

La Doctrina de los ‘Three Strikes and You’re Out’ y el Principio de Proporcionalidad en el Constitucionalismo y Jurisprudencia Estadounidenses

Daniel Scheunemann de Souza*

“El autor muestra como se ha ido aplicando el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del common-law, asimismo hace énfasis en la doctrina de los “three strikes and you are out”. Estas leyes surgieron como una demanda para endurecer el castigo a los delincuentes habituales; sin embargo, según el autor, las leyes vulneran el principio de proporcionalidad y no proteger su contenido de manera ideal.”

El principio de proporcionalidad se encuentra arraigado en la jurisprudencia del common-law, teniendo referencias tan lejanas como las de la Magna Carta del año de 1215. En el Derecho norteamericano, según este principio estructural, las conductas pasibles de reprehensión deben ser punidas y esta punición debe ser proporcionada al delito cometido.¹

Aquí nos atenderemos específicamente a las cuestiones acerca de la proporcionalidad en las sentencias de prisión, especialmente cuando el tiempo de duración de esta es demasiado largo comparado con la gravedad de la infracción cometida, dejando de lado todas las cuestiones atinentes al análisis de la proporcionalidad en la pena de muerte.

La discusión sobre la posibilidad de ubicación constitucional y aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho interno como mecanismo de control de sanciones desproporcionadas es un tema largamente discutido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. Las primeras referencias datan del

siglo XIX donde ya se discutía la idea de que las condenas excesivamente largas podrían violar la Constitución.

En *O’neil v. Vermont*² el juez Stephen Field consideró que la imposición de una sanción de 54 años de trabajos forzados por vender bebidas alcohólicas sin autorización era demasiado excesiva y cruel, violando la Octava Enmienda³. El juez afirmó que la Octava Enmienda busca impedir que se impongan penas de tortura o cualquier otra penalidad que por su excesiva duración o severidad acarree una notable desproporcionalidad al hecho cometido. En *Weems v. EE.UU.*⁴ el Tribunal, por una mayoría de 4x2 también determinó que una condena de 15 años de prisión de trabajos forzados (*hard and painful labor*) asociada a otras penas accesorias era desproporcionada y violaba la Octava Enmienda. En esta misma sentencia el Tribunal afirmó que es un precepto de justicia el hecho de que una condena sea establecida de forma proporcionada a la ofensa.

Pasados setenta años, la Suprema Corte dio un paso atrás hacia al desarrollo de la proporcionalidad como

* Becario MAEC AECI del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España e investigador del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla - La Mancha desde 2004. Es Doctorando en Derecho Penal en esa misma universidad donde realiza su tesis doctoral sobre el Principio de Proporcionalidad y su desarrollo en los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Asimismo, es miembro del Consejo de Eedacción de la Revista Semanal de Derecho Penal (www.iostel.com) en la cual es coautor de la reseña semestral de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde 2005 y también miembro de la sección de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

1 Vid. *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 a 284 (1983).

2 144 U.S. 323 (1892).

3 La Octava Enmienda Constitucional establece que no se deben exigir fianzas excesivas, ni imponerse multas excesivas, y tampoco se infligirán castigos crueles e inusuales. (U.S. Const. Amend. VIII).

4 217 U.S. 349 (1910).

limitadora de sanciones desproporcionadas. En el caso *Rummel v. Estelle*⁵ el Tribunal mantuvo una sentencia de reclusión perpetua sin posibilidad de libertad condicional antes de 12 años de cumplimiento para un reincidente⁶ de un delito estafa por un importe de 120 dólares. Según los 5 magistrados de la mayoría el castigo impuesto al Sr. William James Rummel no transgredía lo dispuesto en la Octava Enmienda pues los precedentes que habían declarado inconstitucional, en ciertos casos, la pena de muerte o algunas penas corporales, no eran aplicables sin más a los supuestos en que la sanción consistía en la privación de libertad. Según estos magistrados, de la Octava Enmienda no podía derivarse una prohibición de exceso punitivo relativa a la pena de prisión, pues tal castigo no resulta cruel en si mismo y tampoco ha sido inusual en la praxis penal estadounidense. Además de esto, el Tribunal también afirmó que “sería posible alegar sin miedo de equivocarse [...] que la extensión de una condena impuesta es una prerrogativa puramente legislativa”⁷, debiendo el principio de proporcionalidad ser aplicado solamente en los casos extremos⁸. De esta forma, la pena impuesta estaba justificada por la voluntad de los legisladores de retirar de circulación los delincuentes habituales⁹ y este argumento de no interferencia en las competencias de los poderes legislativos y de deber de respeto a la estructura federal justificó la postura adoptada por los 5 magistrados, los cuales contrariando la tendencia existente en esta época¹⁰, confirmaron el castigo anteriormente impuesto al Sr. William Rummel.

Dos años más tarde, en *Hutto v. Davis*¹¹ la Corte reafirmó lo que había establecido en *Rummel* al mantener una condena de 50 años de prisión por posesión, intento de distribución y distribución de aproximadamente 260 gramos de marihuana, mencionando otra vez que la proporcionalidad solo se aplicaría en casos extremos.

Un año más tarde, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos volvió a reconocer la posibilidad de aplicación del principio de proporcionalidad de manera general, siendo la sentencia del caso *Solem v. Helm*¹² un importante paso para el desarrollo de la proporcionalidad en la jurisprudencia estadounidense. En este caso la Corte determinó la revisión de una condena de reclusión

perpetua sin posibilidad de libertad condicional aplicada por la comisión de un séptimo¹³ delito no violento, por considerar que la duración de la pena era demasiado excesiva resultando así desproporcionada. En esa misma sentencia el Magistrado Lewis Powell afirmó que el principio que establece que las condenas impuestas deben ser proporcionadas al delito cometido está profundamente arraigado en la historia de los Estados Unidos y desarrolló un Test, compuesto por elementos objetivos, para determinar cuando las penas de prisión eran desproporcionadas y violaban la Octava Enmienda. Este test estaba dividido en 3 partes, según el cual los Tribunales: a) deberían comparar en primer lugar “la gravedad del delito y la severidad de la sanción”; b) en segundo lugar deberían “hacer una comparación con las demás sentencias impuestas a otros delincuentes dentro de la misma jurisdicción”, analizando si delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas más leves; c) y por fin la proporcionalidad debería ser medida por la “comparación con otras sentencias impuestas en otras jurisdicciones por la comisión del mismo delito”¹⁴. Según el juez Powell estos dos últimos criterios son importantes pues posibilitan verificar si delitos más graves han sido objeto de sanciones iguales o más blandas, hecho que evidenciaría la desproporción de la sanción en cuestión.

