

Recensión a ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*, Madrid, 2013, 312 páginas, ISBN: 978-84-15664-15-4

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA¹

Universidad de A Coruña

Traducción y crítica penal

A comienzos de 2013 salió publicado el libro *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, de Diego Zysman Quirós. El texto constituye una parte sustancial de su tesis doctoral, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en 2011, bajo la dirección de Iñaki Rivera Beiras. La tesis se dedicó al estudio, político-criminal pero también jurídico-dogmático y criminológico, de la problemática de la determinación de la pena, con especial atención al caso de EE. UU. y de las *sentencing guidelines* (guías de la determinación de la pena) federales².

Diego Zysman es profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), y uno de los brillantes

¹ Agradezco sinceramente sus sugerencias a David Castro Liñares y Beatriz Cruz Márquez (Universidad de A Coruña) y a Cristina Fernández Bessa y Alejandro Forero Cuéllar (OSPDH, Universidad de Barcelona). La presente recensión se enmarca en el desarrollo de los proyectos de investigación n.º 10PXIB101082PR, subvencionado por la *Consellería de Economía e Industria* de la *Xunta de Galicia*, y n.º DER2011-24030JURI-, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español, así como de la ayuda para grupos de investigación con potencial de crecimiento, otorgada por la *Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria* de la *Xunta de Galicia* al grupo ECRIM de la Universidad de A Coruña.

² La extensa tesis doctoral dio lugar también a otro libro: ZYSMAN QUIRÓS, 2012.

investigadores que están llamados a renovar el pensamiento penal argentino, en particular el de matriz crítica. Su trayectoria analítica es amplia, y en ella se ha ocupado con lucidez de una pluralidad de materias relativas al fenómeno punitivo (v.gr., la tortura o la pena de muerte, entre muchas otras). No obstante, probablemente ha destacado de manera especial en trabajos vinculados de forma más o menos próxima con el tema del que el libro analizado constituye la aportación principal. En ellos, el investigador porteño ha realizado una aproximación a debates de extraordinaria importancia en el contexto punitivo anglosajón —ante todo, estadounidense— de las últimas décadas³, lo que, como se apuntará *infra*, también constituye una de las mayores virtudes del texto objeto de comentario. Aunque solo fuese por ello, se trata de un autor sin duda digno de consideración en el campo de estudio de las ciencias penales.

De forma por completo consonante con lo que enuncian su título y subtítulo, el texto realiza un análisis muy exhaustivo de las *sentencing guidelines* federales estadounidenses, adoptadas en 1987⁴. No es un objeto de estudio menor. Como pone de relieve el autor en diversas ocasiones, y ya en la propia introducción (pp. 18 ss.), se trata de una reforma de extraordinaria importancia en el contexto estadounidense, que no solo ha condicionado por completo el devenir de la determinación de la pena, sino que ha transformado en profundidad las racionalidades punitivas. Si bien el trabajo, en aras de una saludable concreción, se limita al análisis de las *guidelines* federales, desatendiendo las existentes en una amplia pluralidad de estados⁵, no cabe duda que los criterios establecidos en el conjunto de la Unión en relación con los delitos de competencia federal son los que han cobrado mayor influencia. Por lo demás, es innegable que las transformaciones penales que se verifican en EE. UU. son de gran relevancia también para otras latitudes, especialmente en materia político-criminal y criminológica, como pone de relieve el propio autor (pp. 115 ss.).

³ Vid., a modo de referencia, ZYSMAN QUIRÓS, 2004, 2006.

⁴ Como expone detenidamente el autor (pp. 123 ss.), las *guidelines* federales surgieron como consecuencia de la creación de la *United States Sentencing Commission* por medio de la *Sentencing Reform Act* (1984). Las *guidelines* federales fueron el resultado del trabajo de la Comisión, que estaba mandatada para conformar unas guías de determinación de la pena que estableciesen penas fijas, uniformes y —tendencialmente— proporcionales. Una completa información actualizada sobre las *guidelines* puede verse en la web de la Comisión (<http://www.ussc.gov/Guidelines/>).

⁵ Para una aproximación a las *guidelines* estatales, vid., entre otros, DEMLEITNER *et al.*, 2013; FRASE, 2005.

