

LA CERTEZA DEL DERECHO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL “COMMON LAW”*

Maria Marquès i Banqué

Profesora Colaboradora de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili

Resumen: En un contexto de globalización, instrumentos de cooperación internacional y reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal, debemos preguntarnos por los valores constitucionales subyacentes en las normas e instituciones penales de los sistemas jurídicos con los que estamos llamados a relacionarnos. Desde esta perspectiva, objeto de este artículo es el análisis de uno de los valores del Estado de Derecho como es la idea de certeza del Derecho y, más concretamente,

Recibido: septiembre 2016. Aceptado: febrero 2017

* Este trabajo es resultado de una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la *University of Technology Sydney*, Australia. Agradezco a The Hon Justice Brian J. Preston, *Chief Judge of the Land and Environment Court of New South Wales*, la hospitalidad y generosidad intelectual con la que me recibió, permitiéndome conocer de primera mano el funcionamiento del tribunal y el sistema JIRS de información judicial.

su respeto en los sistemas de individualización de la pena en el “common law”. El trabajo se estructura en dos partes. La primera se centra en la evolución de la idea de certeza del Derecho en Inglaterra y Gales y en Estados Unidos, con el objetivo de comprender mejor el contexto jurídico cultural de los sistemas actuales de individualización de la pena. En el segundo apartado, se describen las principales características de los sistemas basados en directrices utilizados hoy en día en estos dos países, así como un ejemplo de sistema alternativo en un estado australiano. La principal conclusión del análisis es que, en el ámbito de la individualización de la pena en el “common law”, existen suficientes mecanismos para garantizar, o cuando menos promover, la consistencia, como eje central que dota al sistema de predictibilidad, accesibilidad y transparencia de las resoluciones judiciales, si bien la evolución histórica y las continuas reformas operadas en este ámbito, sugieren un escenario de permanente tensión.

Palabras clave: Certeza del Derecho, individualización de la pena, “common law”.

Abstract: In a context of globalization, increasing international cooperation and mutual recognition of judicial decisions in criminal matters, we must draw our attention to the underlying constitutional values in the rules and criminal institutions of foreign legal systems. From this perspective, this paper aims to analyze the idea of legal certainty, as one of the values of the rule of law. Specifically, this paper focuses on how common law system embraces this principle in sentencing. The paper is divided into two parts. The first section focuses on the evolution of the idea of legal certainty in England and Wales and in the United States, with the aim of better understanding the cultural and legal context of the existing sentencing systems. Second section describes the main characteristics of the systems based on sentencing guidelines in these two countries, as well as an example of an alternative system in the Australian state of New South Wales. The main conclusion of the analysis is that in the common law system there are sufficient mechanisms to ensure -or at least promote- consistency as the central axis that provides the system with predictability, accessibility and transparency of judicial decisions, although the historical evolution and ongoing reforms implemented in this area, suggest a scenario of permanent tension.

Keywords: legal certainty, sentencing, common law.

Sumario: I. Introducción. II. La idea de certeza del Derecho en el “common law”. 1. La idea de certeza del Derecho y la doctrina clásica del precedente en el Derecho inglés. 2. De la idea de certeza del Derecho al concepto de indeterminación jurídica en Estados Unidos. III. La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el “common law”. 1. Las “sentencing guidelines” en Estados Unidos. 2. Las “sentencing guidelines” en Inglaterra y Gales. 3. Una alternativa al sistema de “sentencing guidelines”. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción.

Aquellas y aquellos que nos formamos en Derecho durante el último tercio del S.XX, hemos asistido con el cambio de siglo a la configuración de un nuevo orden mundial cuyas profundas consecuencias económicas, políticas, jurídicas, sociales y culturales nos obligan cada día más a levantar la vista y mirar más allá de nuestro entorno jurídico-cultural.

En una rama del Derecho positivo público como es el Derecho penal, el estudio de los principios e instituciones de los distintos sistemas jurídicos ha cobrado una nueva dimensión. En las últimas décadas, el Derecho penal internacional, la construcción de la Unión Europea, los fenómenos criminales globales y la necesidad de articulación de mecanismos de cooperación internacional para hacerles frente, ha centrado la atención de no pocos penalistas e internacionalistas. Hoy el debate, desde siempre tan complejo por la sensibilidad política de la materia penal y su vinculación con el concepto de soberanía, no puede ignorar la emergencia de nuevos discursos en torno a la reacción del Derecho al fenómeno de la mundialización.

En el ámbito del Derecho penal, la necesidad de prestar atención a los demás sistemas y ordenamientos jurídicos con una óptica ampliada, tiene especial sentido entre aquellos que en su día defendieron el garantismo penal y es también coherente con los que, en el marco del debate europeo sobre la aproximación de los sistemas penales, postulan la vía de aproximación de

principios penales comunes, junto con la vía de aproximación institucional¹.

Además del estudio comparado de cuestiones particulares con el fin de evaluar su eventual incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, hoy el interés debe ser también y con carácter previo, por los valores constitucionales subyacentes en las normas e instituciones penales de los sistemas jurídicos con los que estamos llamados a relacionarnos. Pongamos como ejemplo el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, materia objeto de convenios bilaterales y regulada con mayor alcance en la Unión Europea en el marco de la cooperación judicial penal, cuya más reciente manifestación legislativa en España es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

Sin entrar en los fines político-criminales, el origen y el alcance de tal reconocimiento, lo cual en sí mismo sería objeto de otro artículo, la cuestión previa a plantearse es la siguiente: ¿deberíamos aceptar este mecanismo, ya sea en el contexto europeo o con relación a terceros países, si observáramos quiebras fundamentales de los valores constitucionales en los sistemas de imposición de condenas de estos países? Esta cuestión se plantea, por ejemplo, con relación a la consideración a efectos de reincidencia de las sentencias firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea (art. 22 CP), así como de las sentencias impuestas por “jueces o tribunales extranjeros” en algunos delitos específicos (art. 177bis 10, art. 190, art. 375 y art. 388 CP).

La pregunta, y la actitud manifestada con ella, lejos de querer expresar desconfianza por los mecanismos nacionales y supranacionales de control constitucional y de respeto de los derechos humanos hoy en día existentes, quiere sencillamente hacer hincapié en el rol crítico y activo que como académicos

1 BERNAL DEL CASTILLO, J., *Derecho Penal Comparado. La Definición Del Delito En Los Sistemas Anglosajón Y Continental*, Barcelona, 2011.

del ámbito del Derecho público estamos llamados a jugar en el proceso colectivo de desarrollo de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

Con este interés, objeto de este artículo es el análisis de uno de los valores del Estado de Derecho, como es la idea de certeza del Derecho y, más concretamente, su respeto en los sistemas de individualización de la pena en el “common law”. Antes de proseguir, resulta necesaria una observación que desde luego trasciende lo terminológico. Desde una óptica europea continental, el principio y valor constitucional objeto de análisis sería estrictamente el de seguridad jurídica y no únicamente la cuestión de la certeza del Derecho como dimensión subjetiva del mismo o posibilidad de conocimiento del Derecho por parte de los ciudadanos. En el contexto del “common law”, el término utilizado en su día fue el de “legal certainty”, cuya evolución y traducción literal no se corresponden exactamente, como se verá, ni con el concepto de seguridad jurídica ni con el de certeza del Derecho aunque, como es lógico, comparta la esencia de su significado.

En el contexto de este trabajo y sin desconocer las objeciones que pueden hacerse al uso indistinto de ambos términos, he optado mayoritariamente por el uso de la expresión “certeza del Derecho”. Con ello, me propongo estrictamente subrayar la contraposición entre el ideal de certeza y la idea de flexibilidad, tan arraigada en la cultura jurídica anglosajona.

El análisis de la cuestión planteada en estos términos, se estructura en dos apartados. En el primero, abordaré la idea de certeza del Derecho en Inglaterra, cuna del “common law”; y en Estados Unidos, como uno de los ejemplos de evolución de este sistema que mejor sirve al propósito de este trabajo². Como es

2 En todo el texto me referiré al Derecho inglés (y, en ocasiones, de forma expresa a Inglaterra y Gales) y no al Derecho británico o Derecho del Reino Unido, por razones históricas conocidas y recordadas habitualmente en el contexto del Derecho comparado: Escocia empezó a incorporar el “common law” a partir de la unificación con el Reino inglés, en una época en que el

lógico, no es ni podría ser objeto de estas páginas un análisis del principio de seguridad jurídica o del ideal de certeza del Derecho desde la Filosofía del Derecho o del Derecho constitucional, lo cual requeriría otras manos más especializadas. La finalidad del primer apartado es comprender mejor la cultura jurídica y actitud actuales de los operadores jurídicos de estos países con relación a la idea de certeza del Derecho, y con relación a aquellos mecanismos que, desde su perspectiva, pueden comprometer la idea de flexibilidad.

En el segundo apartado, centraré ya la cuestión en el ámbito de la individualización de la pena. Describiré las principales características de los sistemas utilizados hoy en día en estos dos países así como un ejemplo de sistema alternativo en un estado australiano. La finalidad del apartado es verificar qué mecanismos se utilizan en países con el sistema jurídico de “common law” para la consecución, en la individualización de la pena, de uno de los valores inherentes al Estado de Derecho.

II. La idea de certeza del Derecho en el “common law”.

Cualquier persona que se haya aproximado al estudio de los diferentes sistemas jurídicos en el mundo, sabe de la imposibilidad de tratar actualmente de forma unitaria el Derecho anglosajón, expresión que utilizamos con frecuencia y con carácter genérico para referirnos al “common law”, en ocasiones sin ser del todo conscientes que el concepto “common law”, a su vez, es utilizado tanto para designar el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la invasión normanda, como de forma más restrictiva, para designar el “case law” o conjunto de precedentes judiciales vinculantes, que junto con las normas escritas (“statutory law”) configuran hoy el contenido del Derecho en los países basados en este sistema.

Derecho inglés ya había desarrollado su propio sistema y el Derecho escocés había recibido influencia romana. Vid. AJANI, G., *Sistemas Jurídicos Comparados: Lecciones y Materiales*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 79.

La imposibilidad de tratar de forma unitaria el sistema jurídico del “common law”, se debe a que éste no únicamente ha evolucionado con el tiempo, sino que lo ha hecho de forma distinta en aquellos países en los que se extendió bajo la influencia del Imperio Británico. Además de Inglaterra, Irlanda y Gales en el Reino Unido, hoy tienen un sistema basado exclusivamente en el “common law”, países como Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá (excepto Quebec), Australia y Nueva Zelanda, siendo de destacar el gran número de sistemas que en mayor o menor grado son mixtos, como pueden ser, entre otros, Escocia, India o Sudáfrica y que, por ello, presentan sus propias peculiaridades³.

1. La idea de certeza del Derecho y la doctrina clásica del precedente en el Derecho inglés.

Como es sabido, uno de los rasgos que caracterizan el sistema de “common law” es la doctrina del precedente judicial o “stare decisis”, a tenor de la cual los tribunales están vinculados por las reglas previamente establecidas en casos similares.

Este principio, sencillo en su formulación y bastante más complejo en su aplicación, ha dado lugar durante los dos últimos siglos a múltiples estudios, ya sea para analizar sus razones, aplicación práctica y evolución, ya sea para analizar desde una perspectiva comparada, la función judicial y el sistema de fuentes del Derecho en el sistema de “common law”, contraponiéndolo mayoritariamente al sistema de “civil law” o Derecho continental.

En estas páginas, interesa dar breve referencia de qué se entiende por precedente judicial y de cómo la idea de certeza del

3 La existencia de evidentes diferencias entre los distintos países del “common law”, no impide seguir destacando la idea de que el “common law”, como sistema de reglas y principios, es “uno”, “consintiendo en su interior la circulación de soluciones elaboradas por tribunales de diversos ordenamientos estatales” (Ibid., p. 177-178).

Derecho fue una de las razones que justificaron la doctrina de la “stare decisis”.

En primer lugar, conviene precisar qué se entiende por precedente, puesto que el carácter vinculante no se predica respecto de todas las decisiones judiciales. Los límites de la doctrina del precedente afectan tanto a la parte de la decisión judicial de la que puede derivarse el efecto vinculante, como al órgano judicial con capacidad para crear precedentes. Con relación a la parte de la decisión judicial, debe tenerse en cuenta que el carácter vinculante se predicará exclusivamente de la “ratio decidendi” (principio de Derecho formulado por el juez o Tribunal en la sentencia), siempre que los hechos del caso posterior queden cubiertos por la misma. Esto explica que la identificación de la “ratio decidendi” y la, en ocasiones, compleja delimitación de ésta respecto de los eventuales “obiter dicta” contenidos en la misma resolución judicial, junto con el concepto de “hecho”, sean objeto de permanente preocupación y atención en la cultura jurídica anglosajona⁴.

En cuanto a los órganos judiciales con capacidad para crear precedentes, de acuerdo con la doctrina estricta de la “stare decisis”, los tribunales inferiores están sujetos al principio del precedente vertical o jerárquico (todo tribunal inferior se encuentra vinculado por las decisiones de un tribunal superior), mientras que los tribunales superiores están sujetos al llamado precedente horizontal (obligación de un tribunal de respetar sus propias decisiones). El precedente vinculante se distingue del precedente persuasivo, siendo éste último aquél que sin ser vinculante, puede ser tomado en consideración por los tribunales. Además de las decisiones de los tribunales inferiores y de los “obiter dicta”, actualmente se consideran como posibles

4 Así, el mismo GOODHART, A.L., “Determining the Ratio Decidendi of a Case,” *Yale Law Review* XL, no. 2 (1930), p. 161–83.; quien décadas después todavía era objeto de comentario: LÜCKE, H.K., “Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law,” *Bond Law Review* 1, no. 1 (1989), p. 36–51.; ARNOLD, C., “Comparison of Civil Law and “common law”,” *“common law” Review* 8 (2007), p. 6.

precedentes persuasivos, las opiniones académicas o las decisiones de tribunales de otros países⁵.