En contrario de lo establecido en el caso *Rummel v. Estelle* y *Hutto v. Davis* que habían rechazado este tipo de criterio objetivo por ser de difícil implementación, en *Solem v. Helm* se estableció una forma objetiva y escalonada de aplicación del principio de proporcionalidad como limitador de sanciones desproporcionadas. Aplicando este test la Corte reconoció en el caso *Helm* que una pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional era desproporcionada ya que en primer lugar, a pesar de que el Sr. Helm fuera reincidente, se reconoció que sus delitos anteriores no eran graves ni violentos y que la gravedad de su delito actual era mínima. Después, al hacer una comparación con las demás sentencias impuestas en Dakota del Sur, se verificó que los demás delitos a los que se había aplicado condenas de prisión perpetua sin posibilidad de libramiento condicional eran muchos más graves, como por ejemplo delitos

5 445 U.S. 263 (1980).

6 El Sr. Rummel ya había sido condenado anteriormente por causar un perjuicio de 80 dólares mediante el uso fraudulento de tarjeta de crédito y también por falsificación de un cheque con valor de 29 dólares.

7 Traducción del autor. 445 U.S. 263 (1980), pp. 274 y 275.

8 En una nota a pie de página los magistrados de la mayoría afirmaron que, si bien la fijación de los plazos de prisión era una prerrogativa legislativa, “ello no supone afirmar que no pueda entrar en juego el principio de proporcionalidad en el extremo caso, citado por la minoría (p. 288), en que el poder legislativo convirtiera en delito grave el aparcamiento de un coche por tiempo indebido y lo castigara con una pena de reclusión perpetua”. 445 U.S. 263 (1980), p. 274 (nota 11).

9 Más adelante profundizaremos más en el tema con el análisis de la ‘doctrina’ del “*Three Strikes and You are Out*”.

10 Los magistrados de la mayoría reconocieron que en aquel momento histórico talvez existiera una tendencia general a la imposición de penas cada vez menos severas, pero desde su punto de vista tal tendencia “debía hallar su impulso y su sustento en el poder legislativo y no en los tribunales federales”. 445 U.S. 263 (1980), pp. 283-284.

11 454 U.S. 370 (1982).

12 463 U.S. 277 (1983).

13 El Sr. Jerry Helm antes de cometer el delito de cheque en descubierto por el cual se le está acusando ahora había sido condenado previamente por otras seis infracciones, entre las cuales están el robo en casa habitada, estafa y conducción bajo los efectos del alcohol.

14 En su versión original: *Criteria that have been recognized in this Court's prior cases include (i) the gravity of the offense and the harshness of the penalty; (ii) the sentences imposed on other criminals in the same jurisdiction, that is, whether more serious crimes are subject to the same penalty or to less serious penalties; and (iii) the sentences imposed for commission of the same crime in other jurisdictions. Solem v. Helm 463 U.S. 277, (1983), p. 279.*

de asesinato y secuestro, mientras que delitos como la violación en primer grado o la tentativa de asesinato tenían previstas penas incluso más leves. Por fin, una comparación interjurisdiccional demostró que solamente otro estado (Nevada) permitía condenas tan graves, donde, sin embargo, la prisión perpetua sin sentencia obligatoria y jamás había sido aplicada a delitos leves. Como conclusión al análisis de los tres factores, la Sala sostuvo la incompatibilidad de la pena impuesta con la Octava Enmienda y, por tanto, declaró inconstitucional la condena de Jerry Helm.

A pesar de *Helm* haber contrariado las alegaciones de *Rummel* – de que la extensión de las sentencias criminales es una prerrogativa legislativa y de que una aplicación de la proporcionalidad hacia las sentencias criminales sería extremadamente rara, sino inexistente – afirmando que la Octava Enmienda contiene un mandato riguroso de proporcionalidad, la tendencia favorable en pro de la proporcionalidad no duró mucho. Ocho años más tarde, en el caso *Harmelin v. Michigan*¹⁵, el Tribunal Supremo – rechazó la alegación de que una sentencia de prisión perpetua sin posibilidad de libramiento condicional por posesión de más de 650 gramos de cocaína fuera desproporcionada. Esta sentencia está marcada por 3 opiniones disidentes sobre la posibilidad de aplicación del test de proporcionalidad propuesto en el caso *Solem* y principalmente sobre la posibilidad o no de extraerse el principio de proporcionalidad y aplicarlo con base en la Octava Enmienda.

El juez Antonin Scalia en su voto particular, en conjunto con el juez William Rehnquist, argumentó que la conclusión de la Corte en *Solem v. Helm* estaba equivocada¹⁶ y debería ser denegada, pues la Octava Enmienda solamente busca cohibir penas crueles e inusuales y no sentencias excesivas y desproporcionadas.¹⁷ Aquí el juez Scalia también reprochó el test escalonado de proporcionalidad establecido en *Helm*, afirmando que la primera parte del test era inapropiada, ya que, para él, es muy difícil que un juez pueda evaluar objetivamente si la severidad de una sanción es o no desproporcionada en relación a la gravedad de un determinado delito, llegando a afirmar a que “el principio de proporcionalidad es una invitación a imponer valoraciones subjetivas”¹⁸. Sobre la segunda

parte del test el juez Scalia afirmó que no existe ningún parámetro objetivo que permita determinar si un delito cometido dentro de una jurisdicción específica es más o menos grave que otros delitos; y finalmente, en relación a la tercera parte del test el juez Scalia afirmó que un Estado tiene el derecho de penalizar severamente un determinado comportamiento al cual otros Estados pueden sancionar de manera más blanda o incluso optar por la no sanción.