Al margen de ello, probablemente lo que más llama la atención del libro de Diego Zysman es la profundidad y detenimiento con los que aborda el estudio del instituto penal estadounidense. Tal vez por tener origen en una tesis doctoral, el texto aporta una información muy pormenorizada sobre el origen, la evolución, la regulación y las reformas de las *guidelines* federales. Si, como se expresa en diversos momentos, uno de los objetivos del libro era introducir en el campo de la investigación penal en lengua castellana el estudio de ese relevante instituto punitivo, el resultado solo puede estimarse como satisfactorio. En efecto, Zysman consagra fundamentalmente la parte segunda de la monografía (pp. 121-218) al estudio detallado de las *guidelines*. En dicho apartado, al margen de consideraciones contextuales que facilitan la comprensión, se realiza una aproximación a la génesis de las guías (pp. 123 ss.), a su regulación y a los componentes del modelo (pp. 131 ss.). Junto a ello, el texto se aproxima a diversas cuestiones básicas del funcionamiento práctico de las *guidelines* en el proceso de determinación de la pena, como su operatividad en los frecuentes casos de justicia negociada (*guilty plea* y *plea bargaining*) [pp. 152 ss.], o las posibilidades de distanciamiento de las guías por parte de los jueces, así como de cuestionamiento de las decisiones en sede de recurso (pp. 156 ss.). A mayor abundamiento, el autor dedica especial atención al funcionamiento de las guías en relación con dos fenomenologías delictivas específicas: los ilícitos en materia de drogas (pp. 144 ss.) y los hechos que generan responsabilidad penal de personas jurídicas (pp. 163 ss.). Por lo demás, la exposición se complementa con multitud de ejemplos de su funcionamiento práctico, así como con traducciones del texto normativo y anexos.

Por si todo eso no bastase, el autor incluye un capítulo de análisis (pp. 176 ss.) de la jurisprudencia más relevante (1989-2012) de la Corte Suprema federal de EE. UU. sobre las *guidelines*, en el cual puede apreciarse que buena parte de los elementos de la regulación que generaban mayores cuestionamientos e interrogantes han sido objeto de corrección por parte del Alto Tribunal.

Como se ha sugerido, esta extensa exposición de la materia de estudio constituye una primera virtud fundamental del libro. No obstante, sus aportaciones no quedan ahí. Probablemente no es menos relevante la parte primera del texto (pp. 27-120), en la que el autor, partiendo de la crisis del ideal rehabilitador, estudia las transformaciones de las racionalidades que subyacen a la aprobación normativa de las *guidelines*. El análisis y la selección de componentes de esa genealogía son dignos de mención. Si bien la crisis de la resocialización, incluida su morfología histórica en el contexto anglosajón, es

una cuestión ya ampliamente tratada⁶, Diego Zysman hace una contextualización muy acertada, en la que sitúa el debate en un marco no solo académico sino también político y social (pp. 27 ss., 88 ss.). De esa forma, el autor logra explicar un cambio tan trascendental como el que supuso el paso de la longeva condena indeterminada a las penas fijas, las *mandatory sentences* y las *guidelines*, estatales y federales. Al hilo de esa evolución histórica, el texto realiza una aproximación a algunas de las racionalidades punitivas que, originadas en el contexto anglosajón, han ido cobrando preeminencia, como el pensamiento proporcionalista del justo merecimiento (*just desert*)⁷ (pp. 33 ss., 93 ss.), el Análisis Económico del Derecho y su defensa de la finalidad disuasoria de las penas⁸ (pp. 45 ss.), y el actuarialismo punitivo y su contribución al impulso de la incapacitación selectiva⁹ (pp. 56 ss.). Se trata, de nuevo, de cuestiones no desconocidas en la literatura académica en castellano, pero especialmente útiles a la hora de analizar las *guidelines* federales.