Centrándome específicamente en la idea de certeza del Derecho, resulta de particular interés apuntar las razones históricas de la doctrina del precedente. De entre las múltiples fuentes existentes, optaré por una referencia de indiscutible autoridad, cual es la lección inaugural impartida por Arthur Lehman Goodhart en la Universidad de Oxford, en 1932⁶. En ese tiempo, en Inglaterra era aplicable el precedente vertical a todos los tribunales inferiores, así como a la “Court of Appeal” (tribunal creado en 1875 para ordenar el sistema de apelación), con relación a las decisiones de la “House of Lords” (tribunal creado en 1876, constituido como comisión de la cámara alta del Parlamento, que precedió la creación de la “Supreme Court of the United Kingdom” en 2005, operativa desde 2009). A su vez, el precedente horizontal afectaba a la “House of Lords” y a la “Court of Appeal”, con relación a sus propias decisiones⁷.

Goodhart identificó, partiendo de los autores más relevantes en la definición del sistema como son Blackstone, Bentham o Coke, hasta diez razones históricamente utilizadas para justificar la doctrina de la “stare decisis”, si bien no todas compartidas por él mismo. Me interesa aquí particularmente la razón de la certeza del Derecho, que este autor califica como la principal a

5 Con relación a la terminología básica del precedente, véase, por todos, DOBBINS, J.C., “Structure and Precedent,” *Michigan Law Review* 108, no. 8 (2010), p. 1460-1463.

6 GOODHART, A.L., “Precedent in English and Continental Law,” *Law Quarterly Review* 50, no. 1 (1934), p. 40-65.

7 GOODHART, A.L., “Precedent in English and Continental Law”, p. 42. Si bien en este trabajo el autor deja constancia de la falta de consenso absoluto con relación a la aplicación de la regla del precedente horizontal a la “Court of Appeal”, en otros trabajos pone especial énfasis en el grado de consenso existente en su época con relación a la doctrina del “stare decisis”, citando tanto eminentes juristas de la época como casos judiciales en los que se evidencia el grado de consolidación de la doctrina del precedente. Vid. GOODHART, A.L., “Case Law in England and America,” *Cornell Law Quarterly* 15, no. 2 (1930), p. 173-93.

pesar de tratarla en último lugar, pero también otras que en mayor o menor medida mantienen relación directa o indirecta con el principio de seguridad jurídica desde la perspectiva europea continental: la necesidad de flexibilidad, la prevención de los errores judiciales y la prevención de la parcialidad judicial.

Con relación a la necesidad de certeza del Derecho, Goodhart recuerda que el Derecho inglés, en sus tiempos más tempranos, partía de una situación radicalmente distinta a la del Derecho europeo continental. Así, mientras mucho antes de la era de la codificación, el Derecho europeo continental contaba ya con un sólido acervo de principios y doctrinas (con origen en el Derecho Romano), los jueces ingleses tuvieron que crear “ex novo” un sistema lo suficientemente sólido como para dotar de coherencia a la justicia inglesa. El método para alcanzar la estabilidad y la coherencia del Derecho, lo encontraron en la doctrina estricta del precedente⁸.

Es importante hacer hincapié en la idea de método, puesto que la diferencia con relación al Derecho europeo continental no gira tanto alrededor de la función de la seguridad jurídica en su dimensión subjetiva en un sistema jurídico basado en los principios del Estado de Derecho, que puede considerarse equiparable en ambos sistemas, sino en los métodos para alcanzar tal ideal y, como consecuencia, en aquello que debe ser objeto de previsibilidad o predictibilidad.

En el sistema de “common law”, la idea de certeza del Derecho se refiere principalmente a la predictibilidad de las decisiones judiciales (en vez de a la posibilidad de conocimiento de las leyes como base de la predictibilidad de las consecuencias jurídicas) y se garantiza a partir de la construcción de un sistema de reglas y principios vinculantes en casos posteriores. La (teórica) posibilidad de identificar con precisión los precedentes, junto con el carácter obligatorio de los mismos, son las razones por las que algunos autores, incluido el propio Goodhart,

8 GOODHART, A.L., “Precedent in English and Continental Law”, p. 61-62.

consideraron que el sistema de “common law” estaba en mejores condiciones de garantizar la certeza del Derecho que el sistema de “civil law”⁹. El carácter vinculante del precedente era considerado, además, garantía de uniformidad de las decisiones judiciales, y con ello de la coherencia del Derecho, en la medida que podía evitar tanto la parcialidad judicial como los errores judiciales derivados de una defectuosa identificación o aplicación del precedente. El sacrificio del sentido común y la justicia en favor de la coherencia y la certeza en los supuestos de error judicial, únicamente enmendable entonces por la “House of Lords” en un costoso proceso, era señalado por Goodhart como una evidencia de la importancia de la idea de certeza en el Derecho inglés¹⁰.

Sin embargo, la realidad es que el hipotético “carácter cierto” del Derecho inglés fue puesto en duda muy pronto. Un buen ejemplo de ello es el artículo publicado en “Jurist” en 1828 (no consta autoría), que examina el concepto de “certeza en el Derecho inglés”, en la obra de Walter Scott “La vida de Napoleón Buonaparte”, publicada en 1827¹¹. El artículo empieza de forma muy gráfica: considera que afirmar la “certeza del Derecho inglés” es como querer hacerlo de “la inmutabilidad del clima inglés” o de “la certeza de la lotería”, lo cual nos da una medida de la naturaleza utópica que algunos ya predicaban

9 Ibid., p. 58-59. Esta ventaja del “common law” respecto del “civil law” con relación a la certeza del Derecho, hay quien todavía la señala tomando en consideración la actual situación de hipertrofia normativa en los sistemas de “civil law” (así, MARINONI, L.G., ‘El Precedente En La Dimensión de La Seguridad Jurídica’ (2012) *Ius et Praxis*: 253). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la complejidad e hipertrofia que acusan ambos sistemas en términos de producción normativa (ya sea a través de la doctrina del precedente, ya sea a través de la promulgación de normas escritas) es una de las razones que permiten hablar hoy de un acercamiento entre “common law” y “civil law”, al menos en cuanto a retos compartidos en un mundo complejo y global.

10 GOODHART, A.L., “Precedent in English and Continental Law”, p. 54-57; GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 178.

11 “Certainty of English Law,” *Jurist or Quarterly Journal of Jurisprudence and Legislation* 1, no. 3 (1828), p. 405-21.

entonces de la certeza del Derecho. El artículo critica abiertamente la imagen de certeza ofrecida por Scott, y señala las dificultades que el Derecho inglés encontraba, ya en la primera mitad del S.XIX, para garantizar la coherencia, uniformidad y estabilidad de sus decisiones judiciales, como consecuencia del volumen de precedentes existentes, su carácter asistemático (a pesar de su temprana publicación en colecciones), el diferente perfil de los miembros de la judicatura y la existencia de supuestos de desviación no justificada del precedente. El autor recuerda el gran número de acuerdos privados que se tomaban la víspera del juicio, justamente por la sensación de imprevisibilidad de la decisión judicial¹².

La práctica de la doctrina estricta del precedente condujo a un acusado formalismo jurídico, con la consecuente pérdida de flexibilidad del sistema. Nótese que esto parece entrar en contradicción con el hecho de que la flexibilidad fuera históricamente considerada como una de las características o razones del sistema de “common law” y de la doctrina del precedente. En este sentido hay que decir que mientras unos defendían la flexibilidad del sistema de “common law” como la principal ventaja con relación al sistema de Derecho continental, otros alegaban que si bien tal ventaja era cierta, el carácter flexible del “common law” podía sostenerse “a pesar de y no gracias a la doctrina del precedente”¹³. La base de tal discrepancia es en realidad sencilla. Como señalaba Goodhart, “la alegada flexibilidad del Derecho inglés, en la mayoría de ocasiones no es más que el reconocimiento de que en muchas cuestiones no existe precedente y que, por esta razón, cuando surge un nuevo problema, los jueces tienen libertad para establecer el principio que crean más conveniente”¹⁴. Sin embargo, este autor recuerda que en la doctrina estricta de la “stare decisis”, una vez existe el precedente, la desviación del mismo es vista como excepcional, además

12 Ibid., p. 409.

13 GOODHART, A.L., “Precedent in English and Continental Law”, p. 50.

14 Ibid., p. 50.

de compleja y costosa. Como es lógico, el paso del tiempo tiene como consecuencia un mayor volumen de precedentes y, por consiguiente, progresivamente una menor flexibilidad para los jueces, que se convierten “en esclavos del pasado y déspotas del futuro, ligados por las decisiones de sus difuntos predecesores y vinculando las decisiones de las generaciones futuras”¹⁵.

El debate sostenido en el ámbito de la Filosofía del Derecho y, muy particularmente, la influencia de la intensa crítica al formalismo jurídico por parte del realismo jurídico que tuvo lugar durante los años 20 y 30 del siglo XX, a la que haré referencia en el siguiente epígrafe, se deja sentir entre los comparativistas ingleses de la segunda mitad del S.XX, los cuales abordan, en ocasiones un tanto a la defensiva, la cuestión de la pretendida rigidez del Derecho inglés. Así, por ejemplo, en los años cincuenta, Chloros consideraba que la evolución histórica del Derecho inglés hacia un sistema razonablemente apto para satisfacer las necesidades de una sociedad altamente civilizada, así como su capacidad para ser exportado con éxito a otros países, era ya una prueba, sin más, de su flexibilidad y adaptabilidad. La defensa de la “elasticidad” del Derecho inglés pasaba necesariamente por la negación de la certeza absoluta del precedente, admitiéndose más abiertamente la posibilidad de su derogación por los tribunales superiores cuando las circunstancias así lo aconsejaran. Con el fin de demostrar que la flexibilidad así entendida no era una práctica nueva en el Derecho inglés, en esta época se puso especial interés en identificar, clasificar y justificar casos antiguos de desviación del precedente¹⁶.

Debe hacerse notar que en esta época no se abandona la idea de la necesidad de un razonable grado de certeza del Derecho. Se asume que la predictibilidad de las consecuencias jurídicas es una cualidad esencial de cualquier sistema jurídico no arbitrario. Sin embargo, puesto que en un contexto de crítica al

15 Ibid., p. 61.

16 CHLOROS, A.G., “Certainty and the Function of Precedent in Comparative Law,” *Revue Hellenique de Droit International* 9 (1956), p. 69-72.

formalismo jurídico el concepto de certeza se había identificado con la idea negativa de rigidez, el mismo pierde fuerza en épocas posteriores, cuando menos desde el punto de vista terminológico.

La renuncia en 1966 por parte de la “House of Lords” a la absoluta vinculación a sus propios precedentes supuso la consolidación de la tendencia a la flexibilización de la doctrina del precedente. Se intensificó entonces el debate sobre las condiciones que podían justificar la desviación de un precedente, así como la preocupación por las disfuncionalidades que tal posibilidad podía acarrear para el sistema¹⁷. Tres décadas después, autores como MacCormick, vieron en el cambio formalizado en 1966 un punto de inflexión en la doctrina del precedente, hasta el punto de observar que, a finales del S.XX, ningún sistema jurídico moderno basado en el “common law” seguía ya la versión estricta de la “stare decisis”¹⁸. Otros autores destacan el amplio impacto psicológico (más que práctico) de este cambio entre los jueces, que se sintieron finalmente liberados del rígido formalismo que había alcanzado el sistema inglés¹⁹. Con posterioridad, el abandono de la versión estricta del precedente en Inglaterra se ha visto influenciado por otros factores. Así, la obligatoriedad de tomar en consideración las decisiones tomadas por tribunales supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aquellos autores que desde la perspectiva del Derecho comparado siguen analizando el rol del precedente, ahora parecen

17 La flexibilización del principio de “stare decisis” se formalizó a partir de una declaración del propio tribunal de “The House of Lords”, conocida como “Practice Statement”, elaborada por Lord Gardiner, con el fin de conferir al tribunal mayor capacidad de adecuación a las necesidades y a los valores contemporáneos al caso en decisión. El grado de preocupación que años después todavía suscitaba el cambio, puede verse en la breve pero directa opinión expresada en PUGSLEY, D., “The Paradox of Precedent,” *Bracton Law Journal* 11 (1978), p. 68–70, quien llega a plantearse la constitucionalidad de la doctrina del precedente.

18 MACCORMICK, N., “The Significance of Precedent,” *Acta Juridica*, 1998, p. 186.

19 AJANI, G., *Sistemas Jurídicos Comparados: Lecciones Y Materiales*, p. 141.

interesarse más por señalar aquellos aspectos que aproximan a ambos sistemas, que por enfatizar las diferencias que los separan. En este escenario, uno de los puntos de interés es la identificación –también de la mano de la Filosofía del Derecho– de los distintos modelos de argumentación con base en precedentes, ya sea en el sistema jurídico del “common law”, ya sea en el Derecho continental, en el contexto del cual, como es sobradamente conocido y al margen ahora de su valoración, la función judicial también ha sido objeto de constante evolución²⁰.

2. De la idea de certeza del Derecho al concepto de indeterminación jurídica en Estados Unidos.

El sistema jurídico de las trece colonias británicas establecidas en América del Norte durante el siglo XVII, fue apartándose progresivamente del sistema jurídico inglés, intensificándose este proceso a partir de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776.

