



# APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

PABLO AGUIRRE ALLENDE

PAÍS VASCO

## EL "SENTENCING" EN EL DERECHO PENAL NORTEAMERICANO

**ABSTRACT:** El autor esboza el modo de determinación de las consecuencias jurídicas derivadas de una condena penal en los EEUU, centrándose en su regulación a nivel federal, así como en la ejecución de las penas o medidas de seguridad alternativas a la privación de libertad. Todo ello apuntando a algunos de los aspectos que más lo diferencian del sistema jurídico español.

Una de las falacias más frecuentes del proceso penal no es sino la creencia de que la labor del juez culmina cuando, partiendo de las pruebas practicadas y de los argumentos al respecto ofrecidos por las partes, aquel alcanza una decisión acerca de lo que coloquialmente solemos denominar la "culpabilidad", o no, de una persona determinada; esto es, la concurrencia, o no, de prueba suficiente de cargo, y, por ende, la calificación jurídica de la conducta que aquella hubiere protagonizado. Al fin y al cabo, y aun dejando al margen la ejecución de la decisión por la cual el Poder Judicial está igualmente llamado a velar conforme al art. 117.3 de la Carta Magna, en absoluto cabe ignorar que la determinación de la o las concretas consecuencias jurídicas resulta con frecuencia no menos compleja ni relevante.

Se trata este de un aspecto tan solo raramente puesto de manifiesto en las numerosas obras culturales, ya sean escritas como audiovisuales, ignorado por la mayor parte de las personas ajenas al Derecho pero, y he aquí lo más relevante, en ocasiones obviado por nosotros mismos, los propios juristas. Con independencia de que seamos más o menos conscientes de la creciente panoplia de penas, medidas de seguridad o, en general, posibilidades que la legislación contempla, lo cierto es que resulta difícil evitar la sensación de que la mayor parte no llega a emplearse o, cuando menos, no las aprovechamos en su plenitud.

Con esto me refiero a la labor de escoger el tipo de pena a imponer de entre las diversas categorías que el precepto penal pudiere prever; tarea esta la cual, recordemos, por mor del principio acusatorio plasmado en, por ejemplo, el art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), recae primordialmente sobre las partes acusadoras cuyas pretensiones necesariamente limitan a la Autoridad judicial. Sin embargo, la específica definición del alcance de determinadas consecuencias como, por ejemplo, los trabajos en beneficio de la comunidad del art. 49, las medidas de seguridad de los arts. 95 y concordantes o de los deberes de conducta a cuyo cumplimiento quedare supeditada la suspensión de la ejecución de la pena

privativa de libertad del art. 84, todos ellos del Código Penal (en lo sucesivo, "CP"), adolece de idéntico problema.

Con el fin de, precisamente, colmar las lagunas que al respecto el debate entablado a lo largo del proceso pudiera dejar abiertas, muchas de las jurisdicciones del "common law" recurren ya desde hace décadas al denominado "*presentence report*". Y esto, claro está, aprovechando su tradicional distinción entre la "*conviction*" (literalmente, "condena", en referencia a la decisión acerca de la culpabilidad de la persona de que se trate, por lo general resuelta inmediatamente después del veredicto del jurado, en caso de que este interviniera) y la "*sentencing*" (literalmente, "sentenciamiento", en tanto que dictado posterior del documento en el que queda plasmada la decisión íntegra del tribunal mediando su lectura más o menos resumida en audiencia pública). Sea como fuere, y con el prevenir posibles equívocos, no es este un instrumento necesariamente asociado a tal particularidad de los sistemas jurídicos anglosajones.

De hecho, el informe del equipo técnico adscrito a los Juzgados de Menores contemplado en el art. 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reviste una notable semejanza al "*presentence report*" regulado en las Reglas Federales del Procedimiento Penal ("FRCrmp", por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos de América ("EEUU").

En ambos supuestos se trata, en definitiva, y parafraseando la primera de las normas recién aludidas, de conocer al máximo posible "*la situación psicológica, educativa y familiar [de la persona de que se trate], así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas [o penas] previstas en la Ley*".

Fiel a la precisión así como el rigor técnico de los cuales hace habitualmente gala, el legislador estadounidense desgrana en el apartado (d) de la Regla 32<sup>a</sup> FRCrmp todos aquellos aspectos sobre los cuales el "*presentence report*" ha de ofrecer información; extremos estos que alcanzarían desde la situación médica, social y financiera de la parte de que se trate hasta la o las penas alternativas a las privativas de libertad disponibles para esta última, en los términos contemplados en las "*Advisory Sentencing Guidelines*" ("directrices consultivas de sentenciamiento") tales como, especialmente, la "*probation*".

