



Subversiones penales: ¿Cuándo una pena no es una pena, ¿quién lo decide y por qué motivos?

Penal subversions: When a penalty is not a penalty, who decides and for what reasons?

Subversões penais: Quando uma pena não é pena, quem decide e por que motivos?

Hugo Román Sarabia-Rodríguez ¹
hugoroman2024@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0006-7232-8170>

Correspondencia: hugoroman2024@hotmail.com

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 25 de marzo de 2024 * **Aceptado:** 02 de abril de 2024 * **Publicado:** 07 de mayo de 2024

- I. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Secretario de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Calderón, Ecuador.

Resumen

El presente estudio indaga mediante herramientas semiestructuradas practicadas a jueces y actores de la función judicial, acerca de las concepciones penológicas de los jueces y busca establecer en qué medida estas influirían la decisión de juzgamiento entre una pena de cárcel y una sustitutiva. Además, explora las percepciones acerca de la labor de control de la ejecución de las penas. Los hallazgos dan cuenta de un proceso complejo de juzgamiento en donde las percepciones penológicas tendrían una influencia menor y en el que se estaría mermando el deber de motivación de las sentencias. En materia de ejecución penal, por su parte, el estudio revela la importancia de contar con herramientas para su control, y la necesidad de contar con una judicatura abocada exclusivamente al conocimiento de dicha temática.

Palabras claves: Alternativas a la cárcel; juzgamiento; percepción judicial.

Abstract

The present study investigates, using semi-structured tools applied to judges and actors in the judicial function, about the penological conceptions of judges and seeks to establish to what extent these would influence the judging decision between a prison sentence and an alternative one. In addition, it explores perceptions about the work of controlling the execution of sentences. The findings show a complex judging process in which penological perceptions would have a minor influence and in which the duty to motivate sentences would be diminished. In terms of criminal execution, for its part, the study reveals the importance of having tools for its control, and the need to have a judiciary dedicated exclusively to knowledge of said subject.

Keywords: Alternatives to prison; judging; judicial perception.

Resumo

O presente estudo investiga, por meio de ferramentas semiestruturadas aplicadas a juízes e atores da função judicial, as concepções penológicas dos juízes e busca estabelecer em que medida estas influenciariam a decisão julgadora entre uma pena de prisão e outra alternativa. Além disso, explora percepções sobre o trabalho de controle da execução de sentenças. Os resultados mostram um processo de julgamento complexo no qual as percepções penológicas teriam uma influência menor e no qual o dever de motivar as sentenças seria diminuído. No que diz respeito à execução penal,

por sua vez, o estudo revela a importância de se dispor de ferramentas para o seu controle, e a necessidade de um Judiciário dedicado exclusivamente ao conhecimento do referido assunto.

Palavras-chave: Alternativas à prisão; julgar; percepção judicial.

Introducción

El castigo es un ejercicio particularmente problemático del poder estatal sobre el individuo y, como tal, requiere una justificación especial. Hablar de castigo sin tener en cuenta lo que lo distingue de otras formas de coerción corre el riesgo de socavar la posibilidad de justificación y, no menos importante, de crítica (Ristroph, 2015). A medida que los estados desarrollan nuevos poderes coercitivos que evaden las protecciones del proceso penal, la criminología ha respondido explorando los límites definitorios de la penalidad y sus implicaciones para la teoría criminológica y penal (ver, por ejemplo, Beckett y Herbert, 2010; Hannah Moffat y Lynch, 2012: 119-121; Aas y Bosworth, 2013). Alerta ante posibles ampliaciones del poder estatal, se ha prestado especial atención al disfraz de sanciones como medidas civiles o administrativas, cuyas cualidades punitivas apenas quedan ocultas (Robinson, 2001; Husak, 2011). Los Estados se han apresurado a afirmar que si una medida coercitiva o un régimen de detención tiene fines preventivos, reglamentarios o de conveniencia administrativa, no es, por definición, un castigo. Sin embargo, este privilegio de propósito no mitiga los dolores impuestos por las medidas coercitivas, por lo que volver a etiquetar las medidas como no punitivas es a menudo nada menos que una subversión cínica del proceso penal y sus protecciones de derechos humanos.

Este artículo aborda tres preguntas engañosamente simples: ¿cuándo un castigo no es castigo? ¿Quién decide? ¿Y por qué motivos? Los aborda analizando la importancia para la criminología de los recientes debates legales sobre la naturaleza y el alcance del castigo. Al hacerlo, persigue la observación de que gran parte de lo que "comúnmente se describe como teoría criminológica" es "en gran medida... teoría de la justicia penal, ya que su principal preocupación son las respuestas gubernamentales e institucionales al crimen" (Ashworth, 2011: 343).). La cuestión de qué constituye una medida penal ha sido objeto de intensas deliberaciones en Europa, tanto en los tribunales nacionales como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Estos tribunales han examinado medidas formalmente etiquetadas como no penales cuando esta designación parece subvertir las protecciones de derechos humanos aplicables al proceso penal. En segundo lugar, la cuestión de quién debería decidir revela que el castigo no es sólo una cuestión de

debate académico, sino también objeto de escaramuzas constantes entre los gobiernos y los tribunales en Europa. Este conflicto ha dado lugar a una serie de casos importantes que abordan hasta qué punto los gobiernos tienen licencia para calificar las medidas como no penales, independientemente de las cargas que imponen. En respuesta, los tribunales han afirmado su derecho a recurrir a etiquetas formales para llegar a sus propias conclusiones sobre si las medidas son realmente castigos o no y, cuando deciden que una medida es de hecho penal, a aplicar las protecciones del proceso penal. Esta no es sólo una batalla jurisprudencial, sino también profundamente política sobre la naturaleza de la autoridad estatal y su poder para castigar. Finalmente, preguntar “¿por qué motivos?” es reconocer que la definición de castigo es, en el fondo, una cuestión normativa. Definir qué es y qué no es castigo no sólo es indivisible de la cuestión de la justificación, sino que también es inseparable de cuestiones previas sobre qué determina los límites del delito, quién puede castigar, las protecciones debidas a los acusados y los límites de las sanciones impuestas en consecuencia. Estos debates van al meollo de lo que significa hablar de castigo y, como tales, tienen implicaciones importantes para la teoría penal y la criminología. Estos debates van al meollo de lo que significa hablar de castigo y, como tales, tienen implicaciones importantes para la teoría penal y la criminología. Si bien este artículo se centra en las disputas recientes en Europa, las cuestiones planteadas no son menos pertinentes para debates más amplios sobre el castigo dondequiera que ocurran.