El rechazo a la idea de unidad del “common law” es patente entre los juristas estadounidenses, pero también entre los ingleses. Desde ambos lados se enfatiza la diferente evolución del sistema jurídico de “common law” como consecuencia de la distinta evolución cultural, social, económica y política de ambos países. Las diferencias son hasta tal punto subrayadas, que hay quien llega a considerar que únicamente porque la historia política inglesa del siglo XVII fue similar a la estadounidense del siglo XVIII, la terminología utilizada en ambos sistemas es similar, pero que de la misma forma que la era victoriana tuvo un fuerte impacto en el Derecho inglés, la singularidad del sistema jurídico de Estados Unidos es fruto del siglo XIX, configurándose para siempre más dos escenarios jurídicos totalmente

20 Un ejemplo de clasificación de modelos de precedente en MACCORMICK, N., “The Significance of Precedent,” *Acta Juridica*, 1998, p. 181-182. En el ámbito del Derecho Comparado, sobre los factores que permiten hablar, dentro de la divergencia, de un movimiento hacia la convergencia de ambos sistemas, vid. por todos, AJANI, G., *Sistemas Jurídicos Comparados: Lcciones y Materiales*, p. 77-78.

diferentes²¹. Paradigmático resulta, en este sentido, que el propio Goodhart señalara que en 1930, para un jurista inglés era igual de difícil entender la teoría estadounidense del precedente que comprender el Derecho continental, y opinara que más que de dos sistemas jurídicos (el “common law” y el “civil law”), pudiera hablarse ya de tres: el inglés, el estadounidense y el continental²².

En la actualidad, la idea de certeza del Derecho no es desconocida en Estados Unidos pero, como señala Maxeiner, ha sido mayoritariamente abandonada e incluso ridiculizada por algunos autores²³. La actitud que este autor califica de criticable resignación entre sus colegas estadounidenses contemporáneos, encuentra sus raíces en los postulados del realismo jurídico de los años 20 y 30 del siglo XX (y muy particularmente en las teorías más radicales de Jerome Frank), a partir de los cuales se fue instalando en la cultura jurídica estadounidense la idea de la incertidumbre del Derecho como un fenómeno inevitable e incluso positivo, en la medida que expresión de una idea de justicia más flexible, contextualizada y orientada a fines sociales, en contraposición a lo que se consideraban los excesos del formalismo jurídico²⁴.

21 STEVENS, R., “Basic Concepts and Current Differences in English and American Law,” *Journal of Legal History* 6, no. 3 (1985), p. 336. No obstante, este mismo autor concluye su estudio apuntando un ligero acercamiento entre ambos sistemas, en la medida en que, en su opinión, el Derecho inglés tiende a ser más instrumental, aceptando que Derecho y política están vinculados y el primero puede ser instrumento del segundo; y el Derecho estadounidense algo menos politizado que en las últimas décadas, si bien la diferencia en este punto sigue siendo grande (p.346).

22 GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 173.

23 MAXEINER, J.R., “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15, no.2 (2007), p. 544; MAXEINER, J.R., “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, *Houston Journal of International Law* 31, no. 1 (2008), p. 34.

24 Como recuerda Pérez Lledó, las características del formalismo jurídico norteamericano del cambio de siglo, ante las que reaccionó el realismo jurídico de los años 20 y 30, se corresponden globalmente con las del formalismo

La crítica de los realistas al formalismo jurídico clásico y, en particular, la consideración de la certeza del Derecho como una ilusión, se había desarrollado alrededor de dos ideas básicas: la indeterminación o vaguedad lingüística del Derecho y la inconsistencia de las reglas jurídicas (en ocasiones contradictorias a pesar de ser el resultado de la interpretación de unos mismos precedentes). Los post-realistas desarrollaron la confianza de los realistas en la recuperación de cierto grado de certeza a través de los principios y “policies” subyacentes en las reglas, construyendo un nuevo sistema formal, ésta vez claramente informado por razones políticas y morales. Sin embargo, fue la crítica radical a la política y la moral imperante en su tiempo, el factor denominador común de un movimiento tremendamente ecléctico como es “Critical Legal Studies” que, a partir de los años 80 del siglo XX, retomó y radicalizó el debate como respuesta al “neoformalismo” de las tesis post-realistas²⁵.

européo de la primera mitad del s.XIX: 1) Creencia de que un sistema jurídico es algo esencialmente completo y comprensivo, y contiene por tanto respuestas preexistentes para virtualmente todas las cuestiones que se susciten; 2) Creencia de que la doctrina de la separación de poderes es un atributo inherente y necesario de un sistema jurídico, y de que una consecuencia de esa doctrina es que sólo los legisladores y no los tribunales pueden crear Derecho; 3) Creencia de que, cuando un legislador crea Derecho nuevo, debe dar un peso considerable, si no absoluto, a la cuestión de cómo las nuevas formas de Derecho propuestas armonizan con el Derecho existente; 4) Creencia de que el ‘verdadero Derecho’ consiste en reglas de Derecho en los libros, con independencia de la naturaleza y el grado de las divergencias entre el Derecho en los libros y el Derecho en acción; 5) Creencia de que la elevada abstracción y generalidad son virtudes del Derecho, y son por lo tanto preferibles a las formulaciones concretas en términos de supuestos de hecho particulares; 6) Creencia en el recurso a la lógica interna de los conceptos jurídicos que aparecen en las reglas como la herramienta primordial del razonamiento jurídico (‘conceptualismo’); 7) Creencia de que las decisiones judiciales deben justificarse mediante la subsunción de su resultado bajo conceptos generales plasmados en las reglas jurídicas relevantes; 8) Creencia en la certeza y la predictibilidad como los máximos ideales jurídicos. (PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El Movimiento “Critical Legal Studies”*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante. La enumeración de las características la toma de Atiyah, P.S / Summers, R.S., *Form and substance in Anglo-American Law*, Clarendon Oxford, 1987, p.251).

25 Ibid., p. 469-483.

Con el movimiento “Critical Legal Studies” el interés se desplazó hacia la noción de “indeterminación del Derecho” (“legal indeterminacy”), cayendo en desuso el concepto de “certeza del Derecho”²⁶. La indeterminación del Derecho, en su versión más radical y simplificando necesariamente mucho, predicaba 1) el carácter siempre indefinido y nunca cierto del Derecho; 2) la posibilidad de justificar jurídicamente cualquier decisión y 3) la identificación del Derecho con la Política. Actualmente en Estados Unidos la mayoría de juristas y profesionales del Derecho cree en una versión débil de indeterminación, a veces denominada “undeterminacy”, según la cual, si bien el Derecho constriñe las decisiones judiciales, no es el único factor que las determina²⁷. Aquello que resulta de especial interés aquí, es poner de relieve el distinto alcance de los conceptos “legal certainty” y “legal indeterminacy”, en ningún caso sinónimos.

Mientras el concepto de “legal certainty” del s. XIX se correspondía con la idea de seguridad jurídica desarrollada en el marco del Estado de Derecho, y tenía como funciones tanto la orientación en el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso del poder legislativo y judicial, hoy el concepto de “legal indeterminacy” estadounidense tiene un alcance mucho más restrictivo y toma principalmente la perspectiva de la toma de decisiones por parte de los tribunales de apelación. El interés se desplaza, así, del ciudadano, su protección ante la arbitrariedad y la cuestión de la predictibilidad del Derecho como condición del ejercicio de su autonomía personal, hacia el juez de apelación y la cuestión de la legitimidad de las decisiones judiciales²⁸. A modo de síntesis, pueden traerse a colación las

26 MAXEINER, J.R., “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, p. 28.

27 Ibid., p. 35-36.

28 Extensamente, MAXEINER, J.R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law,” *Valparaiso University Law Review* 41, no. 2 (2006). Señala la cuestión de la legitimidad como punto de partida de la preocupación por la indeterminación, KRESS, K., “Legal Indeterminacy,” *California Law Review* 77, no. 2 (1989), p. 285.

cuatro características de la “legal indeterminacy” según Herget: 1) Las fuentes formales del Derecho (legislación, precedente, costumbre, doctrina académica) no vinculan a los tribunales en la toma de decisiones y el poder judicial puede ser ejercido incluso contradiciéndolas; 2) Estas mismas fuentes contienen principios ambiguos y contradictorios; 3) El Derecho, por consiguiente, no es fijo y objetivo sino indeterminado y subjetivo. La idea de la estricta vinculación de los jueces a reglas pre-establecidas es una ilusión del pensamiento jurídico ortodoxo y 4) Para explicar el proceso de toma de decisiones judiciales es necesario salir de las fuentes formales y acudir a otros fenómenos sociales²⁹.

De acuerdo con Maxeiner, la actitud estadounidense de resignación e incluso autocomplacencia ante el carácter incierto del Derecho, no es fruto de la tesis de la indeterminación legal por sí misma o por sí sola, sino que ésta pudo penetrar en la cultura jurídica estadounidense como consecuencia de la evolución de los métodos jurídicos en Estados Unidos (entendidos éstos como los instrumentos a través de los cuales el Derecho es creado, interpretado y aplicado)³⁰.

Veamos brevemente las principales razones con relación a la creación del Derecho y a la identificación del Derecho aplicable:

A) Indeterminación y creación del Derecho.

Durante los siglos XIX y XX, el Derecho estadounidense experimentó un notable incremento de normas escritas, entre

29 HERGET, J.E., “Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy,” *American Journal of Legal History* 39, no. 1 (1995): 60. La expresión “fuentes formales del Derecho” no debe ser entendida aquí en el sentido de fuentes investidas de “potestas” sino de “auctoritas”, es decir, como referentes de autoridad aunque no necesariamente vinculantes. El término inglés utilizado por el autor es el de “formal legal authorities”.

30 MAXEINER, J.R., “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, p. 38. El análisis crítico de Maxeiner debe verse a partir de la lectura conjunta de dos de sus trabajos ya citados aquí: MAXEINER, J.R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law” y MAXEINER, J.R., “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy”.

otras razones, por la necesidad de legitimación de las decisiones políticas y la capacidad de las normas escritas de conferir uniformidad y predictibilidad al Derecho. Sin embargo, en opinión del autor citado, tales objetivos se frustraron en buen parte por el fracaso histórico del intento de codificación y la inexistencia de una teoría de la legislación que garantizara el buen quehacer legislativo desde un punto de vista formal, haciéndola particularmente vulnerable a la acción de los “lobbies”.

La referencia al intento de codificación hay que contextualizarla en el debate sobre las reformas del sistema jurídico estadounidense durante el siglo XIX. Si bien en el siglo XVII ya existían críticas al sistema jurídico heredado de Inglaterra, es a partir del año 1800 cuando éstas se intensifican, siendo básicamente cuatro los motivos: 1) el carácter inaccesible e incierto del Derecho; 2) su innecesario nivel de tecnicismo y complejidad; 3) la necesidad de adaptar el “common law” a las necesidades del modelo político y al desarrollo económico de la nueva nación y 4) la condición foránea del sistema jurídico, cuestión especialmente sensible a partir de la independencia de los Estados Unidos con respecto a Gran Bretaña³¹.

En este escenario tuvo lugar, entre los años 1820 y 1850, el llamado “Movimiento Codificador Americano”, partidario de la codificación como instrumento para superar las deficiencias del viejo sistema inglés. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la existencia del movimiento ha sido negada –o como mínimo relativizada– por algunos autores. Este es el caso del

31 GORDON, R.W., “The American Codification Movement,” *Vanderbilt Law Review* 36, no. 2 (1983), p. 436. Este mismo autor refiere las críticas del siglo XVII, que iban en la dirección de lo que hoy serían los movimientos a favor de una “justicia informal”. Las demandas entonces eran: 1) una justicia descentralizada; 2) la publicación de las reglas jurídicas de forma que fueran accesibles a personas legas en Derecho; 3) la abolición de los abogados; 4) la reducción de la discreción judicial; 5) la “desfeudalización” del Derecho agrario; 6) la reforma penal y 7) la reforma procesal con relación a la morosidad (Ibid., p. 438). El artículo de Gordon, ampliamente citado, es el comentario crítico de una obra de Charles M. Cook publicada con este mismo título en 1981.

mismo Gordon, quien siguiendo a Cook, acepta que el debate existió y que fue intenso entre un pequeño grupo de académicos enfrentados sobre la cuestión, pero señala que el tema nunca ocupó verdaderamente un lugar central en la agenda política de las reformas legales del siglo XIX y que, en realidad, era una expresión más de un arraigado espíritu contrario al Derecho y a la profesión jurídica que tenía sus raíces en el siglo XVII, y al que el sistema respondía tradicionalmente con reformas técnicas de carácter procesal, más que con grandes reformas de naturaleza sustantiva³². La magnitud del fracaso de la codificación, por consiguiente, deberá relativizarse en la misma medida que se relativice la existencia del movimiento.

Aquello de especial relevancia aquí, es que los argumentos del sector más radical a favor de la codificación (fueran o no juristas), giraban en torno a la demanda de una mayor simplicidad y certeza del Derecho, consideradas clave para el rápido desarrollo económico del país (el interés se centraba muy particularmente en la regulación de la propiedad y del comercio). La idea de separación de poderes incidía en la voluntad de limitación del tradicional poder de los jueces. Sin embargo, entre las razones defendidas en contra de la codificación, la más importante fue justamente la percepción de la certeza de la norma codificada como una amenaza para la capacidad de adaptación del Derecho a los rápidos cambios sociales y económicos³³. La necesidad de flexibilidad entra aquí también en tensión con la de predictibilidad del Derecho, si bien con un enfoque más económico que filosófico (contradicción entre justicia y certeza).

Aunque el movimiento codificador o, cuando menos, el período en el que se desarrolló el debate sobre la codificación en Estados Unidos, no fuera mucho más allá de 1850, los argumentos anti-codificación con relación a la certeza del Derecho,

32 En cuanto al mito y la realidad del movimiento codificador en Estados Unidos, GORDON, R.W., "The American Codification Movement," p. 433-436. La tradición "anti-legalista" es descrita en las páginas 436-441.