Se trata esta última de una figura que, pese a ser comúnmente traducida como "libertad condicional", carece de equivalente en nuestro ordenamiento jurídico. De pretender hallar algún paralelismo, lo cierto es que se encuentra a caballo entre la medida de seguridad de libertad vigilada del art. 106 y la suspensión de la ejecución de una pena de prisión conforme a los arts. 80 y siguientes, todos ellos del CP. En esencia, implica el sometimiento a una serie de condiciones contempladas en el artículo 3563 del Título 18 del Código de los EEUU ("USC", por sus siglas en inglés) a lo largo de un plazo que variaría, al menos *a priori*, entre uno y cinco años de duración. De entre tales requisitos varios tienen carácter imperativo, como los de no cometer ningún delito durante el término de referencia, satisfacer la "*restitution*" ("resarcimiento" o "indemnización") reconocida a la víctima o someterse a controles periódicos de consumo de sustancias estupefacientes, mientras que otros son de naturaleza discrecional para el órgano judicial.

Quizá la condición más llamativa, siquiera por su presencia en el cine o la televisión, pero también por su nada desdeñable alcance, no sea otra que la de aceptar la supervisión de un "*probation officer*" (comúnmente traducido como "agente de la libertad condicional"). Dicha institución

ofrece ciertos paralelismos con los servicios de gestión de penas y medidas alternativas disciplinados en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, siquiera a modo de agente de la Autoridad judicial al cual esta última encomienda la ejecución de una o varias consecuencias dimanantes de una condena penal. Sin embargo, tanto el alcance como la intensidad de las funciones de estas últimas palidecen respecto las de aquel. Basta constatar que el artículo 3563 recién aludido contempla hasta 24 condiciones discrecionales posibles (<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3563>; obtenido el 30 de septiembre de 2022, a las 11.52 horas).

Varias de aquellas constituyen, en realidad, el reconocimiento al "probation officer" de facultades de muy diversa índole tales como la de verificar el cumplimiento de las restricciones a su libertad ambulatoria en tiempo real mediando sistemas electrónicos, visitarle en su lugar de trabajo o residencia, registrar esta última o su vehículo, documentación o dispositivos electrónicos sin necesidad de autorización judicial, o, en su caso, responder a cuantas solicitudes de información le formulare. A este respecto, el Tribunal Supremo de los EEUU viene consagrando la conformidad a la Constitución federal de tales condiciones en, por ejemplo, su sentencia *Griffin v. Wisconsin* (opto aquí y en lo sucesivo por respetar en la medida de lo posible la nomenclatura original), de 26 de junio de 1987.

Más concretamente, recuerda que la Cuarta Enmienda tan solo brinda protección frente a las "unreasonable search and seizures" (comúnmente traducida como «entradas y registros ilegales» si bien literalmente alude a las "no razonables", si bien ha de entenderse que comprende toda injerencia contraria a Derecho en el derecho fundamental a la intimidad personal, así como a la inviolabilidad domiciliaria y/o de las comunicaciones). Por consiguiente, y tras enfatizar la necesidad de garantizar la efectividad de la "probation", concluye que injerencias tales como las recién aludidas en la intimidad de la parte condenada serían al menos *prima facie* razonables y, por ende, constitucionalmente aceptables.

Y esto, claro está, siempre que el "probation officer" actúe basándose en indicios objetivos y no meras sospechas; estándar este, huelga decir, mucho más laxo que el de la "probable cause" (literalmente "causa probable", equivalente *mutatis mutandis* a nuestros "indicios racionales de criminalidad") judicialmente constatada ordinariamente exigible a las fuerzas policiales. Sea como fuere, las premisas subyacentes a tal decisión son las de que, por una parte, tales medidas tienen realmente por fin la protección de la parte voluntariamente sometida a "probation", y, por la otra, tal y como expresamente declaró *United States v. Knights*, de 10 de diciembre de 2001, que esta última carece de unas libertades comparables a las que disfrutaban el resto de los ciudadanos.

Todo ello, además, pudiendo el "probation officer", en caso de sospechar una vulneración de cualquiera de las condiciones impuestas, detener a la parte de que se trate sin necesidad de "warrant" ("orden" o "autorización judicial") y presentarla acto seguido ante Tribunal sentenciador. Y esto sin perjuicio de que este último pueda, en tal supuesto como en cualquier otro en que se revelare causa para ello, revocar la "probation" y volver a sentenciarlo debiendo, sin embargo, imponer una pena privativa de libertad como, en su caso, extender el término temporal a lo largo de la cual aquella hubiere sido concedida; revocación esta la cual, sea como fuere, resulta imperativa ante incumplimientos de, por ejemplo, incumplimientos del deber de someterse periódicamente a las pruebas de consumo de drogas anteriormente aludidas.