¿Cuándo un castigo no es un castigo?

Castigo es un término central en el léxico criminológico, pero está lejos de ser seguro asumir que compartimos los mismos criterios para identificar su significado (Letsas, 2004: 279). Los criminólogos han reconocido desde hace tiempo que el castigo es un concepto esencialmente controvertido llamado a realizar un trabajo descriptivo, analítico y normativo (Garland 1990; más recientemente ver Simon y Sparks 2013). Los desacuerdos sobre su significado reflejan diferencias de antecedentes disciplinarios, están culturalmente informados por el uso del idioma local, por las culturas profesionales e institucionales (Garland, 2006) y las estructuras y prácticas de diferentes sistemas penales (Cavadino y Dignan, 2006). Diversos enfoques intelectuales, ya sean durkheimianos, marxistas, weberianos, foucaultianos (1979) o regulatorios (Braithwaite, 2000), informan nuestras respectivas concepciones del castigo, ya sean conscientes o no. Para quienes

están sujetos a castigo, estas diferencias intelectuales pueden importar menos que si los dolores que sufren son justos, proporcionados y legítimos.

¿Qué hay en el centro?

Delinear los límites del castigo presupone cierto consenso sobre lo que constituye su núcleo, donde núcleo es sinónimo de “caso menos controvertido” o “caso central”. Una forma pragmática de identificar lo que constituye el núcleo de cualquier sistema penal es identificar la pena más severa que “ancla” la escala penal. Es evidente que una jurisdicción que mantiene la pena de muerte fija su punto de anclaje significativamente más alto que otra donde la cadena perpetua es la pena más severa y esto tiene efectos en todos los sentidos. También tiene implicaciones normativas en el sentido de que nos permite preguntar “¿Cuáles deberían ser las sanciones más severas e indulgentes de la escala?” (von Hirsch, 1993: cap.5). En la práctica, esta pregunta se responde con menos frecuencia como una investigación normativa sobre el nivel justo en el que se deben fijar las penas y, más comúnmente, como un ejercicio comparativo para evaluar y explicar las variaciones en la severidad dentro y entre los sistemas penales (Barker, 2009, capítulo 2; Lacey, 2008).

Reconocer que la severidad del castigo difiere marcadamente según la jurisdicción ayuda a explicar la sorpresa del criminólogo europeo cuando sus colegas estadounidenses hablan y escriben como si castigo y prisión fueran sinónimos (Whitman, 2005; Pratt y Eriksson, 2013. Beckett y Murakawa) son más honestos que la mayoría cuando reconocen que 'utilizan las frases “estado carcelario en la sombra” y “estado penal en la sombra” indistintamente” (2012: 239). Su tesis es que, junto con la expansión bien documentada del Estado penal estadounidense, un Estado carcelario en la sombra expande el poder penal a través de formas y canales civiles, administrativos e híbridos (Beckett y Murakawa, 2012: 222-223). Usar “estado carcelario” como sinónimo de castigo puede tener sentido en Estados Unidos, donde las tasas de encarcelamiento son muy altas. En cambio, en Europa, sólo una pequeña fracción de las sentencias terminan en prisión y predominan las penas económicas y no privativas de la libertad o comunitarias.² Esto no significa negar el predominio lingüístico y cultural de la prisión: incluso las penas "no privativas de la libertad" reciben nombres por lo que no son, por referencia instintiva a la custodia. Pero existe un peligro al permitir que la prisión domine lingüística y culturalmente. Da lugar a la falacia de “cualquier cosa menos la prisión”: es decir, que cualquier medida inferior al encarcelamiento no puede ser objeto de crítica o queja porque existe algo aún más desagradable (von Hirsch, 1993).

Hasta que desplazemos el predominio de la prisión en nuestra teorización para reconocer las penas financieras y no privativas de la libertad como casos centrales de castigo, nuestra capacidad para conceptualizar la pena o trazar sus límites será limitada.

Centrarse en la gravedad y la sustancia de la pena es, por supuesto, sólo un punto de partida para un esfuerzo sociológico y analítico. Las verdaderas luchas comienzan cuando intentamos llegar a un acuerdo sobre las precondiciones normativas y las justificaciones del castigo. ¿Es indiscutible decir que el castigo debe ser para el infractor por un delito (Hart, 2008: 5)? ¿Que un delito debe estar tipificado en leyes penales que sean lo suficientemente claras y seguras para guiar nuestra conducta? En caso afirmativo, ¿el castigo es únicamente el que se impone tras un proceso penal formal, un juicio y una condena? ¿Y a qué principios y valores deben adherirse estos procedimientos? Todas estas cuestiones son inherentemente polémicas y dan lugar a disputas razonables y posiblemente irresolubles, pero son demasiado centrales para la teoría criminológica como para dejarlas en manos de los abogados (Zedner, 2011).

Las posibles justificaciones del castigo gozan aún de menos consenso. Sin embargo, en cualquier explicación moralmente defendible está implícita la restricción adjetival tácita de "justificado" antes de "castigo". Aunque en el lenguaje corriente podemos hablar de intrusiones gravosas o dolorosas como "castigo" –el "programa de castigo" o "carrera de castigo"–, ese uso casual dificulta la identificación de los límites penales. El dolor, la coerción, la represión, la privación y la exclusión son características comunes del castigo, pero no son sinónimos de él ni se justifican como castigo. Usar el castigo como un crudo sinónimo de dolor o coerción no aborda si las cargas infligidas pueden justificarse como castigo y en qué medida. Y oscurece el claro hecho de que si una medida coercitiva no está justificada como castigo, entonces sus cargas requieren una justificación independiente. Como observan Duff y Garland, "el castigo requiere justificación porque es moralmente problemático". Es moralmente problemático porque implica hacer cosas a las personas que (cuando no se describen como "castigo") parecen moralmente incorrectas" (Duff y Garland, 1994: 2). Esto no supone presumir que el castigo pueda, de hecho, estar justificado. Hoy en día, hay pocos abolicionistas penales, pero con razón nos imponen a nosotros la responsabilidad de defender una institución cuya existencia continua se supone (de Haan, 1990; Mathiesen, 1974). En resumen, a menos que nos adhiramos al abolicionismo absoluto, no podemos liberarnos de la obligación de intentar encontrar una justificación.

¿Qué hay entonces en el castigo que necesita justificación?

Dos elementos fundamentales del castigo, a saber, la censura y la sanción, atraen cierto consenso entre algunos teóricos penales (von Hirsch, 1993; von Hirsch y Ashworth, 2005; Duff, 2007).

