces, quienes lo consideran una afrenta a la imparcialidad del *judiciary*. Estos mínimos, además, son

cuestionados pues acostumbran asociarse con imposiciones de las reformas penales más punitivas (Tonry 1996:135; Mauer 1997a:180)<sup>22</sup>.

En este sentido y como posible línea de desarrollo también debe tenerse presente que la Recomendación Nro. (92) 17 del Consejo de Europa que mencionamos con anterioridad, estableció que “...cuando sean aplicables penas mínimas, aquellas no deben impedir al tribunal tomar en consideración las circunstancias particulares en el caso individual”.

## C. Fundamentación

La discrecionalidad judicial también se vincula con las exigencias de fundamentación –sustanciales y procesales– de la pena impuesta y la posibilidad del control judicial sobre la determinación de la pena mediante recursos de revisión limitada, como el de casación.

Esta tendencia, también propiciada por la recomendación citada, se ha desarrollado recientemente en países como Alemania, España, o Argentina, acompañando a las demás preocupaciones mencionadas. Para ello debió vencer importantes obstáculos vinculados con la concepción de que un tribunal distinto del que determinó la pena no podría revisar las decisiones discrecionales basadas en las impresiones subjetivas que causó el condenado en los miembros del tribunal original (Maurach, Góssel y Zipf 1995:798/799; Conseil de l’Europe 1989; Ziffer 1996:182; Silva Sánchez 1987; Ramos Tapia 1999; Zysman 2002).

<sup>22</sup> Frente a los códigos penales europeo-continentales que desde el siglo XIX han fijado, como regla general, una pena máxima y una mínima para cada delito, en Estados Unidos, hasta los años 1870s, las leyes sólo fijaron una penalidad máxima por cada infracción penal. De esta manera, una vez que el juez condenaba a una pena, ésta era inmutable y el condenado debía cumplirla completamente. Lo único que podía modificar ello, en forma excepcional, escapaba a la decisión judicial; era el perdón o indulto del gobernador, a veces utilizado para conmutar parcialmente una condena a prisión (Barnes y Teeters 1963:567; Rotman 1995:173).

Algo similar ha ocurrido en los países del *common law*, donde el respeto por los poderes discrecionales del juez también ha sido la regla. Sin embargo, salvo en los EE.UU., la revisión de las penas impuestas mediante recurso de apelación –*appellate review*– ha sido el principal método utilizado para uniformar las penas (Walker y Padfield 1996:13).

En Norteamérica, bajo el dominio del sistema de penas indeterminadas, el criterio general indicaba que mientras la pena impuesta se encontrara en los marcos determinados por la ley, básicamente, ninguna revisión era posible (Alshuler 1991: 906). Se entendía que la apelación era conducente únicamente cuando el juez había alegado o se había excedido en la “autoridad” emanada de la constitución y las leyes a la hora de individualizar la pena. Así pues, las primeras revisiones provinieron de cuestionamientos relacionados con la prohibición constitucional de los “castigos crueles e inusuales”, con relación a referencias indebidas a criterios como la raza, etnia, u otros casos del estilo.

En verdad, no obstante que un gran número de Estados terminó rechazando la posición tradicional restrictiva, y dejó espacio a una mayor flexibilidad, la ausencia de parámetros para fijar las penas implicó que se hiciese imposible arribar a una revisión sustancial.

Se afirma que este panorama cambió drásticamente con el advenimiento de lineamientos en el *sentencing*, como el uso de *statutory guidelines* (La Fave e Israel 1992:

1100). En estos casos, tanto la defensa como la acusación, pueden recurrir un error en la aplicación de aquéllas.

#### D. Cesura del juicio

La cesura del juicio es un instituto de desarrollo reciente en el ámbito europeo continental que permite dividir el debate en dos partes<sup>23</sup>. En la primera se examinaría la existencia del hecho y la culpabilidad –interlocutorio de culpabilidad– o sólo la existencia del hecho –interlocutorio de hecho– y la segunda sería destinada, específicamente, a las cuestiones concernientes a la determinación de la pena<sup>24</sup>. La conveniencia de este instituto se sustenta en que permite resguardar al acusado de los efectos perniciosos de publicitar su pasado y vida actual –circunstancia necesaria para la individualización punitiva–, particularmente cuando aún no ha sido condenado, pero también porque la existencia de una única fase probatoria en la cual se acredite tanto el hecho delictivo y la participación como la pena resultaría conflictiva dado que limita ciertas estrategias defensistas que podrían esgrimirse. Finalmente, porque este mecanismo permitiría restablecer la importancia y trascendencia de la determinación de la pena al obligar a concederle un tratamiento diferencial y, por ello, más profundo y detenido. Además, se admite que esta última fase podría llevarse a cabo a puertas cerradas, sin menoscabo del principio de publicidad. (Maier 1984; 1996:382/385; Bertoni 1993; Bustos Ramírez 1989:329/330; Ziffer 1996:176; Binder 2000:258/259).

<sup>23</sup> Maier (1996) recuerda que esta propuesta se difundió a raíz de la recomendación del X Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1960.

Puede apuntarse que el instituto estaba previsto facultativamente para el caso de juicio por jurados en el proyecto de Código Penal Iberoamericano, y que hace algunos años se incorporó al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.922).