A tales efectos, recae sobre la parte condenada la obligación de responder verazmente a cuantas preguntas se le planteen tendentes a

verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas con la sola excepción de oponer la Quinta Enmienda de la Carta Magna norteamericana, la cual garantiza, recordemos, el derecho a la no incriminación; excepción esta la cual, sin embargo, se halla notablemente matizada en tales supuestos. A este respecto, el Tribunal Supremo de los EEUU, en su sentencia *Minnesota v. Murphy*, de 22 de febrero de 1984, dispuso que tal garantía tan solo impide compeler una respuesta en caso de que concurra un riesgo realista de que el declarante pudiere ser perseguido penalmente y no, por el contrario, en el de que la eventual consecuencia quedare limitada a una revocación de la "probation".

Como también viene entendiendo, en atención a idéntico razonamiento, que el "probation officer" no está obligado a efectuar la conocida como «advertencia Miranda»; esto es, y al menos en esencia, informar a la parte de que se trate de su derecho a no responder, así como a ser eventualmente asistido por un Letrado de su elección en los términos definidos en la sentencia *Arizona v. Miranda*, de 13 de junio de 1966. Sea como fuere, y teniendo presente la estrecha colaboración, por no decir semejanza, existente entre los servicios encargados de administrar la "probation" y las fuerzas policiales, hasta el punto de que los primeros en ocasiones emplean vehículos con distintivos, uniformes y/o armas de fuego, existe un vivo debate en torno al alcance de tales excepciones.

En definitiva, el sistema penal norteamericano permite, amén de un traje a medida con posibilidades más diversas que el nuestro, ya de por sí realmente variado, unos instrumentos mucho más vigorosos de supervisión tendentes a garantizar su eventual efectividad. En consecuencia, la transcendencia del "presentence report" salta a la vista en tanto propuesta más o menos completa de medidas adaptadas tanto a las necesidades del reo, los recursos al alcance de la Administración competente, así como los fines de toda pena plasmados en el artículo 3553, Título 18 USC; esto es, y a semejanza de en nuestro ordenamiento jurídico, los retributivos derivado del desvalor del ilícito de referencia, los de prevención general y especial y, además, los de promoción de la reinserción, expresados estos últimos como la necesidad de proveer a la parte condenada de cuidados médicos, formación o tratamiento correccional.

Conviene recordar esto último en la medida en que el sometimiento a planes específicos educativos, de formación, laborales o, incluso, culturales fuera del contexto penitenciario constituya un elemento mucho más frecuente en la "probation" que en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, programas de corte dinámico o evolutivo resultan relativamente corrientes, contemplando diversos escenarios o trayectorias de la parte condenada. Algunas de las más comunes implican la obligación de atender la o las ofertas de puestos de trabajo que el "probation officer" ofreciere; satisfacer determinados hitos sanitarios, educativos o laborales como presupuesto previo de la relajación de determinadas restricciones a la libertad ambulatoria; evitar ciertos ambientes, contextos, o, incluso, personas pertenecientes a específicas categorías.

Sea como fuere, existen otras más vinculadas a la "justicia restaurativa" tales como denominada "order of notice to victims" (siquiera aproximadamente, "orden de dar cuenta a las víctimas"), contemplada en el artículo 3555, Título 18 USC para supuestos de ilícitos que hubieren implicado forma alguna de "deceptive practices" ("literalmente, "prácticas fraudulentas" o "engañosas" en sentido amplio). En concreto, el Juez puede en tales supuestos, imponer a la parte condenada que, precisamente, indique no tan solo la condena recaída sino que también explique las razones que han conducido a ella en persona, por carta o, incluso, a través de los medios de comunicación tanto a las partes ofendidas como a otras u otras que pudieren

especificarse a tales efectos. No se trata esta, sin embargo, de la única garantía de los derechos de las víctimas.

De hecho, en vistas a garantizar una "restitution" lo más completa posible, el apartado (a) del artículo 3664, Título 18 USC, prevé que el "presentence report" habrá de contener un listado con las pérdidas sufridas por cada una de aquellas; información ésta que el organismo al que se haya encomendado su redacción habrá de previamente recopilar en los términos propuestos por la acusación pública, pero asegurando la participación de las propias víctimas así como de la defensa siguiendo un detallado procedimiento detallado en el artículo 3663. Como también habrá de comprender un listado completo de los activos de la titularidad de la parte acusada o que esta última controlare al tiempo de su arresto o imputación, así como un análisis acerca de las necesidades económicas de las personas dependientes a su cargo y de sus fuentes de ingresos, incluso potenciales.