Por lo tanto, una definición práctica de castigo justificado podría comenzar con “i) la censura de un delincuente por un delito, y ii) la imposición intencional de un trato duro al delincuente por el delito” (Ashworth y Zedner, 2014a: 14). Priorizar la censura es reconocer que el castigo es ante todo comunicativo. La censura se justifica como una respuesta social justa a un individuo que ha actuado mal y mediante la cual la sociedad comunica una desaprobación proporcional a ese mal (Duff, 2001). Algunos argumentan que cuando se demuestra que un individuo responsable ha incurrido en una conducta delictiva, la censura se debe por respeto a su agencia moral.

Desde este punto de vista, no castigar a un delincuente moralmente responsable constituiría no reconocer a ese individuo como un individuo autónomo. agente.

Colocar la censura en el centro del escenario tiene implicaciones importantes para establecer los límites del castigo porque, presuntamente, las medidas sin este elemento vital no satisfacen como castigo justificado y la imposición de una sanción no puede seguir. Esta forma de pensar sobre el castigo asume como sujeto al individuo responsable y moralmente autónomo a quien se le puede pedir cuentas de manera justa por sus malas acciones. Sin embargo, los criminólogos han cuestionado con razón esta suposición llamando la atención sobre las condiciones radicales de desigualdad por motivos de privación económica y clase social, en las que actúan muchos delincuentes, y su falta de atención a las cuestiones de edad, género, orientación sexual y raza (Hudson, 1998, 2006; Tony, 2014).

El segundo elemento, la sanción, reconoce que el castigo va más allá de la comunicación para infligir un trato duro al infractor, lo que requiere una justificación separada y más sólida. Duff define la sanción como “algo destinado a ser gravoso o doloroso, impuesto a un (supuesto) infractor por un (supuesto) delito por alguien que (supuestamente) tiene autoridad para hacerlo” (2001: xiv-xv). El uso repetido de “supuesto” aquí es un claro recordatorio de la falibilidad del proceso de justicia penal. A menudo se defiende la sanción o el “trato duro” como el único medio por el cual se puede comunicar eficazmente la censura (Tasioulas, 2006: 284).

Esta afirmación puede ser persuasiva respecto de delitos que son evidentemente ilícitos, como el homicidio, la violación y la agresión. Es más problemático como explicación de por qué deberíamos castigar la gama de delitos de responsabilidad objetiva y reglamentarios que no

requieren ningún elemento mental o daño directo, para los cuales la necesidad de sanción es menos evidente. Los castigos que no incluyen un trato duro como parte de su fundamento subyacente, como la justicia restaurativa (Cunneen y Hoyle, 2010), parecen quedar fuera de esta definición de castigo (De Keijser, 2011). Pero, como ha demostrado vívidamente la investigación criminológica, incluso las medidas justificadas como restaurativas, rehabilitadoras o terapéuticas pueden resultar intrusivas y onerosas (Nolan, 2001, capítulo 7).

Hoy en día rara vez se defienden explicaciones puramente retributivas del castigo (aunque véase Moore, 1997); en cambio, prevalecen justificaciones híbridas que reconocen elementos de retribución, comunicativos y de conciencia. Por ejemplo, Ashworth y von Hirsch sostienen que la sanción penal no es sólo un medio para censurar a los infractores, sino que también es un elemento disuasorio para todos nosotros, ya que proporciona una “p” adicional.

Las teorías híbridas del castigo reconocen que abarca diferentes propósitos simultáneamente, lo que tiene implicaciones importantes para el establecimiento de límites penales. Significativamente, esto significa que los límites entre medidas penales y no penales no pueden establecerse en referencia únicamente al propósito; de modo que la afirmación de que una medida es principalmente preventiva no la saca necesariamente del ámbito del castigo. Tales debates sobre lo que define y justifica el castigo siguen siendo en gran medida dominio exclusivo de los teóricos jurídicos y penales, lo cual es una pérdida porque una mayor participación de los criminólogos en la teorización normativa iluminaría la “complejidad de estructura y densidad de significado” del castigo (Garland, 1990: 282). Las explicaciones sociológicas clásicas del castigo (desde Weber hasta Foucault) revelan hasta qué punto el castigo es el ejercicio de la autoridad estatal o del poder gubernamental, pero tienen menos que decir sobre cómo ese poder podría o debería limitarse. Fusionar ambos tiene un potencial significativo para limitar el poder del Estado al identificar dónde deberían estar los límites del castigo. A esta pregunta nos dirigimos ahora.

¿Qué hay en el límite?

Si el núcleo es incierto, los límites del castigo lo son mucho más. Surgen dificultades particulares con respecto a las medidas coercitivas que no están designadas formalmente como castigo pero que tienen efectos punitivos. Muchos ejercicios de poder cuasi punitivo están arraigados dentro del sistema penal: los interrogatorios, la custodia policial y la prisión preventiva, por ejemplo, han sido identificados desde hace mucho tiempo como métodos cuasi penales mediante los cuales se impone

disciplina sin las molestias y costos del juicio. Feeley argumentó que para muchos delincuentes “el proceso es el castigo” (1979, ver también Choongh 1997). Otras medidas cuasi penales son de origen más reciente. En todas las jurisdicciones, la proliferación de procedimientos sumarios, sanciones alternativas, medidas civiles, administrativas y regulatorias, y formas de detención administrativa desempeñan un papel cada vez más importante en el control del delito (Ashworth y Zedner, 2010, 2014a cap.4; Ramsay, 2010; Dennis, 2012 ; Beckett y Murakawa, 2012; Bosworth, 2014).⁶ El uso de medidas civiles contra las pandillas, por ejemplo, es un fenómeno generalizado y es un avance importante, especialmente en Estados Unidos y Australia (Smith, 2009, Alying, 2011, McGarrity, 2012). De manera similar, la “criminalización” de las medidas de control de la inmigración y el uso de la detención administrativa de inmigrantes señalan una mayor expansión del poder estatal (Sklanksy, 2012, McLeod, 2012, Bosworth 2014).