33 Ibid., p. 441-452.

se extendieron todavía en el tiempo. Así, es fácil encontrar autores que a principios del siglo XX, todavía sentían la necesidad de aportar argumentos en contra de la idea de la codificación, a pesar de la generalizada inquietud de la época por el grado de incertidumbre que el Derecho había alcanzado. Este es el caso, por ejemplo, de Coudert, quien defendía, desde una perspectiva comparada, que el argumento de la certeza del Derecho no podía por sí solo justificar la codificación, máxime cuando la historia demostraba que el “common law” y el Derecho europeo continental, a pesar de partir de bases teóricas distintas, habían alcanzado niveles equiparables de certeza³⁴.

La historia jurídica a partir del siglo XIX y la proliferación de normas escritas que tomaron otras formas a la de los códigos en el sentido del Derecho europeo continental, se traduce hoy en un paisaje normativo complejo, en el que conviven normas escritas destacables por su calidad, con muchas otras no adecuadamente sistematizadas, no siempre coherentes entre sí y pobremente redactadas, siendo ésta una fuente importante de indeterminación jurídica³⁵.

La existencia de mecanismos jurídicos orientados a garantizar la certeza del Derecho en el ordenamiento jurídico estadounidense, no ha conseguido paliar esta situación. En este sentido, hay que hacer breve pero especial referencia al concepto de “void for vagueness” (o sencillamente, “vagueness”) que encuentra su ámbito específico de tratamiento en el Derecho constitucional y especial aplicación en el Derecho penal. La

34 COUDERT, F.R., “Certainty and Justice,” *Yale Law Journal* XIV, no. 7 (1905), p. 361–73.

35 MAXEINER, J.R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law”, p. 527-534. Con relación al intento de codificación, debe tenerse en cuenta que las compilaciones de normas escritas que llevan el nombre de “code”, nada tienen que ver con la noción y tradición de los códigos continentales (Ibid., p. 545). En el ámbito federal, estaríamos haciendo referencia al “Code of Laws of the United States of America (USC), compilación oficial de las normas escritas federales de carácter general, publicada cada seis años. Los delitos federales, por ejemplo, se corresponden con el Título 18 de este código.

prohibición de vaguedad de la norma escrita se considera parte del contenido sustancial del debido proceso (“due process”) que, como expresión del principio de legalidad y del Estado de Derecho, garantizan la Quinta Enmienda con relación a la legislación federal y la Decimocuarta Enmienda con relación a la legislación estatal. La “doctrina de la vaguedad”, establecida hace décadas por la “Supreme Court of the United States”, invalida toda norma escrita que defina en términos tan generales un acto criminal, que una persona con inteligencia media no pueda inferir con certeza la regla de conducta y, por consiguiente, la forma de evitar la responsabilidad penal. La necesidad de definir los delitos de forma clara y precisa será considerada, asimismo, como condición básica de la interdicción de la arbitrariedad por parte de las instancias policiales y judiciales³⁶. Su significado, como puede verse, es sobradamente conocido por los juristas europeos continentales. En Estados Unidos, la doctrina de la vaguedad tiene especial relevancia en el ámbito del Derecho penal federal, en el que las normas escritas cobran protagonismo, si bien la práctica revela que son muy pocos los casos en los que se ha considerado inconstitucional una norma penal por este motivo³⁷.

B) Indeterminación e identificación del Derecho aplicable.

La identificación del Derecho aplicable comprende tanto su “localización” como interpretación. Este método es señalado también como una fuente importante de indeterminación jurídica, tanto si se está pensando en la identificación de las reglas del “common law”, como si se está pensando en la identificación de las normas escritas. Veámoslo por separado.

36 Las dos dimensiones de la doctrina de la vaguedad fueron fijadas por la Corte Suprema en 1972, en el caso *Papachristou v. City of Jacksonville*. Vid. McCARL, R., “Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s ‘Void of Vagueness’ Doctrine,” *Hastings Constitutional Law Quarterly* 42, no. 1 (2014), p. 73–94. y MARTIN, D., “Due Process - Taking the Void out of Vagueness in Arizona,” *Arizona State Law Journal* 1975, no. 2 (n.d.), p. 457–62.

37 McCARL, R., “Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s ‘Void of Vagueness’ Doctrine,” p. 79-81.

La complejidad e indeterminación en la identificación de los precedentes se considera hoy una consecuencia del abandono de la doctrina estricta del precedente. En este punto, la experiencia estadounidense coincide con la inglesa, pero existen algunas diferencias a comentar.

En Estados Unidos, la necesidad de apartarse del Derecho inglés lo fue, como he apuntado, por razones políticas y técnicas. Si las razones políticas dibujaron ya de por sí un escenario distinto, las razones técnicas contribuyeron a la singularización del caso de Estados Unidos, en la medida que se intensificaron los problemas derivados de la práctica del precedente ya percibidos en el Derecho inglés.

En la actualidad, las condiciones sobre las que descansaba la predictibilidad del Derecho en la doctrina estricta del precedente, ya no se dan en el Derecho estadounidense. Estas condiciones eran, recordemos: 1) el carácter vinculante del precedente tanto para los tribunales inferiores como para los tribunales superiores; 2) el volumen limitado de precedentes vinculantes; 3) el número limitado de tribunales con autoridad para revisarlos y 4) la similar orientación política y social de los jueces. Haciendo referencia a cada una de ellas, Maxeiner es concluyente cuando observa que los tribunales estadounidenses, que nunca sintieron en la misma medida que los ingleses la vinculación absoluta a los precedentes, hoy parecen haber consolidado esta práctica. Señala también que el número de precedentes es inmenso y no es estrictamente objeto de sistematización; que los tribunales son muchos y la organización judicial federal-estatal compleja y que los jueces, que se cuentan por millares, tienen una orientación política y social muy diversa, con lo que una eventual uniformidad de sus decisiones es imposible de alcanzar³⁸.

Otras opiniones y hechos parecen confirmarlo. La flexibilización de la regla del precedente por parte de los tribunales superiores tuvo lugar antes en Estados Unidos que en Inglaterra.

38 MAXEINER, J.R., "Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law", p. 538-544.

En este sentido, cita reiterada en las decisiones judiciales estadounidenses es la siguiente frase, presumiblemente formulada por primera vez en 1940 por el Tribunal Supremo en el caso *Helvering v. Hallock*: “la ‘stare decisis’ no es un mandato inexorable, es más bien un principio político y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión”³⁹. A pesar de la indiscutible relevancia de esta sentencia, debe dejarse constancia que la predisposición de los tribunales superiores a apartarse de sus propias decisiones si las consideraban erróneas o sencillamente no adaptables a su tiempo, es señalada como característica del Derecho estadounidense incluso mucho antes⁴⁰.

A su vez, algunos datos aportados por Goodhart en 1930, confirman la relación entre la temprana y progresiva reticencia a la regla del precedente con el enorme volumen de los mismos, mucho más inmanejable en Estados Unidos que en Inglaterra. Mientras en Inglaterra y Gales se publicaban anualmente cinco o seis volúmenes de decisiones judiciales (los conocidos como “Law Reports”), en Estados Unidos eran trescientos cincuenta⁴¹. Otros autores, confirman la complejidad de la regla del precedente en el sistema judicial estadounidense, haciendo especial énfasis en los problemas planteados en el circuito federal y las consecuencias negativas en términos de incertidumbre, incoherencia e ineffectividad del sistema⁴². Y el propio Goodhart incide

39 *Helvering v. Hallock*, 309, US, 106 (1940).

40 Así, por ejemplo, en 1905 por COUDERT, F.R., “Certainty and Justice”, p. 366; o en 1930 por GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 179, quien señala cómo el cambio de actitud generalizado de los jueces estadounidenses se produce con la llegada del s. XX. Destaca también la mayor flexibilidad de los jueces estadounidenses a lo largo de la historia, SELLERS, M., “The Doctrine of Precedent in the United States of America,” *American Journal of Comparative Law* 54, no. Supplement Issue (2006), p. 72. Sin embargo, este autor insiste en la cultura fuertemente arraigada de la vinculación al precedente en Estados Unidos, indicando que la desviación del mismo, cuando se produce, es extensamente motivada.

41 GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 186.

42 DOBBINS, J.C., “Structure and Precedent”, p. 1453-96. No todos los autores dibujan un panorama negativo. Hay quien destaca la idea de jerarquía judicial como elemento clave en el reconocimiento y el respeto al pre-

también en la cuestión del número de jueces, ofreciendo una vez más datos de su tiempo: mientras en Inglaterra y Escocia había un juez por cada ochocientos cuarenta mil habitantes, ejerciendo funciones en tribunales superiores, solo en Nueva York ya eran uno por cada cien mil habitantes⁴³.

En cuanto a la identificación del Derecho, ya no a través de los precedentes sino a través de las normas escritas, la operación debería ser presumiblemente más fácil por el grado de certeza que éstas deberían conferir al Derecho. Sin embargo, aquí también se habla de parcial éxito o fracaso, según se quiera ver, y ello debido a tres factores: 1) la ya aludida inexistencia de un sistema de ordenación e interpretación de las normas escritas así como la deficiente coordinación de las distintas instancias legislativas; 2) la equiparación judicial de las normas escritas a las reglas del “common law” en cuanto a método y, por consiguiente, la no estricta sujeción a las mismas con la posibilidad de revisión a través de la interpretación y 3) el rol procesal de las partes en esta tarea de revisión de las normas escritas, existiendo la posibilidad de argumentar la solución al caso concreto sobre la base de lo que la ley debería decir y no sobre lo que efectivamente dice, todo lo cual si se suma a la no operatividad del principio “iura novit curia” en Estados Unidos, conforma, en opinión de Maxeiner, un panorama desolador en términos de seguridad jurídica⁴⁴.

En este contexto y para finalizar este apartado, obligada referencia merece “The American Law Institute”, organización independiente fundada en 1923 con el objetivo de promover la clarificación y simplificación del Derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, el aseguramiento de una mejor

edente en Estados Unidos (compatible con la idea de mayor flexibilidad). Así, por ejemplo, SELLERS, M., “The Doctrine of Precedent in the United States of America”, p. 67-68.

43 GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 192.

44 MAXEINER, J.R., “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law”, p. 544-552.

administración de Justicia y la promoción de la investigación académica en el ámbito del Derecho. En su origen, la actividad de “The American Law Institute”, cuyos miembros eran y son prestigiosos jueces, abogados y profesores de Derecho, se centró en la publicación de los conocidos como “Restatements of Law”, orientados a promover la sistematización, clarificación y uniformidad en la interpretación de los precedentes, así como a promover reformas legales. Algunos autores destacan la enorme influencia de “The American Law Institute” en el desarrollo del “common law” en Estados Unidos y su incidencia en la coherencia y predictibilidad de las decisiones judiciales, llegando a afirmar que sus beneficios son equiparables a los que hubiera tenido la codificación del Derecho⁴⁵. Otros autores, sin embargo, lo señalan como un factor más de abandono de la teoría estricta del precedente⁴⁶. Y finalmente, todavía otros, relativizan más el alcance y la naturaleza de la tarea desarrollada por el instituto, señalando que la idea de simplificación del Derecho debe ser entendida fundamentalmente desde la perspectiva formal o lingüística, en consonancia con el desarrollo de la idea de certeza del Derecho en el ámbito de la Filosofía del Derecho durante el siglo XX⁴⁷.

III. La certeza del Derecho y la individualización de la pena en el “common law”.

La evolución de la idea de “certeza del Derecho” esbozada hasta aquí, resulta esencial para la comprensión del contexto

45 SELLERS, M., “The Doctrine of Precedent in the United States of America”, p. 76-77.

46 GOODHART, A.L., “Case Law in England and America”, p. 191.

47 GREENWALD, M., “The American Law Institute Simplification Experience,” *Dickinson Law Review* 105, no. 2 (2001), p. 225–28. Para una mirada retrospectiva de la tarea del Instituto y el planteamiento de la necesidad de adecuación de sus objetivos a la realidad actual, TRAYNOR, M., “The First Restatements and the Vision of The American Law Institute, Then and Now,” *Southern Illinois University Law Journal* 32, no. 1 (2007), p. 145–72.

en el que se insertan los mecanismos actuales de individualización de la pena en estos países, así como su lectura desde la óptica propuesta en este trabajo.

En los sistemas jurídicos basados en el “common law”, la fase de individualización de la pena se conoce con el nombre de “sentencing”. Esta fase es objeto de un procedimiento autónomo con vista oral, cuando se parte de una declaración de culpabilidad o cuando el caso es suficientemente grave como para que el juez no decida sobre la pena al mismo tiempo que se decide sobre la condena o la absolución. En la fase de individualización de la pena las partes aportan argumentos y pruebas con relación a las circunstancias objetivas y subjetivas que pueden ser tomadas en consideración por el juez a la hora de concretar la sanción penal. Buscar equivalencias con el sistema español de individualización de la pena es un error, empezando por el alcance del término. A pesar de que la mayoría de las circunstancias que toman en consideración los jueces anglosajones son reconocibles en el Código Penal español, no lo es en absoluto el rol que juegan en la calificación de la conducta como delito ni en el momento de determinación de la pena.

En el sistema del “common law”, originalmente los jueces tuvieron también mucha más libertad en esta fase, por lo que es un buen ámbito para contrastar cómo se aborda actualmente la cuestión de la certeza del Derecho.