<sup>24</sup> Sobre las distintas propuestas, sus consecuencias y relación con las teorías de la unión, Ziffer 1996:177/181.

En verdad, esta cesura está asentada desde antaño en el procedimiento penal estadounidense. En él, una vez determinada la culpabilidad por reconocimiento del acusado o veredicto del jurado se prevé una audiencia para la determinación de la pena –o *sentencing hearing*– para la cual se elabora –usualmente los oficiales de *probation*– un *presentence report* en el que se documenta información del condenado que se considera relevante para tomar esta decisión (La Fave e Israel 1998: 28; Walker y Padfield 1996:24; Hendler 1996:130)<sup>25</sup>.

Como puede colegirse, muchas de estas preocupaciones se vinculan particularmente con la necesidad de la individualización del delincuente y de la pena, y, por ello, con la búsqueda de un mayor conocimiento de las características e historia del condenado (Foucault 1989), propio del “Modelo Resocializador”. Pero también responde a este esquema la concepción del acto del castigo como potestad técnica, privativa de los expertos penales.

### E. Prueba de agravantes y atenuantes

Otro de los puntos en los cuales *sentencing* y proceso penal se entrecruzan, es el relacionado con la prueba de los elementos que serán valorados como agravantes o atenuantes. Debido al raquitismo de este tema, o, directamente, por el aval de decisiones jurisprudenciales, principios y criterios de valor que gobiernan el proceso para establecer la certeza de un delito no siempre se han extendido con éxito a la determinación de la pena (Maier 1996: 500).

Esta circunstancia, aunada a otro tópico de relevancia, como es el relativo a la garantía a un juicio por jurados, fue tratada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. y continúa provocando un intenso debate en cuanto a las consecuencias de esta decisión en muchas de las legislaciones estatales.

En los Estados Unidos, cuando la legislatura definía ciertos actos como delito, incluía algunos hechos como “elementos” del mismo y otras condiciones que no necesariamente se consideraban relevantes a estos efectos. De este modo, se determinaba cuales hechos constituían el núcleo de prohibición y debían responder constitucionalmente al requisito de juzgamiento por ante un jurado y conforme con las reglas probatorias que requieren acreditarlos “más allá de la duda razonable”. Si las legislaturas se abstendían de identificar ciertos hechos como “elementos” del delito, incluyendo hechos relativos a la admisión de prueba, *sentencing*, *probation* y *parole*, la decisión sobre los mismos se trasladaba a los jueces, u otros integrantes del sistema de justicia. En estos casos se consideraba que no eran elementos del delito, sino factores de determinación de pena –*sentencing factors*– sólo relevantes a partir de la declaración de culpabilidad y verificables, sin más, a partir del requisito de la “evidencia preponderante” (Standen 2002:779; La Fave e Israel 1992:1093).

Este criterio, asentado durante la hegemonía institucional del sistema de penas indeterminadas, pero extendido a las legislaciones posteriores, mudó recientemente, a raíz de una seguidilla de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. que parecen haber culminado a principios de este año (2005).

<sup>25</sup> Para prepararlo se buscan los antecedentes delictivos existentes en los registros oficiales y suelen incluirse entrevistas con el condenado, representantes de la fiscalía y la policía, familiares y vecinos, empleadores y otras personas que puedan aportar elementos para definir atenuantes o agravantes previstos por la ley.

En efecto, en “*Apprendi v. New Jersey*” (530 U.S. 466, 490) del 2000, se estableció que “...cualquier otro hecho distinto a una condena anterior que incrementa la penalidad por un delito más allá del máximo prescripto por la ley debe ser puesto en consideración de un jurado, y probado más allá de la duda razonable”. Esta afirmación fue mejor precisada en “*Blakely vs. Washington*” (542 US 159) al expresar que el máximo previsto legalmente –*statutory maximum*–, con independencia de las denominaciones legales, es la pena más alta que un juez puede imponer, estrictamente, sobre la base de los hechos reflejados en el veredicto del jurado o admitidos por la defensa; no el máximo legal establecido para el delito (Standen 2002; Zysman 2004). Finalmente, en “*U.S. vs. Booker*”, de enero de 2005, la Corte Suprema concluyó en que los pronunciamientos de “*Apprendi*” y “*Blakely*” también se aplicaban a las *U.S. Sentencing Guidelines*, es decir, al complejo y vasto ordenamiento federal.

## F. Disparidad de penas y discriminación: algunos estudios

Para los parámetros modernos de racionalidad, la discrecionalidad judicial con relación a las penas puede implicar un “mal” por sí mismo. Con anterioridad hemos relatado los esforzados intentos dogmáticos por eliminarla o minimizarla. No obstante y sin duda, el problema de la discrecionalidad del que hablamos asciende de categoría (y gana especificidad) cuando se entiende que aquella se traduce en disparidad, incoherencia o ausencia de uniformidad en el *sentencing*.

La problematización de este aspecto, parte de tomar conocimiento, mediante estudios empíricos, que uno o distintos jueces pueden imponer penas diversas para casos considerados similares o penas similares para casos que se consideran diversos.

Este fue el caso de los EE.UU. donde este tema fue uno de los que mejor se capitalizó en la crítica norteamericana al instituto de la pena indeterminada y que mayor consideración ha recibido en la exposición de motivos de las leyes estadounidenses posteriores en materia de *sentencing*, por ejemplo, en las *sentencing guidelines* de los estados de Minnesota, Washington y el ordenamiento federal (Frase 1995:174, 1997:13/17; Doob 1995:204; USC 1984; USSG 1987).