Estos acontecimientos se han visto alimentados en parte por la frustración con el proceso penal, respaldada por afirmaciones del gobierno de que la "secuencia paradigmática de enjuiciamiento-condena-sentencia" es lenta, engorrosa e "ineficaz" (Ashworth y Zedner, 2008, 2010). . Las restricciones de la racionalidad económica neoliberal que ahora domina la vida política no han dejado de lado el proceso de justicia (Garland, 2001), que se considera demasiado elaborado y costoso para delitos menores. Se elogian medidas más rápidas y económicas, como sanciones fijas, como la alternativa más “económica”. La dificultad para conseguir testigos que testifiquen, los problemas de pruebas y de procedimiento contribuyen a las altas tasas de deserción, lo que mella aún más la fe en los procesos penales. La afirmación es que “criminalizar todos los delitos regulatorios conduce a una aplicación insuficiente de ciertos tipos de delitos” (Law Commission, 2010: 156). También surgen preocupaciones sobre la capacidad del derecho penal para abordar delitos persistentes o repetidos, comportamientos antisociales o conductas continuas que no se pueden encapsular fácilmente en un solo cargo penal, como el acoso sexual o racial, el acecho y el abuso doméstico. En el Reino Unido, los fiscales se niegan a recurrir al procesamiento en casos de conducta de bajo nivel o no dañina pero riesgosa y, cuando lo hacen, se dice que los tribunales imponen penas demasiado bajas para disuadir o prevenir. Mientras que la imprevisibilidad del proceso penal impulsa a recurrir a procedimientos alternativos, especialmente para casos menos graves.

En respuesta a tales preocupaciones, algunas jurisdicciones de Europa continental han adoptado la estrategia de sacar los delitos menores del derecho penal para crear una categoría de delitos

administrativos o reglamentarios destinados a violaciones consideradas no suficientemente graves como para tipificarlas como delito.

En Alemania, la Ordnungswidrigkeitengesetz (Ley de infracciones administrativas) de 1968 volvió a designar un conjunto de delitos menores como infracciones administrativas para reducir el número de casos en los tribunales penales, recortar costos y distinguir las infracciones menores de las más graves (Jost, 1997: 491; Spencer y du Bois). -Pedain, 2005: 237). El recurso a infracciones administrativas permite a las autoridades reguladoras imponer sanciones sin recurrir a procedimientos judiciales formales. Los requisitos probatorios son menores, las sanciones se imponen antes del juicio y son menos onerosas, consistiendo principalmente en multas o prohibiciones (Cabinet Office, 2006: 17; Paeffgen, 1991). Se dice que otros beneficios son que las sanciones administrativas no son estigmatizantes, perturban menos la vida de las personas y, a menudo, son más capaces de regular faltas menores. Al igual que Alemania, el Reino Unido ha sacado del proceso penal algunas infracciones reglamentarias de bajo nivel. En 2005, el Macrory Review concluyó que la excesiva dependencia del procesamiento penal como medio para hacer cumplir la normativa había creado una "brecha de cumplimiento" que dejaba a los reguladores incapaces de hacer cumplir el incumplimiento (2006).⁷ Las reformas dieron efecto a una recomendación de introducir sanciones administrativas a los reguladores "para imponer sanciones proporcionadas, flexibles y significativas" para garantizar el cumplimiento futuro (Ministerio de Justicia, 2009).

Por supuesto, el recurso a medidas extrapenales no es una exclusiva europea. Para Estados Unidos, Beckett y Murakawa sostienen que el recurso a procedimientos civiles como el desacato civil y el encarcelamiento de deudores, el internamiento civil de delincuentes sexuales y el encarcelamiento de delincuentes juveniles por incumplimiento de una orden judicial válida operan como formas "en la sombra" de castigo que en conjunto " ampliar significativamente el alcance y el poder del Estado penal" (2012: 232). Estos desarrollos pueden observarse entre jurisdicciones promovidas por los gobiernos como esfuerzos legítimos para corregir las fallas del proceso penal, estas formas "en la sombra" son, no obstante, extensiones encubiertas del poder estatal que subvierten las protecciones del debido proceso.

Elusión procesal

Hemos visto que recurrir a infracciones administrativas y regulatorias resulta atractivo para los gobiernos porque permite una intervención más barata, más rápida y más “eficaz” que el proceso penal. El énfasis en la eficacia está impulsado por un enfoque gerencialista de las políticas públicas que valora los KPI (indicadores clave de desempeño) por encima de los preceptos de justicia. Sin embargo, recurrir a canales administrativos y civiles implica eludir procedimientos que permiten evadir protecciones fundamentales del proceso penal, como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la fiscalía, un estándar de prueba más allá de toda duda razonable, reglas de prueba, el derecho a la defensa jurídica y a un juicio justo (Ashworth, 2006; Zedner, 2007). Incluso dentro del proceso penal, la erosión de estas protecciones es común, pero al menos establecen estándares que pueden cumplir las penas existentes, medir las evasiones e identificar los abortos espontáneos. Los canales civiles y administrativos imponen menos obstáculos procesales, establecen requisitos probatorios más bajos y permiten que las medidas operen sin las restricciones de las protecciones del proceso penal cuyo propósito es defender los derechos de los acusados y proteger contra la intrusión estatal injustificada en la libertad individual.

Obsérvese también que, mientras que las justificaciones del castigo requieren que el infractor pueda ser considerado responsable de sus actos ilícitos, las medidas no penales no se basan de la misma manera para su justificación en la atribución de responsabilidad (Duff, 2010: 99). Las penas y prohibiciones impuestas por medidas formalmente no penales pueden ser gravosas o restrictivas de la libertad, pero no son justificables como castigo. Cuando las medidas buscan reducir o eliminar oportunidades para una conducta particular restringiendo, prohibiendo, excluyendo o confinando a personas sujetas a ellas, no tratan a esa persona como responsable.

En cambio, las restricciones se justifican con referencia a riesgos futuros y operan bajo el supuesto de que, a menos que se las limite, el individuo seguirá tomando decisiones morales equivocadas. Por ejemplo, a quienes están sujetos a órdenes preventivas se les puede prohibir ir a cualquier lugar donde se crea que podrían representar un riesgo (Ashworth y Zedner, 2014, cap. 4). Las prohibiciones pueden incluir prohibiciones de movimiento, asociación y actividades sociales, que tienen un impacto perjudicial en la capacidad del individuo para ejercer una vida laboral, familiar y social ordinaria. Además, la duración de estas órdenes no está limitada por referencia a la gravedad del delito por el que han sido condenados, sino que se establece por consideraciones puramente consecuencialistas de prevención o regulación (Quirk et al, 2014).