Para ello, describiré la aparición y evolución, primero en Estados Unidos y después en Inglaterra y Gales, de un instrumento concreto orientado a una mayor uniformidad del Derecho: las llamadas “sentencing guidelines” o directrices para la individualización de la pena. Asimismo, me referiré a un ejemplo de instrumento alternativo que persigue fines similares en Australia. En el caso de Estados Unidos, me centraré en las directrices federales, si bien es importante destacar la coexistencia con las directrices estatales, algunas de ellas previas a las federales.

1. Las “sentencing guidelines” en Estados Unidos.

En 1984, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la “Sentencing Reform Act” (SRA) con el objetivo de poner remedio, en el ámbito federal, a dos consecuencias negativas del sistema hasta entonces vigente de individualización de la pena: la disparidad de las penas impuestas en condenas por delitos similares, y la falta de transparencia y certeza en todo el proceso.

Antes de la SRA, los jueces disponían de un amplio margen de flexibilidad para determinar la pena a imponer. Las distintas normas que tipificaban los delitos establecían amplios marcos penales de penas mínimas y/o máximas (en su mayoría únicamente penas máximas), pero ninguna norma establecía ni los fines de la pena ni los criterios que debían tenerse en cuenta para su individualización. Como consecuencia de ello, el juez podía decidir el fin de la pena (y la tipología de la misma), las circunstancias relevantes que podían agravarla o atenuarla y la forma en que estas circunstancias podían combinarse en cada caso concreto⁴⁸.

La situación de extrema e injustificada disparidad de las penas impuestas según fuera la ubicación geográfica y el perfil del juez y/o del condenado (ideología, raza, sexo, creencias religiosas, nivel socioeconómico), contraria a los postulados del Estado de Derecho, fue la razón principal para impulsar una reforma orientada a establecer directrices en esta materia, si bien no la única. Otro motivo de insatisfacción con el sistema vigente era la falta de transparencia o incluso ausencia de motivación de la decisión judicial (no requerida por ninguna norma escrita), así

48 SARI, P.B., *Report on the Continuing Impact of United States vs. Booker on Federal Sentencing*, 2012, http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/news/congressional-testimony-and-reports/booker-reports/2012-booker/Part_A.pdf, p. 12. Una descripción de la situación anterior a la SRA puede verse en CAPPELLINO, A. y MERINGOLO, J., “The Federal Sentencing Guidelines and the Pursuit of Fair and Just Sentences,” *Albany Law Review* 77, no. 3 (2014), p. 771–824. ESPEY, L., “Towards Certainty in Sentencing: Correctional Alternatives,” *Criminal Justice Quarterly* 4, no. 3 (1976), p. 111–28.

como la falta de certeza, referida en este caso tanto a la predictibilidad de la pena a imponer como al conocimiento del tiempo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad en el momento de su imposición. Era en fase de ejecución y a criterio de la “United States Parole Commission”, cuando se decidía la puesta en libertad del condenado considerado rehabilitado.

Para afrontar las críticas al sistema de sentencia indeterminada, el Congreso tomó tres medidas a través de la SRA que supusieron el inicio de una nueva era en el ámbito de la determinación de la pena en los delitos federales en Estados Unidos: 1) establecer los fines de la pena⁴⁹; 2) establecer por primera vez el derecho de apelación en este ámbito y 3) acordar la elaboración de directrices específicas de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

La elaboración de las directrices fue encomendada a una comisión específica creada por la propia SRA, la “United States Sentencing Commission”, que debía trabajar teniendo en cuenta una serie de criterios y principios establecidos por la SRA. Así, se esperaba que la Comisión desarrollara un sistema que permitiera calcular la pena a partir de la combinación de distintos factores: 1) la clase de delito; 2) las circunstancias agravantes y atenuantes concomitantes; 3) la naturaleza y el grado del daño causado; 4) la percepción social de la gravedad del delito; 5) la alarma social creada por el delito; 6) el efecto preventivo que la pena pudiera tener sobre otras personas y 7) la incidencia real del delito⁵⁰. Además, y como consecuencia de la insatisfacción

49 Recogiendo las distintas opciones teóricas en la materia, el Congreso optó por contemplar tanto fines retributivos como preventivos, sin establecer ningún criterio de prioridad entre ellos pero admitiendo que en el caso concreto pudiera hacerse especial énfasis en uno por encima de los demás. Vid. 18 U.S.C. § 3553(a) (2): “A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense; B) to afford adequate deterrence to criminal conduct; C) to protect the public from further crimes of the defendant; and C) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care or other correctional treatment in the most effective manner”.

50 28 U.S.C. § 994 (c) (1) a (7).

por las bajas sanciones impuestas hasta ese momento en ámbitos como el de la delincuencia de cuello blanco, se instaba a la Comisión a trabajar de forma independiente, sin sentirse obligada por los precedentes judiciales, aplicando el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena y considerando los fines de esta última⁵¹. Con relación al perfil del condenado, la SRA establecía asimismo once factores adicionales a tener en cuenta (entre ellos, el rol en la comisión del delito, los antecedentes, la edad o la condición mental), ordenando sin embargo absoluta neutralidad con relación a las condiciones personales que habían propiciado la mayor disparidad en las sentencias.

En 1987, fueron aprobadas las “Federal Sentencing Guidelines”. La tarea es descrita por los que participaron en su redacción como especialmente compleja por el elevado número de normas penales a coordinar (alrededor de 700 delitos federales), las distintas opciones teóricas con las que se podía abordar la tarea y el abandono de la reforma sustantiva a la que inicialmente debía ir vinculada la elaboración de las directrices⁵². De acuerdo con el sistema creado, la pena se calcula con base en una tabla que contempla 43 niveles de delito en su eje vertical y 6 categorías relativas a la historia criminal del autor del delito en su eje horizontal (referida a las condenas anteriores y otras circunstancias como, por ejemplo, la de cometer el delito estando en situación de suspensión de la ejecución de la pena). La intersección entre ambos ejes determina el marco penal aplicable en cada caso, expresado en meses de privación de libertad (o cadena perpetua en los niveles superiores).

Para determinar el nivel de delito correspondiente, las directrices acometen en el capítulo segundo una auténtica tarea de sistematización de los delitos, agrupándolos en función de lo que en el Derecho penal europeo continental sería el bien

51 SARI, P.B., *Report on the Continuing Impact of United States vs. Booker on Federal Sentencing*, 2012, op. cit, p. 16.

52 BREYER, S., “Federal Sentencing Guidelines Revisited,” *Federal Sentencing Reporter* 11, no. 4 (1999), p. 181.

jurídico protegido. Cada categoría o grupo de delitos parte de una conducta base, a la que se asigna un nivel de la tabla, tomando en consideración las normas penales vigentes (debidamente referenciadas en cada directriz). En función de la presencia de los elementos descritos como configuradores de conductas calificadas, se incrementará de nivel en el grado indicado por las directrices. En el capítulo tercero se indican aquellas otras circunstancias, relativas a la víctima o al autor, que todavía pueden servir para incrementar o disminuir de nivel. El capítulo cuarto establece por su parte el sistema de puntos para calcular la categoría del eje horizontal de la tabla, relativa a la historia criminal. Y el capítulo quinto, todavía proporciona un conjunto de criterios relativos, entre otras cuestiones, a la tipología de las penas a imponer o a la suspensión de la ejecución. En suma, las directrices ya eran en su primera versión de 1987 una obra voluminosa que con el tiempo no ha dejado de crecer⁵³.

A pesar de que la preocupación por las consecuencias negativas del sistema vigente era ampliamente compartida, las directrices no nacieron libres de críticas. Una de ellas encontró fundamento en la idea de la división de poderes y fue resuelta en 1989 en el caso “*Mistretta v. United States*”⁵⁴. El condenado pretendía la no aplicación de las directrices federales por considerarlas un exceso de delegación del poder legislativo en la Comisión, formalmente adscrita al poder judicial. El Tribunal Supremo zanjó la cuestión declarando que no existía vulneración de la doctrina de la división de poderes, en la medida que la Comisión actuaba bajo criterios suficientemente determinados por la SRA.

Otra crítica a las directrices, mucho más generalizada, procedió de los jueces federales, que las recibieron con notable

53 Las relativamente manejables 200 páginas de la primera versión son pocas comparadas con las casi 600 de la versión de 2014. Pueden consultarse todas las versiones de las directrices federales en la página web de la “United States Sentencing Commission”: <http://www.ussc.gov/>.

54 *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).

desagrado por lo que entendían una pérdida de flexibilidad del sistema y de la tan arraigada discreción judicial en el “common law”. Las directrices fueron vistas como una deshumanización de la individualización de la pena, reduciéndola a una mera fórmula matemática contraria a la consolidada idea de justicia adaptada al caso particular, máxime teniendo en cuenta que eran de aplicación obligatoria⁵⁵.

Con el transcurso del tiempo se han señalado todavía otros problemas, como su difícil compatibilidad con la obligación legal de imponer penas mínimas en algunos delitos (cuestión distinta y paralela a la existencia de las directrices) o la cuestión del desplazamiento de la discrecionalidad de los jueces hacia los fiscales que se observa en la práctica. Tal desplazamiento, que desagrada por igual a jueces y abogados, se explica por la relevancia que pasa a tener la calificación jurídica de los hechos por parte de la Fiscalía en un contexto en el que la pena imponible es conocida con antelación. El sector más crítico arguye que el margen de flexibilidad de la Fiscalía a la hora de decidir los cargos puede ser (y es) utilizada para negociar acuerdos de culpabilidad⁵⁶.

Sin embargo, es la cuestión de la obligatoriedad la que más directamente incide en el objeto de estas páginas, por lo que especial interés tiene aquí su evolución. En su origen, el carácter vinculante de las directrices fue uno de los presupuestos considerados clave para la consecución del objetivo de mayor certeza y uniformidad del sistema. La comisión del Congreso

55 Por todos, ROBINSON, P.H., “The Federal Sentencing Guidelines: Ten Years Later,” *Northwestern University Law Review* 91, no. 4 (n.d.), p. 1241.

56 Críticos con el desplazamiento de la discrecionalidad hacia los fiscales, HE-ANEY, G.W., “The Reality of Guidelines Sentencing,” *Sant Louis University Law Journal* 44, no. 2 (2000): 293–98; BARKOW, R.E., “Sentencing Guidelines at the Crossroads of Politics and Expertise,” *University of Pennsylvania Law Review* 160, no. 6 (2012): 1622-1626. Sobre la incompatibilidad de las directrices con la existencia de penas mínimas obligatorias, por todos, CAPPELLINO, A. y MERINGOLO, J., “The Federal Sentencing Guidelines and the Pursuit of Fair and Just Sentences,” *Albany Law Review* 77, op.cit, p. 800-817.

de los Estados Unidos que trabajó en la SRA, analizó la experiencia de los Estados que contaban ya con este tipo de instrumento (algunos desde los años 70) y llegó a la conclusión de que allí donde no eran de aplicación obligatoria, no se alcanzaban plenamente los objetivos. Con todo, aun configurándolas como obligatorias, el margen para la discreción judicial seguía existiendo. En primer lugar, las directrices preveían la posibilidad de apartarse excepcionalmente y de forma motivada de las mismas, siempre que las circunstancias del caso lo aconsejaran o se diera alguna particularidad que no hubiera sido contemplada. En segundo lugar, la introducción de la posibilidad de revisar la decisión judicial fortalecía la garantía de adecuación a las particularidades del caso. Y finalmente, sus redactores no dejaron de recordar el carácter dinámico con el que habían sido concebidas, siendo la revisión continua una de las funciones permanentes de la Comisión⁵⁷.

Sin embargo, en 2005, la sentencia del caso “United States v. Booker”⁵⁸ marcó un importante punto de inflexión, hablándose desde entonces de una era pre-Booker y post-Booker en esta materia. El Tribunal Supremo eliminó de la SRA la disposición que hacía referencia a la obligatoriedad de las directrices, estableciendo a partir de entonces su naturaleza consultiva (los jueces “considerarán” las directrices). La decisión se produjo en el contexto de una cuestión ciertamente sensible en la aplicación de las directrices, como era la alegada vulneración de la Sexta Enmienda, derivada de la posibilidad del juez de elevar la pena sobre la base de la apreciación de un hecho cuya concurrencia no había sido declarada por el jurado o admitida por el sujeto en el proceso en el que había sido condenado⁵⁹. Desde la sentencia

57 Así, Stephen Breyer, miembro de la Comisión entre 1985 y 1989, ya hacía especial hincapié en esta idea en 1988 (BREYER, S., “The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest,” *Hofstra Law Review* 17, no. 1 (1988): 8); e insistió en lo mismo una década después (BREYER, S., “Federal Sentencing Guidelines Revisited”, op. cit., p. 180).

58 United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).

59 Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expedi-

Booker, otras sentencias del Tribunal Supremo se han referido a la aplicabilidad de las directrices federales, afectando significativamente la práctica judicial con relación a las mismas⁶⁰.

En realidad, la sentencia Booker no hizo sino incidir, dieciocho años después de la aprobación de las directrices, en un estado de opinión de cierta regresión con relación a los originales objetivos de uniformidad, transparencia y certeza. Ante las continuas críticas, los propios redactores de 1987 habían reaccionado ya tiempo atrás recordando que las directrices no pretendían una uniformidad absoluta, sino únicamente una mayor uniformidad. Opinaban, como tantos otros autores, que la reducción de la disparidad no debía comprometer la idea de justicia y equidad en el caso particular y, para ello, sugerían una simplificación de las directrices, que con el tiempo se habían tornado en un instrumento excesivamente complejo y detallado, con poco o nulo margen para la discreción judicial⁶¹.