Toda vez que los intensos debates norteamericanos sobre este punto se trasladaron rápidamente al Canadá, Gran Bretaña y los demás países del *common law*, no debería resultar extraño que el Octavo Coloquio Criminológico, celebrado en 1987, haya versado sobre las disparidades en el *sentencing* (Conseil de l’Europe 1987).

En verdad, si bien se ha entendido que la noción de disparidad en el *sentencing* entraña una dimensión normativa que debe ser definida previamente a cualquier afirmación comparativa al respecto (Ashworth 1991:116; Standen 2002:784) son muchas las lecturas que afirman que un sistema de *sentencing* orientado por la proporcionalidad entre gravedad del delito y pena –básicamente, el “Modelo de Justicia”– confiere menores atribuciones a los jueces que uno sustentado en la individualización de aquellas y, por lo tanto, una posibilidad efectiva de reducir las disparidades (Jareborg 1989:17; Ashworth 1989: 105).

Además, es posible que una lectura superficial sobre la disparidad en materia de penas pueda entenderla como un problema de educación y coordinación judicial para el cual cierto entrenamiento, modelos matemáticos e información estadística podría ser fructífera (Conseil de l’Europe 1987; Ziffer 1996:30; Crespo 1998:31). Sin embargo, como pudimos apreciar a partir del relato de la historia norteamericana, los

estudios empíricos sobre disparidad punitiva no han dejado de relacionar esta cuestión con variables como la raza, identidad nacional, género y posición social. Por esta razón, la disparidad de penas posee una importante identificación con la discriminación<sup>26</sup> y dado ello, el punto es problematizado, particularmente, en los países en los cuales estos conflictos resultan más visibles socialmente (Matthews 2003:272; Tonry 1996:56; Walker y Padfield 1996, Pavarini 1994a:237).

Sin embargo, esta dependencia con relación a los estudios empíricos también hace explicable que en lugares con importantes diferencias sociales, como Latinoamérica, donde no es arriesgado estimar que se presenta un suelo particularmente fértil para desarrollar este concepto, la idea de disparidad no haya tenido elaboración ni impacto.

162 | Retomando lo dicho, la llegada de las *U.S. Sentencing Guidelines* a las que hemos mencionado dio lugar a una gran cantidad de estudios de tipo empírico, que intentaron definir y medir la disparidad existente en el sistema de guías penales, a veces en comparación al sistema anterior, en base a muestras de las condenas aplicadas a casos similares.

Así por ejemplo, algunos trabajos han considerado que el impacto de aquellas en la disparidad de las penas entre jueces –definida como las diferencias en el porcentaje nominal de la extensión de la pena de prisión en casos comparables asignados a diferentes jueces– ha sido positivo.

En ese medio, las investigaciones y los cuestionamientos metodológicos que sus-

citan son incontables. Sólo para jugar un poco con cifras podemos señalar que el estudio de Anderson et al (1999) realizado con la ayuda de instrumentos del análisis económico muestra que la diferencia entre dos jueces típicos en el porcentaje de extensión de condena fue aproximadamente un 17 por ciento –4.9 meses– en 1986-87, cuando las guías no se encontraban en funcionamiento, para caer a un 11 por ciento –o 3.9 meses– en 1988-93 en los primeros años de operatividad de aquéllas. Este trabajo, aclara, no intenta medir el efecto de la *parole* en el sistema previo, ni la discreción de los fiscales o la proporcionalidad del castigo bajo las guías y en comparación a la etapa anterior.

A pesar de que también otras investigaciones coinciden básicamente en esta afirmación, el reconocimiento a la virtud de las *guidelines* no parece ser la posición dominante, siquiera en este tipo de estudios.

Otros estudios muy popularizados han llegado a conclusiones abiertamente discordantes. Así, Albonetti (1997) estudiando 14.189 condenas por drogas y un procedimiento multivariable pretendió responder: a) si las características del imputado –etnia, género, educación y estatus en la sociedad– influenciaban significativamente la severidad de las penas; b) si existía evidencia empírica de que los *guilty pleas* y los apartamientos de las *sentencing guidelines* –entendidos como mecanismos que podían afectar la idea de penas uniformes– afectaban significativamente los resultados; c) si la condición étnica de los condenados afectaba las variables estipuladas legalmente en las guías –nivel del delito, tipo de drogas involucradas, antecedentes delictivos, número de hechos–, y

<sup>26</sup> La recomendación del Consejo de Europa que mencionamos con anterioridad ha resaltado en el punto 7mo. que no debe haber discriminaciones en el *sentencing* por razones de raza, color, género, nacionalidad, religión, estatus social o creencias políticas de quien delinque o de la víctima. Factores como el desempleo, o las condiciones culturales o sociales de quien delinque no deben influenciar el *sentencing* para discriminar negativamente.

otras variables como los *guilty pleas* –reconocimiento de culpabilidad– y los apartamientos en la extensión de la prisión y la probabilidad del encarcelamiento.

Albonetti afirmó que en los casos estudiados, variables que se pretenden irrelevantes para el *sentencing* tienen un peso significativo.