De forma transversal a todo ello emerge otra de las virtudes fundamentales del libro. El autor pone de relieve, sin ambages, la trascendencia que tiene el estudio de la evolución de las formas punitivas en el contexto anglosajón. Esa perspectiva no resulta en absoluto irrelevante. Por razones históricas y epistemológicas que no procede desarrollar en este momento, en el campo de las ciencias penales en lengua castellana ese objeto de atención todavía tiende a ser más bien infrecuente. Sin duda ello es así por lo que hace al estudio jurídico-dogmático y —si bien claramente en menor medida— al procesal penal. De forma mucho más sorprendente, en ocasiones sucede lo propio en el ámbito de la Política criminal y la Criminología, tanto en buena parte de Europa continental como de las Américas. Probablemente es tiempo de repensar esta situación, que seguramente debe ser entendida como una deficiencia. En efecto, no puede en modo alguno pensarse que la concentración exclusiva en las tendencias punitivas que surgen de (una parte significativa de) el contexto europeo-continental es suficiente para explicar la evolución penal del presente. Como en tantos otros aspectos de la cultura (social, política, económica o legal), las propuestas, debates y orientaciones que se van afirmando en el ámbito estadounidense afectan sobremanera

⁶ Vid., entre muchos otros, ANITUA, 2005: 475 ss.; GARLAND, 2005: 107 ss.; WESTERN, 2006: 172 ss.

⁷ Vid., sobre ello, VON HIRSCH, 1976; 1998.

⁸ Vid., entre otros, ALBERTSON/FOX, 2012: 36 ss.; POSNER, 1998: 209 ss. En lengua castellana, vid. el imprescindible ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2004: 31 ss.

⁹ Vid., por todos, FEELEY/SIMON, 1992: 449 ss.; SIMON/FEELEY, 2003: 76 ss.

a la forma de entender y conformar lo punitivo en nuestros países, a pesar de las evidentes diferencias de tradición jurídica. Tal vez solo un entendimiento reduccionista del estudio del hecho penal desde una Dogmática jurídica concebida desde el aislacionismo epistémico (algo que la propia dogmática alemana hegemónica parece haber abandonado hace ya décadas¹⁰) permitiría abonar una desatención de las culturas punitivas anglosajonas en general, y estadounidense en particular.

Este problema es ajeno al texto analizado. De hecho, en este punto el libro de Zysman hace una contribución significativa. En efecto, si la atención a la realidad y a la literatura anglosajonas es fundamental para *explicar* la evolución de la penalidad, no lo es menos para *criticarla*. En este campo como en cualquier otro, la crítica es consustancial a la propia tarea académica y científica¹¹. No obstante, y como se ha reiterado, la crítica de los fenómenos de castigo requiere no perder de vista cuánto de lo que ha sucedido en las últimas décadas en la evolución punitiva en multitud de países proviene de las culturas penales estadounidenses. No se trata de una cuestión intrascendente, aunque solo sea porque en ocasiones las aproximaciones críticas al hecho penal se han desarrollado desde un cierto distanciamiento de los cuestionamientos realizados en los contextos anglosajones, en los que se han generado las nuevas formas de la penalidad. Del mismo modo que parece recomendable que todo penalista o criminólogo realice un ejercicio de pensamiento *situado*, analizando el hecho punitivo desde su concreto contexto, resulta oportuno que el estudio crítico cuente también con los debates y cuestionamientos que se generan en los entornos académicos inmediatos de las nuevas tendencias punitivas.

En este punto debe destacarse el trabajo de Zysman, como contribución a pensar críticamente lo punitivo prestando atención a las culturas analíticas anglosajonas. Sin embargo, precisamente en esta cuestión reside un reto epistemológico mayor: el de la *traducción*, sobre el que se volverá de inmediato, en sede conclusiva.

La parte tercera del libro (pp. 222-282), tras una revisión de las principales críticas de la literatura estadounidense a las *guidelines* (pp. 206 ss.), esboza, tal vez de un modo impresionista, algunos ele-

¹⁰ En efecto, la progresiva afirmación de las dogmáticas funcionalistas a lo largo de las últimas décadas puede leerse como una muestra de la voluntad de interdisciplinariedad y de superación de cualquier autorreferencialidad epistemológica, en línea con lo postulado por VON LISZT ya hace más de un siglo.