Ya el juez Kennedy, seguido de los magistrados Sandra O'Connor y David Souter, adoptó una posición menos “radical” que Scalia, ya que para él la Octava Enmienda solamente prohíbe sanciones que sean gravemente desproporcionadas a la infracción cometida, hecho que se daría solamente en casos extremos y raros, y que justificaría su teoría de que una proporcionalidad estricta entre sanción y delito no es exigida. A pesar de discordar de la utilidad de la aplicación de la versión tripartita del test, Kennedy afirmó que los tribunales todavía deberían considerar el primer elemento del test propuesto en *Helm* a través del cual se verificaría si entre el delito y la sanción aplicada existe una grave desproporcionalidad. Así, solamente en los casos en que se verificara esta grave desproporcionalidad es que estaría justificado el recurso a los demás escalones del test – la comparación de sanciones a nivel intrajurisdiccional e interjurisdiccional.¹⁹ Según Kennedy, su teoría explicaría perfectamente los casos *Weems*, *Helm*, *Rummel* y *Davis*, ya que en los dos primeros los análisis intra e interjurisdiccionales se han llevado a cabo debido a que inicialmente se había detectado la existencia de una desproporcionalidad grave, hecho que no se reprodujo en los dos últimos casos. Eso también explicaría el resultado de *Harmelin* pues el delito cometido aquí sería de tal magnitud que la sanción aplicada jamás posibilitaría la inferencia de desproporcionalidad, haciendo posible así la manutención de la decisión sin necesidad de recurrir al segundo y al tercer análisis.

Por fin, el juez Byron White, juntamente con los magistrados Harry Blackmun, Thurgood Marshall y John Stevens, se posicionó en el lado opuesto a Scalia, argumentando que una sentencia de prisión perpetua sin posibilidad de libramiento condicional por posesión de 672g de cocaína era desproporcionada.

15 501 U.S. 957 (1991).

16 Según el juez Scalia “*Solem v. Helm*, which decreed a ‘general principle of proportionality,’ and used as the criterion for its application a three-factor test that had been explicitly rejected in *Rummel*, and in *Hutto v. Davis*, was wrong and should be overruled.” 501 U.S. 957 (1991), pp. 2-5.

17 Conforme Scalia, la fuente del precepto que determina la prohibición de penas crueles e inusuales constante en la Octava Enmienda es la Declaración Inglesa de Derechos del Hombre de 1689. Así, la Corte en el caso *Solem* presumió que los americanos que adoptaron la Octava Enmienda en 1791 entendieron el precepto de la misma manera que los Ingleses en el siglo XVII, es decir, para los que escribieron la Declaración inglesa una penalidad sería cruel e inusual solamente cuando excediera la potestad punitiva del juez (equiparando lo “inusual” al “ilegal”), no pudiendo, de esta forma, una sanción “cruel e inusual” ser considerada desproporcionada.

Otro elemento que se debería considerar era el significado de la locución “cruel e inusual” para los mentores de la Carta de Derechos de 1791, fecha en que se adoptó la Octava Enmienda. Según Scalia, para ellos la palabra inusual se refería a cosas que no habían sido empleadas de forma regular y habitual, argumentando, además de esto, que si se hubiera querido proscribir sanciones desproporcionadas, los que elaboraron, propusieron y ratificaron la Carta de Derechos habrían utilizado esa locución expresamente, a ejemplo de lo que pasó con muchas otras Constituciones de Estados contemporáneos, y no optado por el silencio.

18 501 U.S. 957 (1991), pp. 986.

19 En sus conclusiones el juez Kennedy en conjunto con los jueces O'Connor y Souter afirmó: “*This Court's decisions indicate that such an analysis is appropriate in the rare case in which a threshold comparison of the crime committed and the sentence imposed leads to an inference of gross disproportionality.*” 501 U.S. 957 (1991), pp. 998-999.

Reiterando planteamientos ya expuestos en *Solem*, desde su punto de vista resultaba incomprensible que se dedujera de la Octava Enmienda una prohibición de penas desproporcionadas en relación con la pena de muerte, las multas y fianzas y no, en cambio, respecto de las penas de prisión. Para White siempre que se esté tratando de la Octava Enmienda, la Corte debe realizar una interpretación dinámica y flexible. Conforme sus argumentos, habrá violación de dicha Enmienda siempre que la sanción aplicada sea contraria a los patrones de decencia que caracterizan una sociedad desarrollada. Para White, al analizar una sanción a través del test tripartito propuesto en *Solem*, el juez no debe atañerse a un concepto propio de decencia y a una visión subjetiva de justicia, pero sí a un concepto global, desarrollado en una sociedad americana moderna y basado en factores objetivos.²⁰ En relación a la teoría aportada por Kennedy, White afirmó que al abandonar el segundo y tercero test propuestos en *Solem* el juez Kennedy eliminó toda y cualquier posibilidad de objetividad en el análisis de la proporcionalidad. Según White no hay como alcanzar los factores objetivos necesarios a la proporcionalidad si no por medio del referido test. Al analizar *Harmelin*, White argumentó por la inconstitucionalidad de esta aduciendo, por ejemplo, que la prisión perpetua sin posibilidad de libramiento condicional era la sentencia más grave en el estado de Michigan, ya que allí la pena de muerte no era permitida; que este tipo de sentencia solo era aplicada para crímenes mucho más graves, como el asesinato en primer grado; y que en ningún otro Estado se había aplicado hasta entonces una punición tan severa por posesión de 650g de cocaína, siendo que el ejemplo más cercano era el del estado de Alabama, con la gran diferencia de que la cantidad de droga en cuestión era de 10kg. Así, con base en estos motivos, y en la interpretación histórica de la Octava Enmienda realizada por la Suprema Corte, el juez White concluye que la Octava Enmienda sí presenta en su contenido la garantía de la proporcionalidad.