Sostiene que el género de la persona condenada, la etnia, educación, y el estatus social, ejercen efectos significativos en forma directa en los resultados de la pena. Particularmente, llega a la conclusión de que las mujeres reciben condenas a penas menos severas que los hombres; que los jueces imponen penas más severas a ciudadanos extranjeros que a los norteamericanos, y más severas a los afroamericanos e hispanos que a sus pares blancos. De la misma forma, afirma que quienes poseen estudios secundarios se ven beneficiados frente a los que no los han completado.

En orden a la segunda pregunta reconoce que la segunda variable más importante es la posibilidad de apartarse de las estrechas penas de las *guidelines* y no las declaraciones de *guilty plea* como muchos trabajos críticos habían afirmado.

Finalmente, considera que en las guías federales la etnia condiciona el nivel base en el que se sitúa el delito, la puntuación del historial delictivo y el tipo de delito de drogas que será aplicable, y que lo hace en forma similar para afroamericanos e hispanos que se ven en desventaja frente a los ciudadanos blancos.

En un estudio más reciente, David Mustard arriba a similares conclusiones. Luego de examinar 77.236 condenados federales concluye en lo siguiente. Primero, que luego de controlar variables criminológicas, demográficas y socioeconómicas,

encuentra que los afroamericanos, masculinos y aquellos con bajos niveles de educación e ingresos reciben penas sustancialmente más extensas. Segundo, que las disparidades son primeramente generadas por los apartamientos de las guías –algunos legalmente establecidos– que por aplicaciones diferentes dentro de las posibilidades de las guías. Afirma que los apartamientos producen aproximadamente un 55 por ciento de las diferencias entre afroamericanos y blancos y el 70 por ciento de las diferencias entre hombre y mujer. Tercero, que a pesar de que las disparidades entre afroamericanos y blancos suceden a lo largo de todos los delitos, las mayores se apuntan en relación al tráfico de drogas. La disparidad hispano - blanco se genera primariamente por aquellos condenados por tráfico de drogas y posesión de armas de fuego/tráfico. Finalmente, concluye en que afroamericanos y los hombres tienen menos posibilidades de evitar la prisión cuando esta opción está disponible; menos posibilidades de recibir apartamientos benéficos, más posibilidades de sufrir ajustes más gravosos y, en el caso de recibir reducciones, que éstas sean menos significantes que las de los ciudadanos blancos y las mujeres.

Un estudio que no puede ser obviado en este ámbito es el trabajo de Marc Mauer. En 1990 el director del *Sentencing Project* dio a publicidad un informe impactante que generó notable repercusión en el ámbito académico, institucional y en los medios de comunicación de EE.UU. y otros países de habla inglesa. En el reporte “Jóvenes hombres negros y el sistema de justicia criminal” se establecía que en un día, uno de cuatro hombres negros entre los veinte y los veintinueve años de edad está bajo la órbita del sistema de justicia penal, ya sea en prisión, detención en una cárcel local, *probation* o *parole*. De este modo, los 609.690 hombres afroamericanos que por entonces se encontraban

sometidos a aquellas condiciones, excedían en mucho los 436.000 hombres negros, de todas las edades, que desarrollaban estudios superiores (Mauer 1997c:219).

Es verdad que, estas cifras, agudizadas en el transcurso de la década del noventa –al tiempo se hablaba de uno de cada tres hombres negros– e impactantes por sí mismas, no encuentran una explicación pacífica. Ahora bien, no obstante la criminalización secundaria, producto de las detenciones selectivas parece ser una pauta por demás indicativa, también se ha expresado en forma influyente que este caso es un producto de la disparidad en el *sentencing*, dado que bien puede ser atribuida a las severas penalidades –siempre privativas de libertad– previstas por las leyes federales con relación a drogas como el crack. Se estima que esta droga, a diferencia de otras variantes de la cocaína a las que se aplican penas sensiblemente menores, se comercializa, casi exclusivamente, por afroamericanos (Macdonald y Carlson 1997:238; Mauer 2001).

Ahora bien, como vimos al desarrollar el caso norteamericano, un punto sensible de la disparidad es el que concierne a la fase ejecutiva de la pena. Con relación a ello es de utilidad recordar el importante trabajo empírico llevado a cabo en Italia por Pavarini, durante el período de vigencia plena de la ley Gozzini –años 1987 a 1990–.

Por medio de esta ley se multiplicaron los institutos aplicables a la ejecución penal, intensificándose el poder discrecional de los jueces para determinar la pena privativa de libertad; por ello este prestigioso autor ha comparado aquella ley al sistema implementado a mediados de la década de 1990 por la Ley Penitenciaria Nacional

(argentina) Nro. 24.660 (Pavarini 1994b: 267; Pavarini 1999).

La investigación mencionada tuvo como objeto las decisiones de los tribunales de Brescia, Milán, Boloña, Florencia, Roma, L'Aquila, Nápoles, Bari, Calabria, y Palermo, según adelantamos, durante el periodo 1987 a 1990.

Sintéticamente –y considerando sólo algunas de las variables analizadas que se muestran relevantes para nuestro propósito<sup>27</sup>– a partir de este estudio se llegó a la conclusión que existían desigualdades geográficas y jurisdiccionales medianamente amplias con respecto a la concesión de ciertas medidas y amplísima con relación a alguna medida en particular. En todo caso, Boloña con una estadística de concesión de las solicitudes de semilibertad del 46,6 por ciento y del 9,1 por ciento de las detenciones domiciliarias, sobre una media nacional del 57,1 por ciento y 35,7 por ciento, respectivamente, se mostraba como la jurisdicción más severa, seguida por L'Aquila para algunos institutos como la libertad condicional.