¹¹ Vid., en este sentido, FOUCAULT, 1990.

mentos que podrían contribuir a contextualizar el sentido y las insuficiencias de la institución. En este punto no parece excesivo reconocer una cierta osadía del autor. En efecto, el académico porteño indaga la racionalidad de las *guidelines* en relación con marcos de pensamiento que, en línea de principio, no siempre parecerían muy próximos a su genealogía. Esa distancia es sin duda menor en el caso del primer marco analítico estudiado, el del pensamiento penal clásico (pp. 222 ss.). No obstante, el texto incorpora igualmente una mirada a las *guidelines* desde la Modernidad, y la racionalidad instrumental weberiana como expresión de ella (pp. 233 ss.), y desde otros intentos históricos de alcanzar la uniformidad en el castigo y en la producción de dolor normativizada (pp. 249 ss.)¹². En su análisis, el autor encuentra analogías, pero sobre todo diferencias, entre las *guidelines* y las racionalidades e instituciones que se inscriben en dichos marcos teóricos.

Sin perjuicio de todo ello, el texto concluye con una aproximación crítica a las guías federales de determinación de la pena desde la legitimación del castigo y los fines de la pena (pp. 261 ss.). En ello el autor retorna a algo que le preocupa a lo largo de todo el texto, a saber, la respuesta al interrogante de qué fines de la pena subyacen a la reforma que ha consolidado las *guidelines* estadounidenses. Sin embargo, enmarca la pregunta en una indagación más amplia sobre la justificación de la pena, siguiendo la doctrina de FERRAJOLI (1995), que distingue entre legitimación externa e interna del castigo. La conclusión es que las *guidelines* no parecen responder a ningún fin de la pena específico (pp. 267 ss.), que ello —sorprendentemente— no parece haber preocupado a la literatura estadounidense y que, ayuna de una legitimación axiológica o teleológica, la institución debe verse como expresión de una forma de justificación del castigo propia de la *Modernidad tardía* (pp. 277 ss.).

Seguramente en este punto es donde el trabajo de Zysman deja un mayor espacio para el debate y, de algún modo, incentiva la continuación de la reflexión investigadora. En esta parte el libro encuentra un escollo permanente de toda labor académica que, de forma sintética, podría definirse como el problema de la *traducción* o, si se quiere, de la *traducibilidad*¹³. Aún incurriendo en el riesgo de reiteración, cabe señalar que la tarea de la investigación crítica ha de partir de un pensamiento *situado*, que dé respuesta a los retos cognitivos y prácticos

¹² En concreto, el autor estudia el objetivo de uniformidad en la *Constitutio Criminalis Theresiana* (1769) y en la guillotina como forma de ejecución de la pena de muerte.

¹³ Sobre ello, vid., en términos generales, MEZZADRA/NEILSON, 2013: 270 ss., y en referencia específica a la cuestión punitiva, COHEN, 2000: XII ss.; SOZZO, 2006: 353 ss.

en su propio contexto. Para ello, seguramente ha de recurrir a marcos analíticos densos, en los que, junto a la interdisciplinariedad, se preste atención —como se ha mencionado— a contextos de pensamiento que tienen gran capacidad de exportación, como sucede con la Política criminal estadounidense. No obstante, en esa perspectiva compleja el análisis crítico debe evitar dos aporías, que remiten al problema de la traducibilidad. La primera consiste en importar de forma mecánica problemas, debates y prácticas de un determinado contexto geográfico y cultural a otro diferente. Por muy influyentes que sean las racionalidades punitivas estadounidenses, su declinación en el contexto, v.gr., español o argentino, presenta particularidades situadas. La segunda aporía es tal vez menos evidente. El límite en este caso reside en analizar —críticamente— una institución con categorías de pensamiento surgidas en otros contextos culturales y académicos, que en ocasiones se muestran solo parcialmente traducibles.

La superación de esas aporías y, por tanto, la gestión del siempre complejo problema de la traducibilidad, es una tarea constante de todo el pensamiento científico, también de la teoría penal crítica. En este punto la obra de Diego Zysman hace una aportación relevante, sin clausurar el espacio para la continuación del debate académico. En efecto, el autor demuestra que las *guidelines* no pueden sostenerse desde los parámetros de legitimación —axiológicos y teleológicos— del garantismo penal. Tras su relevante labor analítica, un eventual debate ulterior podría cuestionar si su legitimación *externa* no reside en otros marcos de racionalidad, parcialmente ajenos a la lógica de los fines de la pena, como el populismo punitivo¹⁴ o el gerencialismo¹⁵, y articular la crítica de forma inmanente a tales epistemologías. Desde esa perspectiva, podría seguirse profundizando la crítica a la determinación de la pena en el marco estadounidense y a las racionalidades punitivas que dicha tarea jurisdiccional impulsa.