En el Reino Unido, las órdenes civiles preventivas suelen imponerse por un mínimo de dos años. Dada la amplia variedad de conductas a las que se aplican estas órdenes, estos términos mínimos crean problemas de proporcionalidad que se exacerban cuando el incumplimiento resulta en prisión.⁸ Los llamados "dispositivos de dos pasos" se imponen en los procedimientos civiles sobre el "equilibrio de probabilidades". estándar de prueba, pero con una sanción penal de segundo paso disponible por incumplimiento.⁹ Esto plantea serias cuestiones: qué constituye incumplimiento, con qué estándar de prueba, y si existe el riesgo de recibir castigos dobles en la etapa civil y penal (von Hirsch y Simester, 2006)? Dado que la conducta inicial no tiene por qué ser penal, la sanción penal se impone aparentemente por la infracción misma. Sin embargo, la sentencia a menudo se fija en referencia a la conducta que dio lugar a la orden inicial, que no fue necesariamente criminal ni se demostró con un estándar de prueba penal.¹⁰ Surgen problemas muy similares con respecto a órdenes civiles impuestas en otros lugares, por ejemplo, la uso de mandatos judiciales contra pandillas en Estados Unidos (Maxson et al, 2005) y en Australia (Alying, 2011).

Todo esto quiere decir que no se debe permitir a los gobiernos trasladar medidas cuasi penales a canales procesales menos exigentes a su antojo.¹¹ Afirmaciones hechas por los gobiernos de que estas órdenes no son sanciones y, por lo tanto, no atraen la protección del proceso penal o los derechos humanos. son dudosos. Con razón se han convertido en objeto de mucho escrutinio jurídico en Europa.

En una serie de casos destacados en los tribunales nacionales y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, los tribunales han abordado directamente la cuestión de qué es y qué no es un castigo y han afirmado el derecho a vigilar los límites del castigo. Las cuestiones abordadas abordan directamente la cuestión de quién ejerce el poder penal, por qué motivos y cómo podría limitarse.

¿Quién decide y con qué fundamento?

El papel del estado

La maquinaria del castigo no funciona por sí sola: está poblada por agentes humanos con diversas afiliaciones y culturas institucionales, legales y políticas. Así pues, hay mucho que podría decirse sobre la interacción entre los funcionarios de justicia penal, el público e incluso los delincuentes a la hora de determinar la naturaleza y las prácticas del castigo. El foco aquí, sin embargo, está en un conjunto diferente pero no menos importante de relaciones, a saber, entre los gobiernos y los

tribunales mientras luchan por hacer valer su autoridad respectiva para determinar qué constituye un castigo. Lo que sigue es la historia de una lucha de poder por el derecho a determinar qué es el castigo y quién debe decidir.

Es una perogrullada de la teoría política que el poder de castigar es prerrogativa del Estado. Es una de las manifestaciones más importantes de la autoridad estatal, que llega al corazón mismo de su relación con ciudadanos y no ciudadanos (Zedner, 2013). En la teoría política clásica, la propia razón de ser del Estado es proporcionar condiciones de seguridad y orden (Knowles, 2010). Sólo el Estado tiene derecho a castigar porque sólo el Estado tiene la autoridad para establecer y controlar los límites del crimen, para sancionar a quienes lo transgreden y, por lo tanto, para cumplir con su obligación de seguridad (Thorburn, 2011: 88; Harel, 2008 Loader & Walker). , 2005). Aceptar esta explicación requiere que insertemos la palabra “Estado” antes del castigo y que consideremos *prima facie* las afirmaciones injustificadas de agentes no estatales de tener el poder de castigar.¹²

Por lo tanto, la pregunta de quién decide podría parecer que invita a una respuesta muy breve: el Estado; pero esto es demasiado simplista. Decir que el castigo es una prerrogativa del Estado solo plantea más preguntas sobre las estructuras constitucionales y los procesos políticos mediante los cuales se instituyen, reforman y practican el derecho penal y el castigo (Lacey, 2013). Aunque el poder penal estatal está formalmente limitado por la separación de poderes, con el legislativo, el ejecutivo y el judicial actuando como frenos y contrapesos entre sí, la realidad es más compleja.¹³ La opinión pública, los medios de comunicación, los grupos de presión, las organizaciones de víctimas y la sociedad civil Las organizaciones de libertades tienen una enorme influencia en la política penal y, en una sociedad impulsada por el mercado, también la tienen los intereses financieros y comerciales (Wacquant, 2009). La democracia parlamentaria hace que la legislatura responda, a veces demasiado, a la voluntad pública. Las presiones del ciclo electoral sobre la reforma penal y la influencia del populismo penal en la elaboración de leyes reactivas, a menudo febriles, afectan profundamente la forma en que se configura y reconfigura el castigo (Pratt, 2007). En consecuencia, incluso el núcleo de la pena supuestamente “establecido” es “volátil y contradictorio” (O’Malley, 1999). La explosión de la población carcelaria en muchas jurisdicciones occidentales en una época de tasas de criminalidad en descenso es sólo un ejemplo de los efectos de las presiones políticas sobre los representantes electos encargados de formular políticas penales

(Lacey, 2008: capítulo 1). Reconocer el complejo de tensiones políticas y sociales, el impacto de la privatización y de las políticas comerciales.

7

Los intereses del gobierno deja claro que, en la práctica, el castigo es producto de las relaciones económicas y de poder (Garland, 2001; Simon, 2007), a cierta distancia de la entidad abstracta prevista por los teóricos penales.

El papel de los tribunales y aunque corresponde a la legislatura determinar si las medidas se designan como penales, civiles o algún híbrido de ambas, esto deja abierta la cuestión de si los tribunales deberían simplemente aceptar la designación legislativa¹⁴ o mirar detrás de las etiquetas para determinar si las medidas civiles coercitivas son de hecho penal. El recurso gubernamental a eludir legislativamente el proceso penal para acceder a canales menos onerosos, más rápidos y más baratos del derecho civil y administrativo es posiblemente injusto cuando las medidas impuestas pertenecen propiamente a la esfera penal. Cuando los tribunales simplemente ceden ante la legislatura, tácitamente toleran la subversión estatal de las protecciones del proceso penal y las restricciones de proporcionalidad que se aplican al castigo (Steiker, 1998).

La deferencia judicial es un peligro porque si los tribunales aceptan acríticamente la designación legislativa de una medida como no castigo, se aplican las protecciones procesales menores del procedimiento civil o administrativo. En Europa, los tribunales no han estado dispuestos a acceder a este debilitamiento legislativo de las protecciones del debido proceso. Por el contrario, han cuestionado las designaciones formales, han mirado más allá de las etiquetas legislativas e insistido en el derecho a aplicar criterios independientes para determinar si una medida es o no un castigo, independientemente de su estatus oficial. Al hacerlo, han cuestionado la noción de que definir el castigo es una cuestión de hazaña legislativa y, en cambio, han insistido en que términos como acusación penal y pena son competencia propia de los tribunales.