También se observó que la variable género era determinante en la concesión de medidas como la semilibertad. Así, mientras, en general, para la semilibertad existía mayor facilidad de obtención que para el *affidamento in prova* al servicio social, en el caso de las mujeres esta diferencia resultaba –para beneficio de ellas– menos marcada, dado que se concedía en la misma medida en que se denegaba. Sin embargo, en el caso de los hombres las concesiones resultaban, estadísticamente, veinte puntos más bajas que las denegatorias. Esta tendencia también se comprobaba con respecto a la liberación condicional y la detención domiciliaria.

<sup>27</sup> También se evaluó el peso de un proceso pendiente, los dictámenes del equipo de observación tratamental, la opinión del Servicio Social de Adultos -C.S.S.A.-, de las fuerzas del orden -policía y carabinieri-.

De similar modo, se encontró que a mayor edad existía una facilidad progresiva para obtener el *affidamento in prova*, la liberación condicional y, como era previsible, la detención domiciliaria; mientras tanto, la edad no resultaba tan significativa para obtener la semilibertad y para el *affidamento in prova* de la legislación penitenciaria anterior.

También se relevó que, a diferencia de la liberación condicional y el *affidamento in prova*, el nivel de instrucción registraba, sorpresivamente, una decidida e inesperada indiferencia con relación a la semilibertad.

Sin embargo, la existencia de una pena cumplida con anterioridad también se mostraba significativa, particularmente, en el *affidamento in prova* y la libertad condicional. En el primer caso -a nivel nacional- ante la inexistencia de una condena anterior las concesiones eran del 52,30 por ciento de los pedidos, descendían al 42,20 por ciento si se valoraba una pena anterior de hasta dos años; si era de entre 2 a 5 años al 31,10 por ciento, entre cinco a diez años al 22,30 por ciento y entre diez a veinte años, al 7,10 por ciento de los casos.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El interés y los problemas contemporáneos en materia de *sentencing*, y de forma más acotada, de determinación de las penas, se desarrollan en marcos más extensos que los que nuestros escasos estudios jurídicos suelen otorgarle. En las páginas anteriores hemos pretendido ingresar a ellos a partir de distinciones conceptuales y ejemplos históricos que consideramos necesarios para una comprensión más lúcida de su desarrollo actual, tensiones principales, consecuencias y perspectivas de intervención eficaz.

Es claro que el tema no puede abordarse sin la vinculación con las doctrinas o teorías de la justificación penal -y en este sentido la difusión de justificaciones mixtas empaña en gran medida la cuestión-, pero también resulta indisociable de las nociones en disputa sobre fenómeno criminal y la intervención penal del Estado.

Hemos querido marcar, asimismo, que en las sociedades modernas donde tiene arraigo la pena privativa de libertad, el objeto de nuestro estudio debe ser entendido a partir de los problemas que afectan a la legislación, a la determinación judicial y a la ejecución de la pena.

En este sentido, los estudios empíricos pueden servir para identificar -y a veces problematizar- ciertos aspectos del *sentencing*. Muchas veces, con gran potencial crítico.

Por ejemplo, la noción de disparidad, reveladora de diferencias geográficas, sociales o raciales, resulta particularmente cuestionadora de la legitimidad estatal en materia punitiva y obliga a una detenida reflexión.

Esta reflexión deberá contemplar las posibles soluciones a la luz de los modelos de *sentencing*, los peligros de cooptación de las propuestas de cambio y el riesgo de implementar respuestas técnicas uniformadoras desprovistas de sustento teleológico y criterios de justicia. •