En suma, lo que es interesante observar aquí, es que solo una década después de su aprobación y antes de la sentencia Booker, la idea de flexibilidad parecía volver a tomar fuerza con relación a la de certeza, lo cual no deja de ser congruente con la evolución de estos conceptos en Estados Unidos, descrita más arriba. Y ello a pesar del consenso con relación a los objetivos que propiciaron la reforma, o de otros beneficios sociales y económicos esperados de la misma, como los derivados del efecto de prevención general de la predictibilidad de las sanciones penales.

tamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de la Asesoría Legal para su defensa”.

60 SARI, P.B., *Report on the Continuing Impact of United States vs. Booker on Federal Sentencing*, op. cit., p. 10.

61 BREYER, S., “Federal Sentencing Guidelines Revisited”, op. cit., p. 180 y 185-186; BORMAN, P.D., “The Federal Sentencing Guidelines,” *Thomas M. Cooley Law Review* 16, no. 1 (1999), p. 1-12.

No quiero sugerir con ello que las directrices federales y la “United States Sentencing Commission” no cumplen hoy un papel relevante en el sistema judicial penal de los Estados Unidos. Todo lo contrario. En el Informe Booker 2012 se habla de un “contexto de renovado interés” por el sistema federal de individualización de la pena y algunos autores destacan como, a pesar de no ser obligatorias, se aplican en un 80% de los casos, siendo este porcentaje similar al de las directrices estatales⁶². En la era post-Booker, la Comisión sigue actualizando las directrices tomando en consideración los cambios normativos, los datos estadísticos, la opinión pública y la opinión de la profesión jurídica y de la academia. Además, la Comisión tiene un rol activo en la elaboración y análisis de las estadísticas del sistema penal federal, resuelve conflictos interpretativos con relación a las directrices, publica informes y trabajos de investigación y ofrece formación especializada. Todo ello en cumplimiento de las obligaciones que le atribuía la SRA.

En términos generales, y una vez garantizada una mayor discrecionalidad judicial, hoy se reconocen los beneficios de las directrices federales (y estatales) en términos de transparencia y predictibilidad, si bien se es mucho más cauto tanto a la hora de afirmar que la disparidad haya disminuido de forma efectiva en todos los casos (por ejemplo con relación a la raza, etnia o género)⁶³, como de pronosticar el futuro de las directrices y del

62 SARI, P.B., *Report on the Continuing Impact of United States vs. Booker on Federal Sentencing*, op.cit., p. 12. El dato sobre la aplicación de las directrices federales es referenciado en este caso por BARKOW, R.E., “Sentencing Guidelines at the Crossroads of Politics and Expertise”, op. cit., p. 1621. No obstante, el detalle de las estadísticas anuales, disponibles tomando en consideración distintos parámetros, pueden consultarse en la página web de la Comisión: <http://www.ussc.gov/research-and-publications/federal-sentencing-statistics>.

63 Así lo ponía ya de manifiesto el informe elaborado por la Comisión en 2004: HOFER, P.J. et al., *Fifteen Years of Guidelines Sentencing - An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System Is Achieving the Goals of Sentencing Reform*, 2004. Con relación a las eventuales disparidades derivadas del distinto perfil de los jueces, algunos autores han denunciado las dificultades para llevar a cabo un análisis de esta naturaleza, debido a la falta

sistema federal de individualización de la pena en su conjunto, ámbito señalado como especialmente susceptible a la instrumentalización política, sujeto a constantes reformas⁶⁴. Es por esta razón que la labor de revisión del “Model Penal Code” por lo que respecta a esta materia elaborada por el “American Law Institute” cobra especial relevancia, hasta el punto de haber sido considerada por Andrew Ashworth como “el paso más significativo en la incorporación de los valores del Estado de Derecho en este ámbito”⁶⁵.

2. Las “sentencing guidelines” en Inglaterra y Gales.

En Inglaterra y Gales existen directrices sobre individualización de la pena si bien las diferencias con Estados Unidos son remarcables, tanto por lo que se refiere a sus antecedentes, como a sus objetivos y formato.

La era moderna de las directrices inglesas empieza en 1998 con la “Crime and Disorder Act”, si bien la elaboración de criterios para la individualización de la pena es anterior. Desde los años ochenta, la “Court of Appeal” los elaboraba en un contexto de amplia discreción judicial, limitada únicamente por las penas mínimas y máximas obligatorias establecidas por las normas escritas. Sin embargo, el llamado “modelo de apelación” tenía importantes limitaciones a la hora de garantizar la consistencia en la individualización de la pena. El principal problema radicaba en que las ocasiones para elaborar directrices eran pocas debido al carácter restrictivo de los motivos de apelación (únicamente cuando hubiera error en la aplicación del Derecho o la sanción impuesta por los tribunales de primera instancia fuera

de total transparencia del sistema en este punto (SCHANZENBACH, M.M., y TILLER, E.H., “Reviewing the Sentencing Guidelines: Judicial Politics, Empirical Evidence, and Reform,” *University of Chicago Law Review* 75, no. 2 (2008), p. 715–60).

64 BARKOW, R.E., “Sentencing Guidelines at the Crossroads of Politics and Expertise”, op. cit., p. 1599-1630.

65 ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Sixth Ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 451.

“manifiestamente no apta”) y ni siquiera de todas las apelaciones se derivaba una directriz aplicable a casos posteriores. Si a ello le añadimos que la “Court of Appeal” conocía únicamente casos referidos a los delitos más graves, el resultado es el de una aproximación asistemática e incompleta que favorecía las disparidades y contradicciones⁶⁶.

La “Crime and Disorder Act” de 1998 supuso un primer paso hacia una mayor limitación de la discreción judicial y ordenación del sistema, con el objetivo de mejorar la transparencia y la consistencia en la individualización de la pena⁶⁷. Con esta norma se creó un organismo, el “Sentencing Advisory Panel” (SAP), de composición mixta (jueces, académicos, profesionales con conocimiento del sistema penal y, posteriormente, también legos en la materia), cuya función era la de asesorar a la “Court of Appeal”, proponiendo directrices elaboradas siguiendo un exhaustivo procedimiento consultivo. Lo relevante en este primer paso es la pérdida de la capacidad de la “Court of Appeal” de crear directrices de forma autónoma, al margen del procedimiento establecido⁶⁸.

En el año 2000, el Gobierno encargó un informe sobre el sistema de individualización de la pena. Como indica el Informe Halliday, el objetivo del análisis era la elaboración de propuestas de mejora que contribuyeran a la reducción de la delincuencia (con especial énfasis en la cuestión de la reincidencia) y a incrementar la confianza pública⁶⁹. Nótese que aquí el objetivo principal no era el aumento de la uniformidad y de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, como en el caso de los Estados

66 Roberts; Azmeh; Tripathi, “Structured Sentencing in England and Wales: Recent Developments and Lessons for India,” *National Law School of India Review* 23, no. 1 (2011), p. 31; WASIK, M., “The Status and Authority of Sentencing Guidelines,” *Bracton Law Journal* 39 (2007), p. 11.

67 *Ibid.*, p. 9.

68 ASHWORTH, A., “The Sentencing Guideline System in England and Wales,” *South African Journal of Criminal Justice* 19, no. 1 (2006), p. 2.

69 HALLIDAY, J., *Making Punishments Work. Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales*, 2001.

Unidos, sino más netamente un problema penal. Las ideas de transparencia y de consistencia están presentes en el informe, si bien con un significado que ilustra las singularidades del sistema inglés con relación al estadounidense.

El objetivo de la transparencia se refiere a la comprensión del sistema por parte de los operadores jurídicos, el Parlamento y la sociedad en general. Se decía que las razones que sirven para decidir un caso individual deben poder ser entendidas de forma más clara. De lo contrario, la sociedad no confía en el sistema y las consecuencias en términos de miedo al delito y demandas punitivistas no se hacen esperar. La transparencia tiene además otra dimensión orientada a la judicatura: para una mejor eficacia y eficiencia del sistema, es imprescindible que los jueces conozcan el impacto criminológico y el coste económico de sus decisiones⁷⁰.

Por su parte, la consistencia es descrita en el informe como un principio irrenunciable de la individualización de la pena, si bien con una particularidad que explicará el actual formato de las directrices inglesas: “Lo que se debe procurar es la aplicación consistente de principios y estándares explícitos, aun reconociendo que esta práctica puede llevar a resultados dispares. El objetivo es la consistencia en el enfoque, no la uniformidad de resultados”⁷¹. Como es fácil de entrever, en este planteamiento subyace la tradicional idea inglesa de Justicia que prima, en detrimento de la certeza del Derecho, la posibilidad de adecuación de la decisión al caso individual y el rechazo de todo intento de formalización excesiva.

En 2003 se aprueba la “Criminal Justice Act”. Se trata de una reforma sustancial que siguiendo las recomendaciones del Informe Halliday, tenía como objetivo la creación de un sistema completo de directrices de individualización de la pena. Por tal se entendía la elaboración de “directrices definitivas” para todos los delitos, pero también, y ahí radicaba la principal novedad,

70 Ibid., p. 5, 8, 17.

71 Ibid., p. 16.

la posibilidad de orientar a los tribunales en cuestiones como los cambios normativos o el uso de nuevas sanciones penales, y el establecimiento de principios generales (con relación, por ejemplo, a los fines de la pena, por primera vez explicitados en la norma, o a la aplicación de factores agravantes y atenuantes). En la medida que el “Sentencing Advisory Panel”, por su naturaleza asesora de la “Court of Appeal”, no podía acometer todas estas tareas, se creó un nuevo organismo, el “Sentencing Guidelines Council”, con una composición mixta que no estuvo libre de controversia durante el debate parlamentario, por los intentos de dar un rol mucho más activo al Parlamento y al Gobierno en un ámbito considerado tradicionalmente judicial. Finalmente, se optó una vez más por un intrincado sistema de consultas institucionales en el procedimiento de elaboración de las directrices, admitiéndose la asistencia de representantes del Gobierno en las reuniones del nuevo organismo, si bien sin derecho a voto⁷².

Resultado de la reforma fue una complicada estructura en la que convivían el “Sentencing Guidelines Council”, el “Sentencing Advisory Panel” (ahora asesor del primero) y la “Court of Appeal”, que había recuperado la capacidad de crear sus propias directrices al margen de los otros dos organismos, se dice que por un simple descuido de la ley. En términos de fomento de la transparencia y la consistencia, es destacable la publicación en 2005 del “Guideline Judgements Case Compendium”, que comprendía tanto las directrices elaboradas por la “Court of Appeal” hasta la fecha, como las elaboradas más recientemente por el “Sentencing Guidelines Council”⁷³.

72 ASHWORTH, A., “The Sentencing Guideline System in England and Wales”, p. 8-12. Las críticas a la inclusión, por primera vez, de una directriz en una norma escrita (“Criminal Justice Act 2003”), incluso tratándose de una obligación derivada de una resolución del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, son expresión de la sensibilidad política, también en Inglaterra y Gales, en torno a la individualización de la pena y la división de poderes. Véase un ejemplo de crítica en WASIK, M., “The Status and Authority of Sentencing Guidelines”, p. 15-16.

73 En opinión de ASHWORTH, A., el marco legal creado entre 1998 y 2004 para los “guideline judgments” de la “Court of Appeal”, aconseja utilizar

Sin embargo, no pasan muchos años hasta que otra reforma vuelve a dar un giro al sistema. En 2009, se aprueba la “Coroners and Justice Act”, considerada el inicio de una nueva era en la materia. En esta ocasión, la razón que motivó la revisión del sistema de individualización de la pena fue el coste económico del incremento sostenido de la población penitenciaria como consecuencia de la aplicación de las directrices existentes. La sensación de “déficit democrático” por parte del Gobierno que había estado presente en la reforma de 2003, se reavivó al constatar que, en la práctica, éste no controlaba los criterios de asignación de recursos públicos al sistema penitenciario.

Con el objetivo de hacer un análisis de la situación y elaborar nuevas propuestas, se creó un grupo de trabajo, el “Sentencing Commission Working Group”, cuyo informe fue sometido al Gobierno y al máximo representante de la judicatura en verano de 2008. Desde el punto de vista tratado aquí, el conocido como Informe Gage es relevante por significar el rechazo expreso y formal del sistema de directrices federales y estatales de Estados Unidos. El grupo de trabajo analizó exhaustivamente las directrices de los estados de Carolina del Norte y de Minnesota (éstas últimas consideradas paradigma del sistema estadounidense basado en parrillas), y llegó a la conclusión de que si bien el sistema incrementaba la consistencia y la predictibilidad de las condenas, el coste en flexibilidad lo hacía inadecuado e inaceptable en Inglaterra y Gales⁷⁴.

la distinta expresión “guidance judgments” para referirse a las directrices posteriores, cuya fuerza vinculante reside en la doctrina del precedente (ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Sixth Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

74 Sentencing Commission Working Group, *Sentencing Guidelines in England and Wales: An Evolutionary Approach*, 2008, p. 31. Con más detalle, p. 12-14. Debe decirse, no obstante, que no todas las voces reclaman más flexibilidad. Desde fuera del ámbito jurídico, un ejemplo es Dhami, quien se muestra muy crítico con el sistema vigente (DHAMI, M.K., “Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities?,” *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013), p. 289-307.). Por otra parte, hay quien defiende que la idea de falta de flexibilidad del modelo estadounidense

La “Coroners and Justice Act” sustituye los dos organismos existentes por un único organismo, el “Sentencing Council for England and Wales”, al que dota de funciones más amplias con relación a sus predecesores. Así, además del encargo de elaborar directrices, le encomienda la monitorización de su funcionamiento y efectos, a través de la elaboración de conclusiones sobre los factores que influyen en las condenas, el análisis económico del sistema o el efecto de las directrices sobre la consistencia y la confianza pública en el sistema penal. Se espera, además, que el Council pueda asesorar al Gobierno en la evaluación de propuestas legislativas. En definitiva, se pone el énfasis en el análisis del impacto del sistema de individualización de la pena, algo para lo cual los organismos anteriores no tenían ni el mandato legal ni los recursos necesarios. Con ello se pretende garantizar una mayor coherencia con las políticas penales del Gobierno, si bien en un marco de estricto respeto a la función y a la discreción judicial. En este sentido, es interesante saber que el informe del grupo de trabajo había vuelto a descartar que las directrices tuvieran que ser aprobadas por parte del Parlamento⁷⁵.