De crucial importancia ha sido el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo al tratar de crear un “significado autónomo” de castigo, independiente de las etiquetas legislativas aplicadas por los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta táctica innovadora, de insistir y elaborar un significado autónomo del castigo, busca evitar que los estados clasifiquen medidas como no penales para evadir las restricciones del CEDH y privar a los individuos de sus derechos fundamentales (Emmerson et al, 2012: 100).

Con el fin de establecer criterios para determinar el significado de un "cargo penal", se desarrollaron tres criterios en el caso principal de Engel.¹⁵ En primer lugar, la etiqueta formal sirve sólo como un punto de partida, detrás del cual el tribunal debe mirar para determinar el realidad del proceso. En segundo lugar, el tribunal da más importancia a la naturaleza del delito y al procedimiento al que da lugar

En tercer lugar, el tribunal presta especial atención a la gravedad de la pena, en particular si las sanciones potenciales (incluidas las por incumplimiento de una orden)) conllevan pena de prisión. Si la orden pudiera dar lugar a una pena que "pertenece a la esfera penal" y esto puede incluir incluso sanciones económicas menores- entonces esto es suficiente para que el tribunal considere que la medida es un cargo penal. Los dos últimos criterios (la naturaleza del delito y la gravedad de la pena) son alternativas, es decir, cualquiera de ellos será suficiente, pero si cada uno de ellos por sí solo no es decisivo, pueden tomarse en conjunto para determinar el resultado. Estos tres "criterios Engel" se han seguido en importantes casos posteriores¹⁷ para evitar que los Estados subviertan la Convención "disfrazando los procedimientos penales como si fueran civiles" (Ashworth y Zedner, 2010: 77).

El intento del Tribunal de Estrasburgo de establecer un significado autónomo para el término "pena" es aún más relevante para determinar los límites del castigo (Emmerson et al, 2012: 846). La resultante "doctrina antisubversión" busca defender la doctrina de que no puede haber castigo sin ley; impedir que los Estados saboteen la prohibición de la criminalización retrospectiva; y proteger la disposición según la cual una pena no puede aumentarse retroactivamente (artículo 7 del CEDH), así como garantizar la proporcionalidad de la pena. En el importante caso Welch contra Reino Unido (1995), el Tribunal sostuvo que "para que la protección ofrecida por el artículo 7 sea efectiva, el Tribunal debe seguir siendo libre de ir más allá de las apariencias y evaluar por sí mismo si una medida particular equivale en esencia a una "pena" en el sentido de esta disposición.¹⁸ Welch se refería a una orden para confiscar los activos de un traficante de drogas que se basaba en una ley (la Ley de Delitos de Tráfico de Drogas de 1986), que entró en vigor después de la fecha de la condena de Welch. Welch tuvo éxito en su argumento de que la orden constituía una sanción y, por tanto, no podía aplicarse retrospectivamente.

Al tomar su decisión, el Tribunal definió el significado autónomo de una pena mediante criterios análogos a los que se aplican al término acusación penal. Una vez más, el punto de partida es si la medida se impuso o no tras una condena por un delito penal, pero, una vez más, esto no es decisivo.

Otros factores que deben considerarse son “la naturaleza y el propósito de la medida en cuestión; su caracterización según la legislación nacional; los procedimientos involucrados en la formulación e implementación de la medida y su severidad”.¹⁹ Es significativo que se consideró que estas consideraciones anulaban la afirmación del gobierno de que el propósito de la orden de confiscación era preventivo y no punitivo, con el argumento de que el propósito legislativo por sí solo no es decisivo. Tenga en cuenta, sin embargo, que en el caso posterior de *Ibbotson contra Reino Unido* (1999), la cuestión de si el requisito de que un registro de delincuentes sexuales fuera una pena se consideró puramente preventiva porque los otros factores no eran suficientes y los requisitos de la orden no fueron tan severos como para anular su propósito preventivo.²⁰ Por lo tanto, decidir dónde debería estar la frontera es un asunto complejo y controvertido.

Significativamente, en el Reino Unido, en el caso principal de *Clingham y McCann* (2003), la Cámara de los Lores ignoró el razonamiento de Welch de que una orden puede tener efectos punitivos incluso si tiene un propósito preventivo. En cambio, concluyó que debido a que las restricciones impuestas bajo una Orden de Comportamiento Antisocial (ASBO) fueron "impuestas por razones preventivas, no como castigo", no constituían una sanción.²¹ Al hacerlo, el tribunal del Reino Unido se desvió del objetivo del Tribunal de Estrasburgo para impedir que los gobiernos manipulen categorías en la frontera civil-penal/preventivo-punitivo (Ashworth, 2004). El resultado fue la conclusión bastante desafortunada de que las órdenes preventivas civiles se encuentran en algún lugar marginal, se aplican las reglas de la prueba civil pero el estándar de prueba es penal. En consecuencia, las órdenes preventivas civiles del Reino Unido no han sido consideradas ni penales ni preventivas, sino una especie de mestizaje, una conclusión que podría considerarse en sí misma una subversión de la doctrina “antisubversión” de Estrasburgo.

Sin embargo, en los casos en que la privación de libertad en cuestión es grave, como la prisión preventiva, el tribunal de Estrasburgo ha sido mucho más enérgico al desestimar la afirmación de que, dado que la detención tiene un propósito preventivo, no es punitiva. En el caso *M* contra Alemania,²² aunque el Tribunal Constitucional alemán (el Bundesverfassungsgericht) había sostenido que *Sicherungsverfahren* (una forma de prisión preventiva) era "de naturaleza puramente preventiva destinada a proteger al público de un delincuente peligroso", Estrasburgo rechazó esta conclusión rotundamente. Consideró que la prisión preventiva era, de hecho, una pena sobre la base de que la detención de *M* tuvo lugar en una prisión ordinaria en condiciones similares a las de los presos comunes, había pocas o ninguna medida especial para permitir a los detenidos reducir

el peligro que corrían. presentado y limitar así el período de detención. Operaba, por tanto, como pena adicional y contenía un claro elemento disuasivo, era ordenada por los tribunales penales y el perjuicio para el infractor era mayor que la pena original. Además, al ser una orden indeterminada, se encontraba entre las más severas que podían dictarse con arreglo al Código Penal alemán.

En resumen, la mera declaración de una finalidad preventiva no podría alterar la calidad fundamentalmente punitiva de la prisión preventiva. Esta sentencia contrasta notablemente con la controvertida decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Kansas v Hendricks* de que debido a que el propósito del internamiento civil posterior a la sentencia era principalmente proteger al público, se consideró una detención civil, no punitiva.