## Bibliografía y Documentación

- Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Abad, F., "Los Procesos Penales Especiales", en Edmundo S. Hendler (Dir.) *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- Aguado Correa, T., *El Principio de Proporcionalidad En Derecho Penal*, Madrid, 1999.
- Albonetti, C.A., "Sentencing Under the Federal Sentencing Guidelines: Effects of Defendant Characteristics, Guilty Pleas, and Departures on Sentence Outcomes for Drug Offenses", 1991-1992., en *Law & Society Review*, Vol 31, Num. 4, Pp. 789/822, 1997.
- Allen, F., "The Decline of the Rehabilitative Ideal", en Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth (Eds) *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy*, Pp. 14/19, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- Alschuler, A.W., "The Failure of Sentencing Guidelines: a Plea for less Aggregation", en *University Of Chicago Law Review*, Summer, Pp. 901 Y Ss., 1991.
- Ambos, K., "Procedimientos Abreviados en el Proceso Penal Alemán y en los Proyectos de Reforma Sudamericanos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1996.
- Anderson, J. M., Et Al., "Measuring Inter-judge Sentencing Disparity: Before and After the Federal Sentencing Guidelines", en *Journal of Law And Economics*, 1999.
- Anitua, G., *Justicia Penal Pública*, Del Puerto: Buenos Aires, 2003.
- Arnedo, M., Zaffaroni, E., *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo I, Az, Buenos Aires, 1996.
- Ashworth, A., "Techniques de Reduction des Disparités Subjectives dans le Prononcé des Peines", en *Conseil de L'europe, Disparités dans le Prononcé des Peines: Causes et Solutions. Rapports Presentes au Hutieme Coloque Criminologique*, Strasbourg, 1987.
- Ashworth, A., "English Sentencing Since the Criminal Justice Act 1991", en Tony M., Hatlestad, K. (Eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.
- Ashworth, A., "England and Wales: Sentencing Advisory Panel", en *Sentencing Observer*, Nro. 1.
- Asúa Batarrita, A., "Pena Indeterminada", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo Xix, Francisco Seix, Barcelona, 1989.
- Baigún, D., *Naturaleza de las Circunstancias Agravantes*, Buenos Aires, 1971.
- Baratta, A., *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1991.
- Barnes, H. E., Negley K. T., *New Horizons In Criminology*, 3er. Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1963.
- Beccaria, C., *De Los Delitos y de Las Penas*, Alianza, Buenos Aires, 1994.
- Bentham, J., *Teoría de Las Penas y de Las Recompensas*, 1838. (Obra Sacada de los Manuscritos de Bentham por Estevan Dumont), Manuel Saurí: Barcelona.
- Bentham, J., *El Panóptico*, Premià, Puebla, 1989 [1791].
- Bergalli, R., "Globalización y Control Social: Post-Fordismo y Control Punitivo", *Sistema* 160, 2001.
- Berlin, E. P., "The Federal Sentencing Guidelines' Failure To Eliminate Sentencing Disparity: Governmental Manipulations Before Arrest", En *Wisconsin Law Review*, 1993.
- Bertoni, E. A., "La Cesura del Juicio Penal", en Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires. 1993.
- Binder, A., "Límites y Posibilidades de Simplificación del Proceso", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da. Ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Brockway, Z., "The Ideal Of A True Prison System For A State", en *Transactions Of The National Congress On Penitentiary And Reformatory Discipline*, Ed. por E.C. Wines, Albany, Weed, Parsons., 1870. Disponible en <www.crimethereory.com>

- Brodeur, J. P., "Quelques Notes Sur la Reforme de la Determinación de la Peine Au Canadá", *Criminologie*, Vol Xix, Nro. 2, 1991.
- Bueno Arús, F., "La Determinación Judicial de la Pena y el Consejo de Europa", en *Actualidad Penal*, 1992-1.
- Burgess, A., *La Naranja Mecánica*, Minotauro, Buenos Aires, 2003 [1962].
- Bustos Ramírez, J., "Medición de la Pena y Proceso Penal", en *Hacia Una Nueva Justicia Penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989.
- Cavadino, M., Dignan J., *The Penal System. An Introduction*, 2da. Ed., Sage, London /Thousand Oaks/New Delhi, 1997.
- Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford.
- Cohen, S., *Visiones de Control Social*, Barcelona, 1988, [1985].
- Conseil de L'Europe, *Disparités dans le Prononcé des Peines: Causes et Solutions*. Rapports Presentes au Hutieme Coloque Criminologique, Strasbourg, 1987.
- Córdoba Roda, J., "Prólogo" a García Arán, M., *Los Criterios de la Deterterminación de la Pena en Derecho Español*, Universitat de Barcelona, Barcelona. 1982.
- Crespo, E., "Notas Sobre la Dogmática de la Individualización de la Pena" en *Nueva Doctrina Penal* 1998/A, 1998.
- Cullen, F. T., Gilbert, K. E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1989, [1982].
- Chichizola, M., *La Individualización de la Pena*, Buenos Aires, 1967.
- Christie, N., *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?*, Del Puerto: Buenos Aires.
- Del Olmo, R., *America Latina y su Criminología*, Siglo XXI, México, 1999 [1981].
- Dobb, A., "The United States Sentencing Commission Guidelines: If You Don'T Know Where You Are Going, You Might Not Get There", en Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Dorado Montero, P., *El Derecho Protector de los Criminales*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.
- Duff, A., Garland, D., "Introduction: Thinking About Punishment", en Duff, A., Garland, D., (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1994.
- Durkheim, E., "Dos Leyes de la Evolución Penal", en *Delito y Sociedad* Nro. 13, 1999, [1899-1900].
- Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2da. Ed, Trotta, Madrid, 1997.
- Ferri, E., *Sociología Criminal*, Góngora, Madrid, 1928 [1900].
- Fogel, D., "The Justice Model For Corrections", en Freeman, J. (Ed), *Prisons Past And Future (Cambridge Studies In Criminology)*, Heinemann, London, 1978.
- Foucault, M., *Vigilar y Castigar. El Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, México, 1989, [1975].
- Frankel, M. E., "Lawlessness in Sentencing", en *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 41, Nro. 1, 1972.
- Frase, R., "Sentencing Guidelines In Minnesota And Other American States: A Progress Report", en Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics Of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Frase, R., "National Developments – Sentencing Guidelines Are 'Alive And Well' In The United States", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.), *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.
- Freiberg, A., "Sentencing and Punishment in New South Wales", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.) *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.