El rechazo del modelo estadounidense a favor de un modelo más flexible, se concreta en el diseño de un nuevo formato al que deberán adaptarse todas las directrices. La estructura es lo que singulariza el modelo inglés: cada directriz describe un proceso, consistente en una serie de pasos que todo juez debe seguir en la individualización de la pena, estableciéndose así el orden de las cuestiones a considerar. Los pasos no son idénticos en todos los casos, pero puede hablarse de una estructura común. Así, en todas las directrices se indica un marco penal para el delito, marcos específicos para las categorías del mismo definidas

es un tópico que no se corresponde con la realidad (REITZ, K.R., “Comparing Sentencing Guidelines: Do US Systems Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?,” in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, ed. Andrew Ashworth and Julian V. Roberts (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 182–201).

75 Sentencing Commission Working Group, *Sentencing Guidelines in England and Wales: An Evolutionary Approach*, p. 30.

en función de la gravedad, el daño producido y la culpabilidad (entendida como elemento subjetivo); una pena base (“starting point”) para cada categoría, los factores que pueden servir para agravar o atenuar la pena base y otros criterios relativos, por ejemplo, a la imposición de multas, la compensación, la confiscación o el efecto de la declaración de culpabilidad. Además, las directrices distinguen, allí donde procede, entre la pena a imponer a personas físicas y jurídicas. Como es lógico, las directrices se elaboran respetando y remitiéndose a las disposiciones establecidas por las distintas normas escritas que definen el marco legislativo de la individualización de la pena⁷⁶.

Este sistema representa la consolidación de la idea de la consistencia entendida como uniformidad en el enfoque, más que en los resultados. A diferencia del modelo estadounidense, el margen de flexibilidad es muy amplio, puesto que la directriz se considerará respetada siempre que el juez se mantenga dentro del marco penal general establecido para el delito, sin obligación de aplicar los marcos específicos sugeridos para alguna de sus categorías. Por otra parte, si bien las categorías (y sus respectivas penas base) se configuran como una lista cerrada, no lo son en cambio las circunstancias agravantes y atenuantes sugeridas en cada directriz. En este caso, se hace constar de forma expresa que la relación no es exhaustiva, dejándose margen a la discreción judicial, si bien debe hacerse notar que igual énfasis se pone en la necesidad de motivar la decisión, indicada específicamente como un paso en todas las directrices.

Como en el caso estadounidense, elemento sustancial de la flexibilidad del sistema es el carácter vinculante o potestativo de las directrices. En el caso inglés, la ley de 2009 parece reforzar su carácter vinculante, si bien en realidad mantiene un amplio margen para apartarse de las mismas. Así, si con anterioridad a la ley se decía que el tribunal “debía tenerlas en cuenta”,

76 Todas las directrices definitivas pueden consultarse en la página web del “Sentencing Council for England and Wales”: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>.

ahora se indica que “debe seguirlas” pero, adoptando la fórmula neozelandesa, a continuación se añade: “a no ser que el tribunal estime que sería contrario a los intereses de la Justicia”⁷⁷.

Aunque un análisis del impacto de la reforma sobre todos sus objetivos, requiere todavía algo más de trayectoria, los autores ingleses coinciden en destacar la singularidad de su sistema con relación al estadounidense y hablan de dos sistemas modernos de individualización de la pena, uno estricto y otro flexible, con capacidad de ser exportados al resto de países del mundo del “common law”⁷⁸.

3. Una alternativa al sistema de “sentencing guidelines”.

A pesar de la potencial exportabilidad de los modelos estadounidense e inglés, es importante subrayar que éstos son todavía considerados como la excepción, pues no todos los países del “common law” han optado por reformas tan sustanciales⁷⁹. Algunos han desarrollado otras estrategias con los mismos objetivos de mejora del sistema en términos de transparencia y consistencia. A modo de ejemplo, en estas páginas haré breve referencia al uso de sistemas de información en el estado australiano de New South Wales.

El sistema de individualización de la pena en los seis estados y dos territorios australianos es heredero del sistema inglés.

77 ROBERTS, J.V., “Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues,” *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013), p. 11–14. Debe puntualizarse que las directrices neozelandesas, elaboradas en 2008, no han sido todavía aplicadas. Sobre éstas con más detalle: YOUNG, W. y KING, A., “The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines: A Comparison of England and Wales and New Zealand,” in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, ed. Andrew Ashworth and Julian V. Roberts (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 202–17.

78 ROBERTS, J.V.; AZMEH, U. y TRIPATHI, K., “Structured Sentencing in England and Wales: Recent Developments and Lessons for India”, op. cit., p. 32.

79 O’MALLEY, T., “Living without Guidelines,” in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, ed. Andrew Ashworth and Julian V. Roberts (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 220.

Aunque de forma similar a Estados Unidos e Inglaterra, durante las dos últimas décadas la legislación penal australiana ha evolucionado estableciendo de forma expresa los fines de la pena y los principios generales de su individualización, originalmente se partía de una situación de gran flexibilidad: mínima regulación normativa (penas máximas y poco más) y sistema de autoregulación judicial a través de las directrices establecidas por las distintas Cortes de Apelación Penal. En Australia, la idea de la discreción judicial en esta materia se plasma en el concepto “instinctive synthesis”, que expresa la facultad judicial de valoración conjunta de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, así como las normas, principios y directrices en su caso aplicables, sin seguir un proceso de razonamiento previamente establecido. Algunos autores utilizan la expresión “pensamiento o enfoque holístico de la individualización de la pena” para referirse a este método de razonamiento judicial⁸⁰.

La “instinctive synthesis” está tan arraigada entre los jueces australianos que la resistencia a la limitación de la discreción judicial se ha expresado con especial intensidad siempre que se ha visto amenazada. El rechazo de la previsión legal de condenas mínimas para algunos delitos es un buen ejemplo. Aunque la previsión legal de algunas (pocas) condenas mínimas no era nueva, el debate se intensificó a partir de finales del siglo XX, como consecuencia del progresivo interés político por las mismas. En el caso del Estado de New South Wales, por ejemplo, si bien la existencia de condenas mínimas se remonta a finales del S.XIX, fue en el año 2002 cuando, respondiendo a una percepción social de excesiva laxitud por parte de los jueces, se estableció un régimen de condenas mínimas para un conjunto de delitos (en la práctica, el tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad), que levantó duras críticas entre académicos y jueces, por considerarse una simple

80 Así, por ejemplo, LOVEGROVE, A., “Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing,” *International Journal of Law and Information Technology* 7, no. 1 (1999), p. 31–72.

manifestación de instrumentalización política en tiempos de políticas de “ley y orden” y populismo punitivo⁸¹. El debate sigue abierto en toda Australia, como lo está en Estados Unidos, Inglaterra y otros países del “common law”, a la vista de los múltiples efectos negativos que, en opinión del sector más crítico, se derivan de la existencia y aplicación de las condenas mínimas: vulneración del principio de separación de poderes, dificultades para hacer efectivo el principio de proporcionalidad y de subsidiariedad en sede judicial, desplazamiento del poder discrecional desde los jueces hacia la policía y la fiscalía, incremento de la población penitenciaria y los costes del sistema penal, disminución de las declaraciones de culpabilidad, etc⁸².

Sin embargo, el notable grado de consenso entre judicatura y academia en torno a la cuestión de las condenas mínimas, no es tan evidente con relación al uso del razonamiento holístico o intuitivo en la individualización de la pena. Algunos, critican frontalmente la “instinctive synthesis” sobre la base de los principios del Estado de Derecho, la consistencia, la transparencia y la certeza del Derecho⁸³. Otros abordan alternativas concretas, ya sea la consolidación de un proceso de razonamiento en dos

81 Crimes (Sentencing Procedure) Amendment (Standard Minimum Sentencing) Act 2002 No 90. Las críticas pueden verse en: COWDERY, N., “Mandatory Sentencing,” *Sydney Law School, Distinguished Speakers Program*, 2014, p. 1–16; ANDERSON, J., “Standard Minimum Sentencing and Guideline Judgments: An Uneasy Alliance in the Way of the Future,” *Criminal Law Journal* 30 (2006), p. 204 y 211.

82 Desde la perspectiva australiana, COWDERY, N., “Mandatory Sentencing”, p. 12-13. En el contexto del debate inglés, Ashworth pone en duda el supuesto efecto preventivo general de las condenas mínimas, recordando que éste no ha sido plenamente verificado ni con relación a uno de los sistemas más estudiados internacionalmente, como es el régimen “three strikes” californiano (ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*: 107). En Estados Unidos, es especialmente significativa la postura abiertamente contraria del “American Law Institute” (American Law Institute, *Model Penal Code: Sentencing. Tentative Draft No. 2*, 2011, p. 5-8).

83 BAGARIC, M., “Sentencing: From Vagueness to Arbitrariness: The Need to Abolish the Stain That Is the Instinctive Synthesis,” *UNSW Law Journal* 38, no. 1 (2015), p. 76–113.

niveles (inducido por la propia legislación sobre condenas mínimas), el establecimiento de un sistema de directrices suficientemente flexible como el inglés o la implementación de otros esquemas “ad hoc” de razonamiento lógico⁸⁴. Con todo, y a pesar de la amplia discusión, la “instinctive synthesis” sigue siendo el método de razonamiento judicial más aceptado, con el aval de la jurisprudencia del “High Court of Australia”⁸⁵.

La resistencia judicial al establecimiento de un proceso estructurado de individualización de la pena o el rechazo político expreso de un modelo de directrices a nivel federal, rígido como el estadounidense, no significa, ni mucho menos, que la preocupación por la consistencia y la transparencia no hayan estado presentes en la práctica judicial⁸⁶. Por lo que respecta al estado de New South Wales, en 1986, la “Judicial Officers Act” creó la “Judicial Commission” con la función, entre otras, de ayudar a los tribunales a ser consistentes en la imposición de condenas. Con este objetivo, la ley indica que, sin que ello implique ninguna limitación a la discreción judicial, la Comisión monitorizará las condenas impuestas y diseminará datos e informes acerca de las mismas⁸⁷.

En cumplimiento de este mandato legal, la primera tarea de la Comisión fue el lanzamiento en 1990 de una base de datos de nombre SIS (por “Sentencing Information System”). El SIS, que partía de los sistemas de información judicial canadienses como antecedente, permitía obtener datos estadísticos a partir de

84 ANDERSON, J., “Standard Minimum Sentencing and Guideline Judgments: An Uneasy Alliance in the Way of the Future”, p. 219; LOVEGROVE, A., “A Decisions Framework for Judicial Sentencing: Judgment, Analysis and the Intuitive Synthesis,” *Criminal Law Journal* 32 (2008), p. 269–86.

85 Una síntesis de la evolución de la jurisprudencia del High Court en: ANDERSON, J., “Standard Minimum Sentencing and Guideline Judgments: An Uneasy Alliance in the Way of the Future”, p. 211-213.

86 El rechazo formal del modelo estadounidense se plasma en el informe Australian-Law-Reform-Commission, “Same Crime, Same Time. Sentencing of Federal Offenders,” *Report 103*, 2006, p. 536-538.

87 Judicial Officers Act 1986 No. 100, Section 8.

la combinación de distintas variables y significó un primer paso en la promoción de un modelo más racional de individualización de la pena. El objetivo era que los jueces, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, pudieran tener en cuenta las condenas impuestas en casos similares, accediendo a esta información de forma ágil y gráfica. Las valoraciones de la herramienta difieren en función de la fuente. Mientras desde la propia Comisión se ha considerado retrospectivamente que el SIS supuso un éxito remarkable, no faltaron voces críticas entre la doctrina, poniendo de manifiesto sus muchas limitaciones técnicas. Es de destacar aquí la conclusión crítica que sugería que difícilmente un sistema de información podía servir al objetivo de una mayor consistencia y racionalidad allí donde el principal problema era la falta de consenso en torno al método de razonamiento judicial o a los principios de la individualización de la pena (entonces todavía no contemplados por una norma escrita)⁸⁸.

Actualmente, el SIS es parte de un repositorio mucho más amplio en su contenido y funcionalidades: el JIRS (por “Judicial Information Research System”). Se trata de una base de datos con jurisprudencia de los distintos tribunales superiores, las directrices elaboradas por la “Court of Criminal Appeal”, legislación, informes, estadísticas, publicaciones... toda aquella información útil en el proceso de toma de decisiones judiciales, siempre en un marco de respeto al modelo de la “instinctive synthesis”. La singularidad del JIRS con relación a otras bases de datos conocidas, sigue siendo la posibilidad de visualizar la información estadística en forma de gráficos, funcionalidad desarrollada de forma especialmente avanzada en la versión del JIRS para el “Land and Environment Court of NSW” en 2008⁸⁹.

88 LUMLEY, K., “From Controversy to Credibility: 20 Years of the Judicial Commission of New South Wales,” *Judicial Commission of New South Wales*, 2008, p. 5-7. Vid. una evaluación crítica del SIS en: LOVEGROVE, A., “Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing”.

89 PRESTON, B.J. y DONNELLY, H., “The Establishment of an Environmental Crime Sentencing Database in New South Wales,” *Criminal Law Journal* 32 (2008), p. 214-38.