No obstante, y sin perjuicio de esta sugerencia para una posterior continuación del debate, el libro de Diego Zysman constituye una aportación de gran valía para seguir pensando, en presente continuo, dónde estamos en el campo de la penalidad, y dónde deberíamos estar.

¹⁴ Sobre ello, vid., PRATT, 2007; WILSON, 1975, sin perjuicio de la notable distancia epistémica que separa a ambos textos. Sin perjuicio de lo sugerido en el texto, Zysman menciona en diversos pasajes que el modelo de las *guidelines* fue perfectamente funcional al extraordinario expansionismo punitivo experimentado en EE. UU. a lo largo de las últimas décadas.

¹⁵ Sobre ello, vid., por todos, RAINE, 2005: 291 ss.; VIGOUR, 2006: 425 ss. Una aproximación a buena parte de los debates que se suscitan en el pensamiento gerencialista puede verse en WOOD/SHEARING, 2011.

Bibliografía citada

- ALBERTSON, K./FOX, C. (2012), *Crime and Economics. An Introduction*, Routledge, Abingdon.
- ANITUA, G. I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- COHEN, S. (2000), «Prólogo», en LARRAURI, E., *La herencia de la Criminología crítica*, 2.ª ed., Siglo XXI, Madrid/México.
- DEMLEITNER, N. et al. (2013), *Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes and Guidelines*, 3.ª ed., Wolters Kluwer, New York.
- FEELEY, M./SIMON, J. (1992), «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications», en *Criminology*, vol. 30, n.º 4, pp. 449-474.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1990), «Qu'est-ce que la critique [Critique et *ufklärung*]», en *Bulletin de la Société française de Philosophie*, vol. 84, n.º 2, pp. 35-63.
- FRASE, R. (2005), «State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues», en *Columbia Law Review*, vol. 105, n.º 4, pp. 1190-1232.
- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- MEZZADRA, S./NEILSON, B. (2013), *Border as method, or, the multiplication of labor*, Duke University Press, Durham/London.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2004), «Análisis económico del Derecho y Política criminal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º ext. 2, pp. 31-74.
- POSNER, R. A. (1998), *El análisis económico del derecho*, FCE, México.
- PRATT, J. (2007), *Penal populism*, Routledge, London.
- RAINE, J. W. (2005), «Courts, Sentencing, and Justice in a Changing Political and Managerial Context», en *Public Money & Management*, octubre 2005, pp. 291-298.
- SIMON, J./FEELEY, M. M. (2003), «The Form and Limits of the New Penology», en BLOMBERG, T. G./COHEN, S. (EDS.), *Punishment and Social Control*, 2.ª ed., Aldine de Gruyter, New York, pp. 76-116.
- SOZZO, M. (2006), «“Traduttore traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América latina», en SOZZO, M. (COORD.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, pp. 353-431.

- VIGOUR, C. (2006), «Justice: l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques», en *Droit et société*, n.º 63-64, pp. 425-455.
- VON HIRSCH, A. (1976), *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Hill and Wang, New York.
- VON HIRSCH, A. (1998), *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid.
- WESTERN, B. (2006), *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage Foundation, New York.
- WILSON, J. Q. (1975), *Thinking about Crime*, Basis Books, New York.
- WOOD, J./SHEARING, C. (2011), *Pensar la seguridad*, Gedisa, Barcelona.
- ZYSMAN QUIRÓS, D. (2004), «El castigo penal en Estados Unidos. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente», en RIVERA BEIRAS, I. (COORD.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, pp. 251-286.
- ZYSMAN QUIRÓS, D. (2006), «¿Nada funciona («Nothing Works») en el sistema penal? Recuerdos y reflexiones sobre el histórico artículo de Robert Martinson», en RIVERA, I. et. al., *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, pp. 429-435.
- ZYSMAN QUIRÓS, D. (2012), *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Buenos Aires.