Sin embargo, hay que aclarar que entre las varias opiniones existentes en *Harmelin* ha sido la del juez Kennedy la que ha predominado, teniendo el apoyo de la mayoría de la Corte en cuestiones como la existencia de una proporcionalidad limitada, aplicable en casos extremadamente raros y con la utilización de los análisis intra e interjurisdiccional en casos muy excepcionales.

No obstante, esta opinión destruyó más de un siglo de *Common Law* norteamericano, el cual había solidificado el entendimiento de que la Suprema Corte, bajo el manto de la Octava Enmienda, debería actuar como elemento

de control contra los abusos de poder a la hora de fijar las sanciones penales.

Durante más de una década el Tribunal no volvió a pronunciarse sobre el tema. Este período ha sido de gran expectación en relación al posicionamiento de la Corte sobre los recursos interpuestos por Gary Ewing y Leandro Andrade, siendo estas dos siguientes sentencias, especialmente esta última, como veremos más adelante, las responsables por la actual postura del Tribunal Supremo estadounidense acerca de la posibilidad de utilizarse el principio de proporcionalidad como elemento limitador de sentencias privativas de libertad desproporcionadas, y principalmente por el destino de centenares de delincuentes californianos que podrían no volver a ver el otro lado de los muros de la prisión.

Ha sido en el 5 de marzo de 2003 que el Tribunal volvió a pronunciarse sobre el tema, profiriendo en este mismo día las sentencias sobre los casos *Ewing v. California*²¹ y *Lockyer v. Andrade*²².

El señor Gary Ewing había sido condenado por un delito de hurto grave a una pena de reclusión perpetua con un mínimo de veinticinco años de cumplimiento obligatorio por haber sido sorprendido saliendo de una tienda de un club de golf de California con tres palos de golf dentro de sus pantalones, teniendo el valor de trescientos noventa y nueve dólares cada uno. Ewing ya había sido condenado por otros delitos anteriormente, como hurto, robo de coche, hurto leve, lesiones, posesión de droga, apropiación de objetos perdidos, tenencia ilícita de arma, allanamiento de morada, robo en casa habitada y por robo con intimidación. En todos los delitos anteriores se le había aplicado penas de arresto y libertad vigilada, siendo que por este último delito se le había aplicado una pena de 9 años, encontrándose en libertad condicional cuando sustrajo los palos de golf.

En la opinión de la magistrada O'Connor, a la cual se han unido los magistrados Rehnquist y Kennedy, el principio de proporcionalidad, que se puede extraer de la Octava Enmienda, es aplicable solamente en aquellos casos de penas de prisión gravemente desproporcionadas²³, citando como ejemplo la hipótesis de que fuera impuesta una pena de reclusión perpetua por exceder el tiempo de aparcamiento (*overtime parking*). Para O'Connor, la pena impuesta a Ewing de veinticinco años no es excesiva, ya que lo que se debe analizar no es solamente el robo de tres palos de golf y sí todo su historial de reincidencia en el crimen, afirmando también que este tipo de sanción ha sido una opción legislativa que refleja "un juicio racional con objetivo de inocular e

20 Opinión disidente del juez White a la que se unieron los jueces Blackmun y Stevens: "The Court therefore has recognized that a punishment may violate the Eighth Amendment if it is contrary to the "evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society." In evaluating a punishment under this test, "we have looked not to our own conceptions of decency, but to those of modern American society as a whole" in determining what standards have "evolved," and thus have focused not on "the subjective views of individual Justices," but on "objective factors to the maximum possible extent." 501 U.S. 957 (1991).

21 538 U.S. 11 (2003).

22 538 U.S. 63 (2003).

23 Retomando aquí la conclusión del juez Kennedy en *Harmelin v. Michigan*.

incapacitar aquellos que hayan cometido delitos graves o violentos y que hayan vuelto a delinquir²⁴, y por este motivo el presente caso no puede incluirse en los casos de grave desproporción que en la sentencia de *Harmelin* se consideraron contrarios a la Octava Enmienda.

Los jueces Scalia y Thomas también opinan a favor de la condena de Ewing, sin embargo adoptan una posición más radical que O'Connor ya que no admiten la posibilidad de extraer de la Octava Enmienda ninguna exigencia de proporcionalidad, y afirman que la única finalidad allí existente es la de prohibir determinadas clases o formas de castigos. Según Scalia una sanción penal puede tener muchas otras finalidades además de la retribución – objetivo al cual la proporcionalidad está intrínsecamente ligada – como la intimidación e inocuización, donde no habría sentido hablar de proporcionalidad.

“El juez Bryer afirmó que existen tres características esenciales que se debe tener en cuenta al valorar la proporción entre el delito y la pena: «la duración de la pena de prisión impuesta en tiempo real, el hecho que ha dado lugar a la imposición de la pena y por último los antecedentes penales del reo».”

En el lado opuesto de las opiniones anteriores está el juez Breyer y el Juez Stevens, a quién se subscribieron sus colegas Souter y Ginsburg. Para estos jueces el caso de Ewing es uno de aquellos supuestos en que la condena debe considerarse gravemente desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional. Según Stevens el principio de proporcionalidad de las penas es totalmente compatible con la Octava Enmienda. Entre sus argumentos el magistrado afirma que si está facultado a los jueces determinar la proporcionalidad en casos en que la sanción aplicada es una multa, fianza o la pena de muerte, no habría ninguna justificativa para que esas formas más y menos graves de sanción fueran pasibles de una exigencia de proporcionalidad y la extensión de una pena de prisión. El juez Bryer afirmó que existen tres características esenciales que se debe tener en cuenta al valorar la proporción entre el delito y la pena: “la duración de la pena de prisión impuesta en tiempo real, el hecho que ha dado lugar a la imposición de la pena y por último los antecedentes penales del reo.”²⁵ Según señala el juez Bryer el factor verdaderamente importante

es el primero, así aún siendo Ewing reincidente, su último delito no puede ser considerado un delito violento y por este motivo el no debería ser penalizado de la misma forma que un criminal reincidente que hubiera cometido otro delito violento. Imputarle la misma pena que se hubiera aplicado a un violador o a un asesino convicto le lleva a la conclusión de que esta sanción es demasiado dura para un ladrón de tiendas, aún siendo un ladrón de tiendas reincidente como Ewing.