A tales efectos, y ya con posterioridad al "sentencing", cabe encomendar al "probation officer" la supervisión financiera de la parte condenada a través de diversos mecanismos. El más básico es, obviamente, la obligación de responder verazmente a cuantas preguntas se le plantearen conforme a lo recién expuesto pero frecuentemente implica otras tales como la no concertar nuevos préstamos o líneas de crédito sin autorización previa (<https://www.uscourts.gov/services-forms/financial-requirementsrestrictions-probation-supervised-release-conditions> obtenido el 30 de septiembre de 2022, a las 11.32 horas). En cualquier caso, la parte condenada habrá de respetar el "Schedule of Payments" ("calendario de pagos") judicialmente acordado partiendo de lo al efecto propuesto en el "presentence report".

Llegados a este punto resulta preciso enfatizar que el "probation officer" es quien, precisamente, se ocupa de la preparación del "presentence report". Opera, en definitiva, como un verdadero delegado del Tribunal tanto antes como después del "sentencing", llegando a dirigir intercambios entre las partes intervinientes en el proceso, como el que se acaba de aludir en torno a la "restitution", tendentes a preparar el eventual "sentencing". Lo cual, amén de obviamente aligerar la carga de trabajo judicial y, por ende, incluso permitir comenzar a prepararlo sin haber concluido todavía el enjuiciamiento, también ofrece innegables ventajas desde el punto de vista de la garantía de los derechos de la parte pasiva de la causa de que se trate.

Más concretamente, el apartado (e) de la Regla 32 FRCrMP establece que el Tribunal tan solo podrá tener acceso al "presentence report" con posterioridad a la "conviction", salvo consentimiento expreso y por escrito de la parte acusada. El motivo no es otro que el de, precisamente, enervar todo riesgo de que la detallada y siquiera potencialmente íntima información contenida en aquel pudiere llegar a influir sobre el Tribunal y, por ende, la decisión que este último alcanzare, no ya sobre las consecuencias de una eventual condena, sino sobre la procedencia, o no, de esta última. Lo cual al mismo tiempo constituye una salvaguarda con el fin de incentivar la mayor colaboración posible por parte del reo; máxime en la medida en que la preparación del "presentence report" implica, cuando menos, una entrevista personal con este último, si bien brindando, claro está, a su defensa letrada, la oportunidad de participar.

En cualquier caso, el apartado (f) de la Regla 32 FRCrMP contempla un cauce a fin de que las partes puedan plantear, y en su caso, el "probation officer" resolver, aquellas objeciones que pudieren tener al respecto. Por supuesto, las partes retienen la posibilidad de plantear aquellas que no llegaren a resolverse a su entera satisfacción al Tribunal a fin de que este

último las resuelva, precisando, sin embargo, que habrán de ser planteadas por escrito cumpliendo unos determinados plazos. Como también habrán de proponer aquellos medios de prueba de los que pretendieren hacerse valer en la "*sentencing hearing*" ("vista" o "comparecencia de sentenciamiento") a celebrarse "*without unnecessary delay*" (literalmente, "sin retrasos innecesarios") tras la "*conviction*".

A la vista de todo lo anterior resulta fácil de comprender la nada desdeñable presencia que tanto el "*probation officer*" como su equivalente penitenciario, el "*parole officer*", ocupan en el acervo cultural estadounidense al cual, siquiera indirectamente, tan expuestos estamos. Reviste al mismo tiempo y en función del contexto tanto la condición de burócrata holgazán, implacable instrumento de represión criminal, como, en su caso, una suerte de figura tutelar a medio camino entre un marcado paternalismo y un sincero deseo en combatir las verdaderas causas del crimen; esto es, resulta un claro exponente de las contradicciones en mayor o menor medida inherentes a los sistemas penales contemporáneos pero, al menos en ocasiones, mostrando los extremos que, al menos desde la perspectiva de un jurista continental, exhibe el de los EEUU.

Incluso un somero vistazo a los orígenes y al desarrollo histórico del "*presentence report*", así como, en general, de los denominados "*pretrial services*" ("literalmente, "servicios previos al juicio") (<https://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pretrial-services/probation-and-pretrial-services-history>; obtenido el 30 de septiembre de 2022, a las 09.43 horas) permite comprobar que surgió a modo de respuesta frente a un fenómeno harto particular: el excesivo empleo de la prisión preventiva o de la imposición de penas de prisión, señaladamente cuando las únicas alternativas no eran otras que la "*bail*" ("fianza" en tanto medida cautelar personal) o las multas y demás sanciones pecuniarias, respectivamente. Sin embargo, ello no habría de impedirnos inspirarnos de aquellos de sus aspectos más valiosos de cara a promover no tan solo la flexibilidad de nuestro sistema, sino también su efectividad.