- Friedman, L. M., *Crime And Punishment In American History*, Basicbooks, New York, 1993.
- Gallego Díaz, M., *El Sistema Español de Determinación Legal de la Pena. Estudio de las Reglas de Aplicación de Penas al Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- García Arán, M., "Los Criterios de la Determinación de la Pena", en *Derecho Español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982.
- Garland, D., *Punishment And Welfare: A History on Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987[1985].
- Garland, D., *Castigo y Sociedad Moderna. Un Estudio de Teoría Social*, Siglo XXI, México.
- Garland, D., *The Culture Of Control. Crime And Social Order In Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2001.
- Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- Hendler, E. S., 1996, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1984.
- Hudson, B., *Justice Through Punishment*, Mac Millan, London.
- Jareborg, N. "Disparités dans le Prononcé des Peines—Quelques Observations Generales" en *Conseil de L'Europe, Disparités Dans Le Prononcé Des Peines: Causes Et Solutions. Rapports Presentes Au Hutieme Coloque Criminologique*, Strasbourg, 1987.
- Jescheck, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Ed., Granada, Comares, (1993).
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, T.I, 2da. Ed., Losada, Buenos Aires, 1956.
- Jiménez de Asúa, L., *La Sentencia Indeterminada*, 2da Ed, Ediciones Jurídicas, Lima, 1989 [1947].
- Jones, M. A., *Historia de Estados Unidos*, Madrid, Cátedra, 2001 [1995].
- Kellens, G., "La Determination de la Sentence Penales de la Lunette Au Microscope", en *Deviance et Societe*, Vol 2, No. 1, 1978.
- Kessey, K., *Alguien Voló Sobre El Nido del Cuco*, Circulo de Lectores, Argentina, 1977 [1962].
- Knapp, K. A., "Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System", Chap. 7, en Goodstein, L., Mackenzie, D. (Eds.), *The American Prison. Issues In Research And Policy*, Plenum Press, New York/London, 1989.
- La Fave, W., Israel, J. H., *Criminal Procedure*, West Publishing Co, St. Paul, 1992.
- Larrauri, E., "Abolicionismo del Derecho Penal: Las Propuestas del Movimiento Abolicionista", en *Poder y Control* Nro. 3, Pp. 95-116, 1987.
- Luzón Peña, D., "Culpabilidad y Pena en el Código Penal Español de 1995", en Aa. Vv., *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- Macdonald, D., Carlson, K., "Drug Policies Causiggn Racial And Etnic Differences In Federal Sentencing", en Tonry, M., Hatlestead, K., (Eds.) *Sentencing Reform In Overcrowded Times*, Oxford University Press, New York, 1997.
- Magariños, M., "Hacia Un Criterio Para la Determinación Judicial de la Pena", en Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Maier, J. B. J., "La Cesura del Juicio Penal", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Maier, J. B. J., "Prologo" a Aa.Vv. *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996<sup>a</sup>.
- Maier, J. B. J., "Prologo" a Ziffer, P., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996b.
- Marteau, J. F., *Las Palabras del Orden. Proyecto Republicano y Cuestión*

- Criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880-1930)*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Martinson, R., "What Works? – Questions And Answers About Prison Reform", en *The Public Interest* 35, 1974.
- Matthews, R., *Doing Time. An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Macmillan Press, Houndmills/ Basingstoke/Hampshire/London, 1999.
- Matthews, R., "Reflexiones sobre los Recientes Desarrollos de la Política Penal desde la Teoría de los Sistemas", en *Panóptico*, 2002.
- Mauer, M., "La Fragilidad de la Reforma de la Justicia Penal en los Estados Unidos", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997a.
- Mauer, M., Ponencia presentada en Septiembre de 1997 ante el Symposium on the Federal Sentencing Guidelines, disponible En <[www.sentencing.org](http://www.sentencing.org)> (Citado 20.8.2000)
- Mauer, M., "Young Black Men and the Criminal Justice System", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.) *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/ Oxford, 1997c.
- Mauer, M., "The Causes and Consequences of Prison Growth in the United States", en *Punishment & Society*, Vol 3, Nro. 1, January (Número Especial sobre Encarcelamiento Masivo En E.E.U.U.), 2001.
- Maurach, R., Gössel, K. H., Zipf, H., *Derecho Penal. Parte General*, T. 2, Astrea Buenos Aires, 1995.
- Messuti, A., "Algunas Reflexiones sobre la Pena y el Pensamiento Penal", en Suplemento Penal de Eldial.Com ([www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar)), Junio, 2005.
- Miller, J. G., "The Debate On Rehabilitating Criminals: Is It True That Nothing Works?", en *The Washington Post* <[www.prisonworks.com/scans/rehab.html](http://www.prisonworks.com/scans/rehab.html)> (Citado 30.3.2005), 1989.
- Morris, N., *El Futuro de las Prisiones. Estudios sobre Crimen y Justicia*, 3era. Ed., Siglo XXI, México, 1985, [1974].
- Mustard, D. B., "Racial, Ethnic, and Gender Disparities in Sentencing: Evidence from the U.S. Federal Courts", en *Journal of Law And Economics*, PP. 285/ 312, 2001.
- Pavarini, M., "Historia de la Pena. La Justificación Imposible", en *Delito y Sociedad* Nro. 1, Pp. 9/21, 1992.
- Pavarini, M., *Control y Dominación*, Siglo XXI, México, 1993, [1980].
- Pavarini, M., *Lo Scambio Penitenciario. Manifiesto e Latente Nella Flessibilità Della Pena In Fase Esecutiva*, Martina Bologna, Bologna, 1994a.
- Pavarini, M., *I Nuovi Confini Della Penality. Introduzione Alla Sociologia Della Pena*, Martina Bologna, Bologna, 1994a.
- Pavarini, M., "Algunas Notas Críticas a la Luz de la Experiencia Italiana", introducción al libro Rivera Beiras, I., SALT, M. G., *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos. España y Argentina*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Pegoraro, J., "Derecha Criminológica, Neoliberalismo y Política Penal", en *Delito y Sociedad* Nro. 15-16, Buenos Aires, 2001.
- Platt, T., Takagi, P., "Los Intelectuales del Derecho y del Orden. Una Crítica a los Nuevos 'Realistas'", en *Delito y Sociedad* Nro. 15-16, Buenos Aires, 2002, [1979].
- Pires, A., "La Reforme Penale au Canada: L'apport de la Commission Canadienne sur la Determination de la Peine", en *Criminologie* V, Xx, Nro. 2, Pp. 11/55, 1987.
- Quintero Olivares, G., "Política Criminal y Determinación de la Pena", en *Doctrina Penal*, 1978.
- Ramos Tapia, M. I., "El Control del Arbitrio Judicial en la Individualización de la Pena", en *Cuadernos de Política Criminal* Nro. 69, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Pp. 613-633, 1978.