Sin embargo, a pesar de no ser coincidentes, las opiniones de Scalia y Thomas unidas a las de O'Connor, Rehnquist y Kennedy formaron una mayoría de 5 a 4 sobre los jueces Bryer, Stevens, Souter y Ginsburg, conllevando a la desestimación del recurso de Ewing y a la confirmación de la condena.

El caso del Sr. Andrade se asemeja mucho al del Sr. Ewing. Leandro Andrade fue condenado a dos penas consecutivas de reclusión perpetua, con un cumplimiento mínimo de 25 años por cada pena, por haber intentado sustraer nueve cintas de vídeo con un valor total de ciento cincuenta y tres dólares y cincuenta y cuatro céntimos. En noviembre de 1995 Andrade, veterano del ejército estadounidense y adicto crónico en heroína, fue detenido por el personal de seguridad del establecimiento Kmart de Ontario, California, cuándo intentaba sustraer cinco cintas de vídeo, y dos semanas después fue nuevamente detenido cuando intentaba llevarse ocultas dentro de sus pantalones otras cuatro cintas de una tienda de la misma cadena en la ciudad de Montclair, California. Anteriormente a estos dos hurtos Andrade ya había sido condenado por diversos delitos, como dos hurtos leves, tres robos en domicilios, dos delitos de tráfico de marihuana y un quebrantamiento de condena. Con base en estas condenas previas el juez le impuso las dos penas de veinticinco años, una por cada hurto cometido, a las cuales la defensa del reo interpuso recurso. Tras tener dos recursos denegados el Tribunal del noveno circuito admitió las alegaciones de la defensa por considerar que la condena de Andrade vulneraba principios de derecho federal claramente determinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de proporcionalidad de las penas. Ante este panorama el estado de California solicitó al Tribunal Supremo estadounidense que revisara esta decisión del noveno circuito.

La decisión de la cuestión también se dio por una mayoría muy justa, donde la magistrada O'Connor, a quien se unieron los jueces Rehnquist, Scalia, Thomas y Kennedy, argumentó que la sentencia proferida en Andrade no violaba el principio de proporcionalidad. La juez afirmó que la propia Corte Suprema en su historia reconoció la posibilidad de derivar el principio de proporcionalidad de la Octava Enmienda, sin embargo reconoció también que los precedentes de Tribunal no son nada claros

24 538 U.S. 11 (2003), p. 31.

25 O según sus propias palabras: (a) the length of the prison term in real time, i. e., the time that the offender is likely actually to spend in prison; (b) the sentence-triggering criminal conduct, i. e., the offender's actual behavior or other offense-related circumstances; and (c) the offender's criminal history. 538 U.S. 11 (2003), p. 38.

cuando se trata de establecer un contorno preciso acerca del principio de proporcionalidad.²⁶ Así, según la mayoría, los precedentes permiten afirmar que el principio de proporcionalidad actuaría apenas en caso de penas de prisión gravemente desproporcionadas, y como no están claros los factores que indican una grave falta de proporción, la aplicación del principio sería bastante rara, ocurriendo solo en casos extremos.²⁷ Otro argumento de la mayoría se relaciona con el hecho de que el caso *Andrade* se asemeja tanto a *Solem* como a *Rummel*. Así, siendo estos dos casos considerados como “correctos”²⁸ y no habiendo sido desautorizados por el Tribunal, no sería posible afirmar que al “apoyarse” más en *Rummel* la condena de los Tribunales californianos contradecía a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que la Corte de California no estaba obligada a optar por ningún de los casos en específico. Siguiendo este pensamiento O'Connor afirmó que lo que diferenciaba el presente caso de *Solem v. Helm* es el hecho de que en este precedente no había libertad condicional al reo, posibilidad que sí existía en el caso *Andrade*. De esta forma, como la Corte californiana jamás contrarió o llegó a un resultado materialmente opuesto a los establecidos en los precedentes del Supremo, sería posible confirmar la constitucionalidad de las condenas inicialmente impuesta al recurrente, revocándose la sentencia del Tribunal del Noveno Circuito.²⁹

“(...) y mientras se mantenga este tipo de revisión de las sanciones criminales excesivas será casi imposible que el principio de proporcionalidad pueda desarrollar su verdadero papel, garantizando una protección efectiva a los derechos fundamentales.”

La opinión disidente fue proferida por el juez Souter, a la cual se subscribieron los jueces Stevens, Ginsburg y Breyer. Según Souter existían dos motivos para que la decisión en contra *Andrade* fuera considerada

irrazonable. Primero Souter aseveró que la sentencia del caso *Solem* era determinante, pues pasó a ser un elemento de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad y la diferenció de *Rummel* pues aquí el sentenciado había sido condenado a 50 años de reclusión obligatorios, aproximándose mucho más de la reclusión perpetua sin posibilidad de libertad condicional establecida en *Solem*, ya que no saldría de la cárcel antes de sus 87 años, que de los 12 años de cumplimiento obligatorio establecidos en *Rummel*.³⁰ Souter también recordó que el caso *Andrade* se asemejaba mucho al de *Solem* debido tanto a la levedad de las infracciones cometidas como al currículo criminal del recurrente. Por otro lado, Souter afirmó que la aplicación de una segunda sentencia de 25 años por haber vuelto a cometer el mismo delito no se justifica bajo el objetivo de las leyes californianas de inocuizar los delincuentes habituales debido al riesgo que estos ofrecen a la sociedad. Para el magistrado la peligrosidad del recurrente era la misma tras cometer el segundo delito, ya que *Andrade* no se había vuelto doblemente peligroso para la sociedad cuando intentó hurtar la segunda vídeo cinta, resultando imposible no caer en un caso de grave desproporcionalidad al simplemente multiplicarse la pena por dos. Con base en estos y otros argumentos³¹ los magistrados disidentes terminan afirmando que “este es uno de los raros casos en que se puede demostrar la existencia de una grave desproporcionalidad” y que “si la condena de *Andrade* no es gravemente desproporcionada, el principio de proporcionalidad no tiene ningún sentido”.³²