Sentencias posteriores del Tribunal de Estrasburgo han insistido en que, para que la prisión preventiva no se considere una pena, las condiciones deben estar claramente distanciadas de las del encarcelamiento y que debe estar disponible un programa terapéutico.²⁴ Es significativo que las decisiones posteriores del Tribunal Constitucional alemán han seguido expresamente la jurisprudencia de Estrasburgo en una medida que ha sido aplaudida por significar "una nueva era de diálogo en el constitucionalismo europeo" (Michaelson, 2012).

No se puede ver una aquiescencia similar en el caso de *McCann* (discutido anteriormente) y muchos otros casos del Reino Unido en los que los tribunales del Reino Unido han ignorado o rechazado explícitamente la determinación de Estrasburgo sobre lo que es una pena. Por el contrario, la opinión del Reino Unido parece ser cada vez más la de que, al erigirse en árbitro de los límites del castigo, Estrasburgo se entromete injustificadamente en los asuntos nacionales y socava la soberanía de los tribunales del Reino Unido, incluso cuando desafían la soberanía de los tribunales del Reino Unido, el parlamento del Reino Unido debe determinar qué es y qué no es un castigo.

Conclusión

¿Cómo deberíamos pensar en esta lucha política y legal para liberar el significado de castigo de su designación oficial? Los admiradores del activismo judicial han aplaudido la forma en que los jueces han superado su deferencia histórica hacia el gobierno, particularmente en cuestiones de seguridad, para defender los derechos humanos cuestionando los casos de elusión o evasión

(Emmerson et al, 2012). Los críticos han cuestionado si, en una democracia, los jueces no electos y que no rinden cuentas deberían asumir el derecho de desafiar la voluntad del parlamento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido objeto de críticas especialmente hostiles porque sus decisiones sobre cuestiones normalmente consideradas como objeto de determinación nacional socavan la soberanía parlamentaria (Letsas, 2004: 279-280). Podría decirse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es parte del problema porque sus disposiciones de textura abierta dejan mucho margen a la discreción judicial y el margen de apreciación permite interpretaciones muy diferentes. Su cobertura irregular y parcial también es problemática, sobre todo porque la Convención guarda silencio en gran medida sobre las protecciones que deberían aplicarse a las medidas civiles.

Como resultado, los tribunales se han visto obligados a recurrir a las protecciones en la esfera penal del artículo 6 (derecho a un juicio justo) y el artículo 7 (prohibición de sanciones retroactivas) para importar protecciones procesales para personas sujetas a medidas coercitivas. Al determinar que una medida civil es, después de todo, una acusación penal que da lugar a una sanción, los tribunales pueden reimportar la norma contra el castigo retroactivo y el derecho a un juicio justo. Por mucho que uno pueda aplaudir esta astuta reafirmación de los derechos procesales penales, quedan cuestiones clave. ¿Cuál es el papel de los tribunales en una democracia? ¿Constituye el ejercicio de este poder interpretativo por parte del propio poder judicial una subversión problemática y antidemocrática del poder del gobierno para designar lo que es y lo que no es castigo?

Los criminólogos generalmente no son ávidos lectores de jurisprudencia, pero los casos discutidos son textos enormemente ricos y provocativos que plantean profundas preguntas sobre la autoridad del Estado para fijar los límites del castigo. Invitan a una mayor reflexión sobre quién tiene el poder de castigar y determinar qué es (y qué no es) una pena, de hecho, sobre los límites mismos del Estado soberano en su ejercicio del poder coercitivo. Si el papel determinante que los tribunales se han otorgado a sí mismos es en sí mismo una subversión de la soberanía estatal exige atención tanto criminológica como jurídica, ya que aborda directamente cómo se ejerce el poder penal en la sociedad contemporánea. En la práctica, la subversión, si la hay, puede ser más una cuestión política práctica en el sentido de que las decisiones judiciales a menudo son socavadas o saboteadas por los estados. El papel autoproclamado por los tribunales de vigilancia de los límites del castigo puede ser encomiable, pero sigue siendo menos claro si marca una diferencia decisiva en la práctica.

El castigo es el ejercicio más poderoso de la autoridad estatal sobre los ciudadanos, por lo que existen buenas razones para designar medidas coercitivas como castigo con el fin de reafirmar el debido proceso y la protección de los derechos humanos. Pero en su intento por incluir las medidas civiles coercitivas dentro del ámbito de los derechos humanos, se puede decir que los tribunales no se han preocupado lo suficiente por lo que justifica el castigo como castigo. Tratar de garantizar la protección de las libertades individuales re-etiquetando las medidas bajo la doctrina anti subversión puede ser un caso en el que los derechos humanos mueven la cola del perro de la definición, porque subordina la definición de castigo a la cuestión de qué protecciones procesales deben aplicarse. Defender los derechos fundamentales es loable, pero plantea la cuestión de qué es y qué no es castigo al revés. Si los criminólogos pudieran beneficiarse al examinar más a fondo cómo piensan los tribunales sobre el castigo, no es menos obvio que los tribunales podrían aprender mucho de la teoría criminológica y penal.

Referencias

1. Aas KF and Bosworth M (eds) (2013) *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. Oxford: Oxford University Press.
2. Ashworth A (2004) *Social Control and Anti-Social Behaviour Order: the Subversion of Human Rights?* *Law Quarterly Review* 120: 263-91.
3. Ashworth A (2006) *Four Threats to the Presumption of Innocence*. *The International Journal of Evidence and Proof*. 10: 241-279.
4. Ashworth A (2011) *Criminal Justice, Not Criminology?* In Hoyle C and Bosworth M (eds) *What is Criminology?* Oxford: Oxford University Press, 335-345.
Ashworth A and Zedner L (2008) *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions*. *Criminal Law and Philosophy* 2: 21- 51.
5. Ashworth A and Zedner L (2010) *Preventive Orders: a problem of under-criminalization?* In: Duff RA et al (eds) *The Boundaries of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 59-87.
6. Ashworth A and Zedner L (2014a) *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press.
Ashworth A and Zedner L (2014b) *----Punishment Paradigms and the Role of the*