Esta última versión del JIRS, por su naturaleza y formato, es la más interesante como ejemplo de estrategia alternativa a las directrices estadounidenses o inglesas, para la consecución de los objetivos de consistencia, racionalidad y transparencia en la individualización de la pena. Como destacan sus promotores, una de sus singularidades radica en la mezcla de datos cuantitativos y cualitativos. Así, el usuario, cuando genera gráficos combinando distintas variables (tipo de delito, circunstancias objetivas y subjetivas, penas principales, penas accesorias...), puede acceder también al listado, la información básica y la motivación de las sentencias representadas en el mismo. De esta manera, el usuario puede hacerse una mejor idea del razonamiento judicial seguido en cada caso, más allá de conformarse con la mera estadística⁹⁰.

Es importante señalar, como hacen los mismos autores de la herramienta, que la eficacia de este sistema en términos de consistencia, se enmarca en un concepto de consistencia en el enfoque y no de los resultados, en la misma línea del modelo inglés. La consistencia en el enfoque -se dice con base en la propia jurisprudencia- tiene dos dimensiones: la referida a los resultados y la referida al proceso. Con relación a los resultados, el objetivo a perseguir no es la uniformidad sino la justicia igualitaria, que encierra la idea de trato desigual a situaciones desiguales, razón por la que deviene crucial la posibilidad de acceder a la información cualitativa del análisis estadístico. Con relación al proceso, el objetivo es la aplicación consistente de los principios de la individualización de la pena, sirviendo el JIRS como “recordatorio” de todas las cuestiones que el juez debe tomar en consideración⁹¹.

En definitiva, el JIRS se ve desde el ámbito judicial como una valiosa herramienta de apoyo en la búsqueda del equilibrio entre la justicia individual y la necesidad de consistencia, que

90 Ibid., p. 231-234.

91 PRESTON, B.J., “A Judge’s Perspective on Using Sentencing Databases,” *Journal of Court Innovation* 3, no. 1 (2010), p. 251-257.

dota al sistema de predictibilidad, accesibilidad y transparencia de las resoluciones judiciales, haciendo efectivo, con ello, los principios del Estado de Derecho⁹².

IV. Conclusiones

Como apuntaba en la introducción, el análisis desarrollado en estas páginas parte de la necesidad de preguntarnos por los valores constitucionales subyacentes en las normas e instituciones penales de los sistemas jurídicos con los que estamos llamados a relacionarnos. En concreto, se trataba de dilucidar si, en los países basados en el sistema jurídico del “common law”, puede afirmarse en el ámbito de la individualización de la pena, el respeto de un principio inherente al Estado de Derecho como es el de seguridad jurídica.

En este sentido, y al margen ahora de las razones por las que he optado por utilizar el concepto de “certeza del Derecho” sin querer, con ello, referirme únicamente a la dimensión subjetiva o posibilidad de conocimiento del Derecho por parte de los ciudadanos, dos conclusiones pueden ser apuntadas.

En primer lugar, es importante justamente la cuestión terminológica. Como sugiere Maxeiner refiriéndose específicamente a los Estados Unidos, reconducir el debate de la certeza del Derecho hacia la idea continental de seguridad jurídica, parece una empresa inútil hoy en día, a no ser que el debate prescinda de la cuestión terminológica (“legal certainty” como tópico) y se reoriente justamente a cuestiones más concretas, nucleares del Estado de Derecho y del principio de legalidad, que sí son del interés del jurista estadounidense. Así, por ejemplo: cómo mejorar la publicidad de las normas escritas y de las sentencias, cómo aumentar la calidad de las decisiones judiciales en términos de claridad, cómo potenciar su carácter vinculante, cómo limitar la retroactividad por parte de los tribunales, cómo

92 Ibid.: 258; PRESTON, B.J. y DONNELLY, H., “The Establishment of an Environmental Crime Sentencing Database in New South Wales”, p. 235.

redactar mejor las normas escritas para facilitar su comprensión y aplicación por parte de sus destinatarios o cómo proteger las legítimas expectativas de los ciudadanos⁹³.

En el contexto de la individualización de la pena, el análisis de los sistemas estadounidense e inglés, así como de un sistema alternativo no basado en directrices de entre los muchos que existen, apunta en esta dirección: hoy el debate no gira tanto alrededor de la idea de certeza del Derecho por las razones históricas apuntadas en la primera parte del trabajo, sino que se desarrolla alrededor de otros principios y conceptos. Así, muy significativamente, las ideas de consistencia y racionalidad de las decisiones judiciales.

La segunda conclusión alcanzada aquí es que, en el ámbito de la individualización de la pena en el “common law”, existen suficientes mecanismos para garantizar, o cuando menos promover, la consistencia, como eje central que dota al sistema de predictibilidad, accesibilidad y transparencia de las resoluciones judiciales.

Ahora bien, como se ha podido comprobar, en los sistemas basados en el “common law” la tensión entre la necesidad de predictibilidad, como condición de cualquier sistema jurídico no arbitrario, y la necesidad de flexibilidad y discreción judicial, como garantía de justicia y equidad en el caso particular, se ha manifestado a lo largo de la historia y sigue hoy viva en el ámbito de la individualización de la pena. Las continuas reformas en este ámbito y la evolución hacia sistemas flexibles, dibujan un escenario suficientemente abierto como para seguir prestandoles atención en el futuro, máxime en un contexto en el que el reconocimiento mutuo de resoluciones penales es una realidad legislativa.

93 .- MAXEINER, J.R., “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, p. 45.

V. Bibliografía

- AJANI, Gianmaria. *Sistemas Jurídicos Comparados: Lecciones Y Materiales*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2010.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code: Sentencing. Tentative Draft No. 2*, 2011.
- ANDERSON, John. "Standard Minimum Sentencing and Guideline Judgments: An Uneasy Alliance in the Way of the Future." *Criminal Law Journal* 30 (2006): 203–23.
- ARNOLD, Chris. "Comparison of Civil Law and Common Law." *Common Law Review* 8 (2007): 5–9.
- ASHWORTH, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*. Sixth Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- . "The Sentencing Guideline System in England and Wales." *South African Journal of Criminal Justice* 19, no. 1 (2006): 1–22.
- AUSTRALIAN-LAW-REFORM-COMMISSION. "Same Crime, Same Time. Sentencing of Federal Offenders." *Report 103*, 2006.
- BAGARIC, Mirko. "Sentencing: From Vagueness to Arbitrariness: The Need to Abolish the Stain That Is the Instinctive Synthesis." *UNSW Law Journal* 38, no. 1 (2015): 76–113.
- BARKOW, Rachel E. "Sentencing Guidelines at the Crossroads of Politics and Expertise." *University of Pennsylvania Law Review* 160, no. 6 (2012): 1599–1630.
- BERNAL-DEL-CASTILLO, J. *Derecho Penal Comparado. La Definición Del Delito En Los Sistemas Anglosajón Y Continental*. Barcelona: Atelier, 2011.
- BORMAN, Paul D. "The Federal Sentencing Guidelines." *Thomas M. Cooley Law Review* 16, no. 1 (1999): 1–12.
- BREYER, Stephen. "Federal Sentencing Guidelines Revisited." *Federal Sentencing Reporter* 11, no. 4 (1999): 180–86.
- . "The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest." *Hofstra Law Review* 17, no. 1 (1988): 1–50.

- CAPPELLINO, Anjelica, and John Meringolo. "The Federal Sentencing Guidelines and the Pursuit of Fair and Just Sentences." *Albany Law Review* 77, no. 3 (2014): 771–824.
- "Certainty of English Law." *Jurist or Quarterly Journal of Jurisprudence and Legislation* 1, no. 3 (1828): 405–21.
- CHLOROS, A.G. "Certainty and the Function of Precedent in Comparative Law." *Revue Hellenique de Droit International* 9 (1956): 66–79.
- COUDERT, Frederic R. "Certainty and Justice." *Yale Law Journal* XIV, no. 7 (1905): 361–73.
- COWDERY, Nicholas. "Mandatory Sentencing." *Sydney Law School, Distinguished Speakers Program*, 2014, 1–16.
- DHAMI, Mandeep K. "Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities?" *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013): 289–307.
- DOBBINS, Jeffrey C. "Structure and Precedent." *Michigan Law Review* 108, no. 8 (2010): 1453–96.
- ESPEY, Lowell. "Towards Certainty in Sentencing: Correctional Alternatives." *Criminal Justice Quarterly* 4, no. 3 (1976): 111–28.
- GOODHART, A.L. "Case Law in England and America." *Cornell Law Quarterly* 15, no. 2 (1930): 173–93.
- . "Determining the Ratio Decidendi of a Case." *Yale Law Review* XL, no. 2 (1930): 161–83.
- . "Precedent in English and Continental Law." *Law Quarterly Review* 50, no. 1 (1934): 40–65.
- GORDON, Robert W. "The American Codification Movement." *Vanderbilt Law Review* 36, no. 2 (1983): 431–58.
- GREENWALD, Michael. "The American Law Institute Simplification Experience." *Dickinson Law Review* 105, no. 2 (2001): 225–28.
- HALLIDAY, John. *Making Punishments Work. Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales*, 2001.
- HEANEY, Gerald W. "The Reality of Guidelines Sentencing." *Sant Louis University Law Journal* 44, no. 2 (2000): 293–98.

- HERGET, James E. "Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy." *American Journal of Legal History* 39, no. 1 (1995): 59–70.
- HOFER, Paul J., Charles Loeffler, Kevin Blackwell, and Patricia Valentino. *Fifteen Years of Guidelines Sentencing - An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System Is Achieving the Goals of Sentencing Reform*, 2004.
- KRESS, Ken. "Legal Indeterminacy." *California Law Review* 77, no. 2 (1989): 283–338.
- LOVEGROVE, Austin. "A Decisions Framework for Judicial Sentencing: Judgment, Analysis and the Intuitive Synthesis." *Criminal Law Journal* 32 (2008): 269–86.
- . "Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing." *International Journal of Law and Information Technology* 7, no. 1 (1999): 31–72.
- LÜCKE, H.K. "Ratio Decidendi: Adjudicative Rational and Source of Law." *Bond Law Review* 1, no. 1 (1989): 36–51.
- LUMLEY, Kate. "From Controversy to Credibility: 20 Years of the Judicial Commission of New South Wales." *Judicial Commission of New South Wales*, 2008, 1–12.
- MACCORMICK, Neil. "The Significance of Precedent." *Acta Juridica*, 1998, 174–87.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "El Precedente En La Dimensión de La Seguridad Jurídica." *Ius et Praxis* 1 (2012): 249–66.
- MARTIN, Dennis. "Due Process - Taking the Void out of Vagueness in Arizona." *Arizona State Law Journal* 1975, no. 2 (n.d.): 457–62.
- MAXEINER, James R. "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy." *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15, no. 2 (2007): 541–608.
- . "Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law." *Valparaiso University Law Review* 41, no. 2 (2006).

- . “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law.” *Houston Journal of International Law* 31, no. 1 (2008): 27–46.
- MCCARL, Ryan. “Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s ‘Void of Vagueness’ Doctrine.” *Hastings Constitutional Law Quarterly* 42, no. 1 (2014): 73–94.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El Movimiento “Critical Legal Studies.”* Alicante, 1993.
- PRESTON, Brian John. “A Judge’s Perspective on Using Sentencing Databases.” *Journal of Court Innovation* 3, no. 1 (2010): 247–58.
- PRESTON, Brian John, and Hugh Donnelly. “The Establishment of an Environmental Crime Sentencing Database in New South Wales.” *Criminal Law Journal* 32 (2008): 214–38.
- PUGSLEY, D. “The Paradox of Precedent.” *Bracton Law Journal* 11 (1978): 68–70.
- REITZ, Kevin R. “Comparing Sentencing Guidelines: Do US Systems Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?” In *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, edited by Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, 182–201. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ROBERTS, Julian V. “Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues.” *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013): 1–25.
- ROBERTS, Julian V., Umar Azmeh, and Kartikeya Tripathi. “Structured Sentencing in England and Wales: Recent Developments and Lessons for India.” *National Law School of India Review* 23, no. 1 (2011): 27–45.
- ROBINSON, Paul H. “The Federal Sentencing Guidelines: Ten Years Later.” *Northwestern University Law Review* 91, no. 4 (n.d.): 1231–46.
- SARI, Patti B. *Report on the Continuing Impact of United States vs. Booker on Federal Sentencing*, 2012.

- http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/news/congressional-testimony-and-reports/booker-reports/2012-booker/Part_A.pdf.
- SCHANZENBACH, Max M., and Emerson H Tiller. "Reviewing the Sentencing Guidelines: Judicial Politics, Empirical Evidence, and Reform." *University of Chicago Law Review* 75, no. 2 (2008): 715–60.
- SELLERS, Mortimer NS. "The Doctrine of Precedent in the United States of America." *American Journal of Comparative Law* 54, no. Supplement Issue (2006): 67–88.
- Sentencing Commission Working Group. *Sentencing Guidelines in England and Wales: An Evolutionary Approach*, 2008.
- STEVENS, Robert. "Basic Concepts and Current Differences in English and American Law." *Journal of Legal History* 6, no. 3 (1985): 336–46.
- TOM O'Malley. "Living without Guidelines." In *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, edited by Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, 218–35. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TRAYNOR, Michael. "The First Restatements and the Vision of The American Law Institute, Then and Now." *Southern Illinois University Law Journal* 32, no. 1 (2007): 145–72.
- WASIK, Martin. "The Status and Authority of Sentencing Guidelines." *Bracton Law Journal* 39 (2007): 9–18.
- YOUNG, Warren, and Andrea King. "The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines: A Comparison of England and Wales and New Zealand." In *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, edited by Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, 202–17. Oxford: Oxford University Press, 2013.