Algunos factores según el entendimiento final – de la mayoría – del Tribunal justificarían su posición adoptada en estas dos sentencias. A pesar de la jurisprudencia precedente reconocer la posibilidad de extraerse el principio de proporcionalidad de la Octava Enmienda, su aplicación, hasta entonces, había sido ambigua y desarticulada, dejando un gran espacio para que los Estados ejercieran su discrecionalidad. Debido a esta ambigüedad, cualquier decisión tomada por un tribunal estadual basada en un precedente válido debería ser considerada correcta por la Corte. Otro factor que debe ser tomado en consideración es el sistema federalista adoptado en los Estados Unidos, que confiere a los Estados el derecho de buscar por medio de la justicia penal el modelo más eficiente de sistema punitivo que se encaje a sus necesidades específicas, no siendo posible la utilización del

26 538 U.S. 63 (2003), pp. 72-73.

27 *Idem*, p. 73.

28 La expresión utilizada aquí por el Tribunal fue “good law”, como sigue: “[...]both Rummel and Solem remain good law[...].” *Idem*, p. 68.

29 *Idem*, p. 74.

30 En las propias palabras de Souter: “[...] the case is controlling here because it established a benchmark in applying the general principle. We specifically held that a sentence of life imprisonment without parole for uttering a \$100 “no account” check was disproportionate to the crime [...]. In explaining our proportionality review, we contrasted the result with Rummel’s on the ground that the life sentence there had included parole eligibility after 12 years.” 538 U.S. 63 (2003), p. 78.

31 Como la inexistencia de cualquier otro caso en California que haya aplicado una pena adicional de 25 años por la comisión de un segundo hurto, temporalmente relacionado con el primero, pero que tuvo lugar en una ocasión distinta. *Idem*, p. 82.

32 Según las palabras del magistrado: “This is the rare sentence of demonstrable gross disproportionality, [...]. In this case, the statutory safeguard failed, and the state court was left to ensure that the Eighth Amendment prohibition on grossly disproportionate sentences was met. If *Andrade*’s sentence is not grossly disproportionate, the principle has no meaning. The California court’s holding was an unreasonable application of clearly established precedent. *Idem*, p. 83. [Grifo nuestro].”

principio de proporcionalidad como un medio de menoscabar este derecho.³³

Así, tras más de una década de Harmelin, siguió prevaleciendo este entendimiento en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de que solamente es posible recurrir al principio de proporcionalidad, constante en la Octava Enmienda de la Constitución, en casos extremadamente raros, donde se verifique manifiestamente la existencia de una grave desproporción entre el comportamiento delictivo del reo y la sanción aplicada³⁴, y mientras se mantenga este tipo de revisión de las sanciones criminales excesivas será casi imposible que el principio de proporcionalidad pueda desarrollar su verdadero papel, garantizando una protección efectiva a los derechos fundamentales.³⁵

La Doctrina del “Three Strikes and You’re Out”

Es imposible hablar del principio de proporcionalidad en el derecho estadounidense sin hacer mención a la doctrina de los “Three Strikes and You are Out”. Las leyes Three Strikes surgieron como una demanda de la opinión pública estadounidense para endurecer el castigo a los delincuentes habituales. El legislador consciente de que en aquél momento se esperaba una respuesta reaccionaria de su parte y receloso de ser considerado blando con el crimen por sus oponentes políticos votó por la aprobación de dichas leyes.

El primer Estado en promulgar estas leyes ha sido Washington en el año de 1993³⁶ y hasta el año de 1995 más de veinte Estados, así como el gobierno federal habían promulgado leyes similares, endureciendo notablemente el tratamiento de los reincidentes. Sin embargo ha sido en California donde el tema de los Three Strikes ha tenido especial relevancia. Fue con el asesinato de Polly Klaas que se impulsó el tema en California. Polly Klaas era una niña de 12 años cuando fue raptada de su casa por un desconocido en octubre de 1993. Dos meses más tarde la policía capturó a Richard Allen Davis, quién confesó haber secuestrado, violado y estrangulado a la niña, indicó el sitio donde yacía su cuerpo. Richard Davis, quién ya había cometido

anteriormente otros delitos graves, en el día del secuestro de Polly Klaas se encontraba en libertad condicional por una pena de 16 años de prisión que se le había imputado por haber cometido los delitos de secuestro, agresión y robo en casa habitada. Si no se le hubiera concedido la libertad condicional a los 8 años, él estaría todavía en prisión en el día que secuestró a Polly.

“Según la ley a todo aquello que ya hubiera cometido un delito grave o violento y cometiera un segundo delito se debería aplicar una pena mínima consistente del doble de la pena inicialmente prevista para ese segundo delito; y caso cometiera un tercer delito, tras cometer dos delitos violentos o graves, se le podría imponer una pena de prisión perpetua con un mínimo de cumplimiento efectivo de 25 años.”

Estos hechos ocurrieron en un momento en que, por diversas razones, la opinión pública reclamaba una mayor severidad en el castigo de los delincuentes³⁷, lo que acabó culminando con la aprobación de la ley en 1994³⁸. Según la ley a todo aquello que ya hubiera cometido un delito grave o violento y cometiera un segundo delito se debería aplicar una pena mínima consistente del doble de la pena inicialmente prevista para ese segundo delito; y caso cometiera un tercer delito, tras cometer dos delitos violentos o graves, se le podría imponer una pena de prisión perpetua con un mínimo de cumplimiento efectivo de 25 años³⁹. El nombre de la ley (Three Strikes and You’re Out = “Eliminado a la tercera”) proviene de una

33 Para una mayor profundización en el tema vid. HORN, Doyle, *Lockyer v. Andrade: California three strikes law survives challenge based on federal law that is anything but “clearly established”*, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 94, nº3, EE.UU., pp. 687-722.