- Preventive State. In: Simester A et al (eds) *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von*
7. Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 3-21. Alying J (2011) *Pre-emptive Strike: How Australia is Tackling Outlaw Motorcycle Gangs.*
 8. *American Journal of Criminal Justice* 36/3: 250-264. Barker V (2009) *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way*
 9. *America Punishes Offenders.* New York: Oxford University Press. Beckett K and Herbert S (2010) *Penal Boundaries: Banishment and the Expansion of*
 10. *Punishment.* *Law and Social Inquiry* 35: 1-38. Beckett K and Murakawa N (2012) *Mapping the shadow carceral state: Toward an institutionally capacious approach to punishment.* *Theoretical Criminology* 16: 221- 244. Bosworth M (2014) *Inside Immigration Detention,* Oxford: Oxford University Press. Braithwaite J (2000) *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology.*
 11. *British Journal of Criminology* 40/2: 222-238. Cabinet Office (2006) *Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World,* London: HMSO.
 12. Cavadino M and Dignan J *Penal Systems: A Comparative Approach,* London: Sage.
 13. Choongh S (1997) *Policing as Social Discipline,* Oxford: Clarendon Press.
 14. Cunneen C and Hoyle C (2010) *Debating Restorative Justice.*
 15. Oxford: Hart Publishing. de Haan W (1990) *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition,* London: Unwin Hyman.
 16. De Keijser J (2011) *Never Mind the Pain, It's a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions'* in Tonry M (ed) *Retribution has a past. Has it a future?* Oxford: Oxford University Press, 188-213.
 17. Dennis I (2012) *Security, Risk and Preventive Orders.* In: Sullivan GR and Dennis I (eds) *Seeking Security: Pre-empting the Commission of Criminal Harms* Oxford: Hart Publishing, 169-192.
 18. Duff RA (2001) *Punishment, Communication and Community,* Oxford: Oxford University Press.
 19. Duff RA (2002) *Punishment, communication and community.* In: Matravers D and Pike J (eds) *Debates in Contemporary Political Philosophy: An Anthology.* London: Open University Press, 387-407.

20. Duff RA (2007) *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing.
21. Duff RA (2010) *Perversions and Subversions of Criminal Law*. In: Duff RA et al (ed) *The Boundaries of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
22. Duff RA et al (2010) (eds) *The Boundaries of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
23. Duff RA et al (2011) *Introduction*. In: Duff RA et al (eds) *The Structures of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1-10.
24. Duff RA and Garland D (eds) (1994) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press.
25. Emmerson B, Ashworth A and MacDonald A (2012) *Human Rights and Criminal Justice*, London: Sweet & Maxwell.
26. Feeley M (1979) *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage Foundation.
27. Foucault M (1979) *Discipline and Punish: the birth of the prison*. Harmondsworth: Penguin.
28. Garland D (1990) *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon Press.
29. Garland D (2001) *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press.
30. Garland D (2006) 'Concepts of Culture in the Sociology of Punishment', *Theoretical Criminology*, 10/4: 419-447
31. Hannah-Moffat K and Lynch M (2012) *Theorizing Punishment's Boundaries*. *Theoretical Criminology* 16: 119-121.
32. Hannah-Moffat, K and Maurutto, P (2012) *Shifting and targeted forms of penal governance: Bail, punishment and specialized courts* *Theoretical Criminology* May 16: 201-219. Harel A (2008) *Why only the state may inflict criminal sanctions: the case against privately inflicted sanctions*. *Legal Theory* 14: 113-133.
33. Hart HLA (2008) *Punishment and Responsibility* Oxford: Oxford University Press.
34. Hoyle C and Bosworth M (2011) *Mapping the Borders of Criminology*. In Hoyle C and Bosworth M (eds) *What is Criminology?* Oxford: Oxford University Press, 530-542.
35. Hudson B (1998) *Doing Justice to Difference* in A. Ashworth and M. Wasik, (eds)
36. *Fundamentals of Sentencing Theory* Oxford: Oxford University Press.

37. Hudson B (2006) *Beyond white man's justice: Race, gender and justice in late modernity*. *Theoretical Criminology*, 2/10: 29 - 47.
38. Husak D (2011) *Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment*. *San Diego Law Review* 48: 1173-1204.
39. Jost P-J (1997) *Regulatory Enforcement in the Presence of a Court System*. *International Review of Law and Economics* 17: 491-508.
40. Keyzer, P (2011) *The International Human Rights Parameters for the Preventive Detention of Serious Sexual Offenders*. In McSherry B & Keyzer P (eds) *Dangerous People: Policy, Prediction and Practice*. London: Routledge, 25-26.
41. Knowles D (2010) *Political Obligation: a Critical Introduction*, Abingdon: Routledge.
42. Lacey N (2008) *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge: Cambridge University Press.
43. Lacey N (2013) *What Constitutes Criminal Law?* In: Duff RA et al (eds) *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 12-29.
44. Law Commission. (2010) *Criminal Law in Regulatory Contexts: Law Commission Consultation Paper 195*
45. Lazarus, L, Goold, B, and Goss, C (2013) *Control without Punishment: Understanding Coercion*. In: Simon, J and Sparks, R (eds) *The SAGE Handbook of Punishment and Society*. London: Sage, 463–491.
46. Letsas G (2004) *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*. *European Journal of International Law* 15: 279-305.
47. Loader I and Walker N (2005) *Necessary Virtues: The Legitimate Place of the State in the production of Security*. In J Wood and B Dupont (eds) *Democracy, Society and the governance of Security* Cambridge: Cambridge University Press, 165-195.
48. Lukes S and Scull A (1983) *Durkheim and the Law*. Oxford: Martin Robertson.
49. Thorburn M (2011) *Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law*. In: Duff RA et al (eds) *The Structures of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 85-105.
50. Tonry M (2014) 'Can Deserts be Just in an Unjust World?' in Simester, A et al (eds) *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 141-165.
51. von Hirsch A (1993) *Censure and Sanctions*, Oxford: Oxford University Press. ^[1]_[5EP]

52. von Hirsch A (2002) Punishment, penance and the state: a reply to Duff. In: Matravers D and Pike J (eds) Debates in Contemporary Political Philosophy: An Anthology. London: Open University Press, 408-422.
53. von Hirsch A and Ashworth A (2005) Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford: Oxford University Press.
54. Wacquant L (2009) Punishing the Poor: the Neoliberal Government of Social Insecurity Durham & London: Duke University Press.
55. Whitman JQ (2005) Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe. Oxford: Oxford University Press
56. Zedner L (2007) Seeking Security By Eroding Rights: The Side-Stepping of Due Process In: Goold B and Lazarus L (eds) Security and Human Rights. Oxford: Hart Publishing, 257-275.
57. Zedner L (2009) Security, London: Routledge. Zedner L (2011) Putting Crime Back on the Criminological Agenda. In Hoyle C and Bosworth M (eds) What is Criminology? Oxford: Oxford University Press, 271-283.
58. Zedner L (2013) Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment. In: Aas KF and Bosworth M (eds) The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion. Oxford: Oxford University Press, 40-57.

© 2024 por el autor. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).