- Rivera Beiras, I., "Los Primeros Sistemas Penitenciarios en España", en Rivera Beiras, I., (Coord.) *La Cárcel en el Sistema Penal. Un Análisis Estructural*, Ed. Rev., M.J.Bosch, Barcelona, 1996.
- Rivera Beiras, I., "Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ('Nuevas' Racionalidades Punitivas y Posible Escenarios Penales)", en *Mitologías y Discursos sobre el Castigo*, Pp. 287/326, Anthropos, Barcelona, 2004.
- Robert, P., "Utilitarisme, les Economistes et la Délinquance", en *Archives de Philosophie du Droit*, To 26, Pp. 199/222, L'Utile Et Le Juste, 1981.
- Rodriguez Devesa, J. M., "Prólogo" a Gallego Díaz, M., *El Sistema Español de Determinación Legal de la Pena. Estudio de las Reglas de Aplicación de Penas al Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- Rotman, E., "The Failure Of Reform. United States, 1865-1965", en Morris, N., Rothman, D.(Eds), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Pp. 160/197, Oxford University Press, New York/Oxford, 1995.
- Roxin, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981.
- Rusche, G., Kircchheimer, O., *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá, 1983.
- Saleilles, R., *La Individualización de la Pena. Estudio de Criminalidad Social*, Madrid.
- Salvatore, R., Aguirre, C., *The Birth of the Penitentiary in Latin America*, University of Texas Press, Austin, 1996.
- Sarre, R., "Beyond 'What Works?' A 25 Year Jubilee Retrospective Of Robert Martinson". Paper presented at the History of Crime, Policing and Punishment Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with Charles Sturt University and held in Canberra, December 1999. <[www.aic.gov.au/conferences/hcpp/sarre.htm](http://www.aic.gov.au/conferences/hcpp/sarre.htm)> (Citado 30.3.2005).
- Silva Sánchez, J. M., "La Revisión en Casación de la Individualización Judicial de la Pena", *Poder Judicial* Nro. 6, Pp. 137/145, 1987.
- Spierenburg, P., *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Standen, J., "The End of the Era of Sentencing Guidelines: Apprendi V. New Jersey", en *Iowa Law Review*, Pp. 775/805, 2002.
- Taylor, I., Walton, P., Young, J., *La Nueva Criminología*, Amorrotu, Buenos Aires, 1997, [1973].
- Tomas y Valiente, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Tonry, M., *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1996.
- U.S.C., *United States Code*, 1984.
- United States Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, U.S.S.C., 1989, disponible en <http://www.ussc.gov/>
- Von Hirsch, A., *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Northeastern University Press, Boston, 1986 [1976].
- Von Hirsch, A., "Sentencing Guidelines in Minnesota and other American States: a Progress Report", en Clarkson, C., Morgan, R. (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Pp. 149/167, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Von Hirsch, A., *Censurar y Castigar*, Trotta: Madrid, 1998, [1993].
- Von Liszt, F., *La Idea del Fin en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1995, [1882].
- Young, J., *The Exclusive Society : Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, Sage, London, 1999.
- Walker, N., Padfield, N., *Sentencing. Theory, Law and Practice*, 2ed., Butterworths, London/ Dublin/ Edinburgh, 1996.

Weber, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México.

Zaffaroni, E., "Prologo" a Cristie, N., *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Ziffer, P. A., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

Zysman Quirós, D., "Sobre la Revisión de la Pena Impuesta en Juicio. La Situación en España y Argentina", *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Nro. 9, Pp. 65/75.

Zysman Quirós, D., "Determinación Judicial de la Pena, Poderes de los Jueces y Derecho a Un Juicio Por Jurados. Una Aproximación al Sistema Estadounidense de Sentencing Guidelines a Partir del Reciente Fallo "Blakely Vs. Washington", en *Nueva Doctrina Penal*, Pp. 627/667, 2004.

Zysman Quirós, D., "La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona, Cap. VI, en Rivera Beiras, I. (Coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, Anthopos, Barcelona, 2005.