34 Esta siguió siendo la postura, hasta los días de hoy, del Nono Circuito Federal (Ninth Circuit) al mantener, en *Nunes v. Ramirez-Palmer* (nº 06-16100), una condena de prisión perpetua con un mínimo de 25 años de reclusión a un señor de 82 años que había robado algunas herramientas de una tienda, con un valor total de ciento catorce dólares. La corte aquí rechazó la solicitud del Sr. Nunes de que se estaría violando la Octava Enmienda, apoyando su argumento en todo el background jurisprudencial del Tribunal Supremo.

35 Vid. también, FURHAN, Deborah M., Note, *Harmelin v. Michigan: Should the Existence of an Eighth Amendment Guarantee of Proportionate Prison Sentences Rest on the Fate of Titus Oates and the Dreaded Consequences of Overtime Parking?*, 22 Sw. University Law Review 1133, 1176 (1993).

36 Las leyes “Three Strikes” fueron promulgadas en Washington bajo el fuerte apoyo y lobby de la NRA (National and Rifle Association), quien logró que se aprobara el proyecto de ley (Initiative Measure nº 593) que convertía 51 delitos en strikes, entre ellos: delito de agresión en segundo grado, robo en segundo grado, robo de vehículos, etc.. Sobre el desarrollo de las leyes “Three Strikes” en Washington vid.: VOGEL, David, “A need for Proportionality Three Strikes and You’re Out”, Washington State Trial Lawyers Association’s publication, vol. 38-2, 2002.

37 En estos momentos se discutía en California una proposición de ley para endurecer el castigo de los delincuentes habituales, cuyo promotor era Mike Reynolds, padre de otra niña llamada Kimber Reynolds, también asesinada en 1992 por un reo en libertad condicional. Mike Reynolds promueve hasta hoy las leyes Three Strikes en su página web: www.threestrikes.org.

38 La ley se aprobó con una mayoría de 71% de los votantes en su favor.

39 A diferencia de Washington, donde se exigía la comisión de tres delitos violentos para ser sentenciado según la ley de los “three strikes”, en California se consideró como “strikes” a delitos como robo a domicilio y hurto. Ya en el año de 2001 California ya contaba con más de cincuenta mil criminales sentenciados por la ley de los “Three Strikes”, teniendo más de un cuarto de los presidiarios que cumplir una pena mínima de 25 años en prisión. Este ha sido uno de los hechos que ha hecho con que California fuera uno de los Estados que más ha atraído la atención en materia de aplicación de las leyes “Three Strikes”.

expresión utilizada en el béisbol, donde el bateador es eliminado si tras el tercer intento no consigue golpear la pelota. Así, según estas leyes, todo aquél que cometiera un tercer delito tras cometer dos delitos graves o violentos⁴⁰ tendría como pena por este tercer delito reclusiones muy prolongadas, sino perpetuas, quedando “eliminado de la sociedad”.

Según un estudio publicado por la organización RAND, con la implementación de las leyes “Three Strikes” sería posible reducir considerablemente los delitos graves cometidos por adultos⁴¹. Los apoyadores de las leyes afirmaban que la caída vertiginosa de las tasas de criminalidad en el principio de los 90 se debía principalmente a este nuevo modelo punitivo, que estaría sacando de las calles más o menos mil doscientos criminales por año en California, pues al condenarles a penas de un mínimo de 25 años se imposibilitaría que cometieran un nuevo delito.⁴²

Sin embargo, esta no ha sido la realidad experimentada y solo algunos años después diversos estudios comprobaron la ineficacia de estas leyes. De hecho, las tasas globales de delito en California y en los EE.UU. estaban decayendo desde 1990, cuatro años antes de la implementación de las “Three Strikes”. Un análisis estadístico realizado por Mark Mauzer, director del Sentencing Project indicó que la adopción de las medidas “Three Strikes” no llevó a una reducción de los delitos más allá de la que ya existía en aquél momento. Por ejemplo, en 1995, las tasas de homicidios decayeron un 25% en Nueva York, donde no se aplicaban las leyes “Three Strikes”, y en este mismo año estas tasas aumentaron un 42% en Tennessee, donde se adoptaban las referidas leyes. Este mismo estudio afirmó que la reducción de las tasas de delitos en California en 41% - las tasas nacionales en este momento solo había decaído un 22% - no se debía específicamente a la aplicación de las leyes “Three Strikes” y sí a otros factores como cambios demográficos, progreso económico, disminución del desempleo y mejores métodos de vigilancia.⁴³ Estudios más recientes⁴⁴ también ratificaron lo que ya había sido afirmado en estudios anteriores, deshaciendo el mito de que las referidas leyes han llevado a una disminución de las tasas de delito en California.

En vez de disuadir el delito las leyes “Three Strikes” pueden de hecho llevar a un considerable aumento de algunos crímenes. Por ejemplo, si el criminal tiene el riesgo de ser detenido al cometer un delito y con esto pasar toda su vida en prisión, podrá ser llevado a pensar que si mata a sus víctimas, testigos y agentes de policía evitará una reclusión perpetua. Al depararse con un futuro de reclusión sin posibilidad de libertad condicional, el delincuente que cometió el tercer strike tiene mucho menos a perder si resiste a su captura o elimina las posibilidades que puedan llevar a su captura. Un estudio realizado en veinticuatro Estados publicado en 2001⁴⁵ ya vinculaba las leyes “Three Strikes” con un aumento de la tasa de homicidios en 10%-12% a corto plazo y un aumento de 23%-29% en un plazo más largo, hecho que empezaba a confirmarse con un informe del FBI, publicado en junio de 2002, que confirmaba un aumento de 2% de los crímenes graves en ámbito nacional, mientras que en California estos delitos habían alcanzado un 6%.⁴⁶ Otro factor a ser llevado en consideración son los problemas que pasan a existir dentro de los muros de las prisiones, ya que los delincuentes encarcelados por el tercer strike no tienen ninguna motivación para el buen comportamiento o cualquier motivo para rehabilitarse, sufriendo menores perjuicios por mal comportamiento y haciendo que el Estado soporte pesados costes para mantenerles reclusos hasta que fallezcan.

“En vez de disuadir el delito, las leyes «Three Strikes» pueden de hecho llevar a un considerable aumento de algunos crímenes.”

Este es otro elemento que tiene especial relevancia cuando se adoptan las leyes “Three Strikes”. Los costes económicos para encarcelar los delincuentes “three strikers” son demasiado altos. Tras la adopción de estas leyes las penitenciarias quedaron superpobladas lo que implica invertir mucho más dinero en esta área para la manutención de estos presos. Según KING y MAUZER⁴⁷ el coste anual para mantener un delincuente en prisión en

40 Estos delitos anteriores no tenían plazo de prescripción, es decir podrían ser considerados strikes mismo aquellos delitos cometidos a 30 o 50 años.

41 Esta cifra variaría, por ejemplo, entre un 22% y un 34% en California. En www.rand.org/publications/RB/RB4009/RB4009.word.html.

42 Según el Secretario de Estado de California al detenerse los delincuentes triplemente reincidentes se estaría tornando las calles más seguras. “No hay que esperar que otra víctima sea violada u otro niño abusado sexualmente”. En *“Should three strikes be out? The Supreme Court considers a tough California law. (News Debate)”*, Gale Group, Farmington Hills, Michigan, 2002.

43 MAUZER, Marc; *“Three Strikes policy is just a quick-fix solution”*. Corrections Today, Vol. 58 Issue 4, 1996, p.23. Vid. también: STOLZENBERG, Lisa y D’ALESSIO, Steward, *“Three Strikes’ Laws: Five years later – Executive Summary”*, Prison Policy Initiative publication, EE.UU., 1997; BERES, Linda S. y GRIFFITH, Tomas D., *“Did Three Strikes cause the recent drop in California crime? An analysis of the California attorney general’s report”*, Loyola Law Review, Vol.32, nº1, EE.UU., 1998. Otros estudios también afirmaron que atribuir la caída de las tasas de delitos solamente a las leyes “Three Strikes” sería un equívoco, citando como ejemplo, además del hecho de que las tasas globales de delito ya estaban bajando en los años anteriores, las tasas de delitos juveniles, que deberían haber bajado si el efecto de estas leyes fuera realmente disuasorio, pero que después de 1994 empezaron a subir. Cfe. VITIELLO, Michael, *“Three Strikes: can we return to rationality?”*, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 87, nº2, EE.UU., 1997.

44 Vid. KING, Ryan S. y MAUZER, Marc, *“Aging Behind Bars: Three Strikes Seven Years Later”*, The Sentencing Project report, EE.UU., 2001.

45 MARVELL, T. and MOODY C., *“The Lethal Effect of Three Strikes Laws”*, Journal of Legal Studies 30, 2001, pp. 89-137.

46 Según el FBI Law Enforcement Bulletin – junio 2002.

47 KING, Ryan S. y MAUZER, Marc, *“Aging Behind Bars: Three Strikes Seven Years Later”*, The Sentencing Project report, EE.UU., 2001. Otros estudios han llegado a resultados distintos, pero siempre con un alto coste para el Estado, como por ejemplo RAND ha hecho una estimativa de que la implementación de estas leyes en California podría costar al Estado cinco mil millones y medio de dólares en los próximos 25 años, en: www.rand.org/publications/RB/RB4009/RB4009.word.html.

California era de veinticinco mil seiscientos siete dólares, y la media de detenciones por el tercer strike era de mil doscientas al año, así en el año 2026 más de treinta mil reclusos estarían cumpliendo penas de 25 años, lo que significaría un coste de más o menos setecientos cincuenta millones de dólares anuales para el Estado. Sin embargo si se lleva en consideración que las "Three Strikes" contribuyeron substancialmente para aumentar la edad de la población carcelaria y que los prisioneros mayores demandan un especial cuidado con la salud y también otras necesidades específicas, estos costes podrían llegar a un millón y medio de dólares para encarcelar un recluso mayor por un período de 25 años.⁴⁸ Además, estas leyes solo funcionan cuando se trata de transferir delincuentes de las calles a la prisión, pero no actúan contra las fuentes de suministro de delincuencia, es decir, al dedicar buena parte del esfuerzo económico al mantenimiento de los presos, quedan menos recursos para los programas de lucha contra las causas sociales del delito, lo que puede tener como consecuencia el surgimiento sucesivo y no combatido de nuevos delincuentes.⁴⁹

Las leyes "Three Strikes" han sido inicialmente diseñadas con el objetivo de remover los delincuentes violentos de las calles, como en casos similares al del asesino de Polly Klaas, sin embargo, estas leyes no han demostrado la eficacia esperada. Pesquisas han señalado que mucho más delincuentes no violentos y poco peligrosos han sido detenidos bajo estas leyes en vez de criminales profesionales realmente peligrosos. El objetivo disuasorio de las leyes quedó desatendido ya que la mayoría de los infractores de estas leyes habían sido detenidos por delitos relacionados con drogas, contra la propiedad y con otros delitos no violentos. Conforme lo que informó el Departamento de Correcciones de California (DOC) 57,9% de los casos de tercer strike y 69% de los casos de segundo strike estaban relacionados con los delitos no violentos anteriormente citados.⁵⁰ El propio hermano de Polly, Marc Klaas, afirmó que las leyes "Three Strikes" no estaban funcionando como se preveía, afirmando que "en el momento de desespero, en que todos los californianos apoyaron mi familia tras el asesinato de Polly, nosotros ciegamente apoyamos esta iniciativa con la equivocada creencia de que ella solo combatiría los delitos violentos."⁵¹

Otra crítica hecha a esta política radica sobre la inconsistencia de la legislación y de su implementación a través de los Estados, es decir, sobre la falta de homogeneidad de cada Estado en determinar que delitos constituirían strikes y cuales no. Por ejemplo, solamente dos de un total de

doscientos cuarenta y siete delitos – asesinato y secuestro – coincidían en todas las jurisdicciones que adoptaron la política de los "Three Strikes and You're Out", y solo siete delitos – asesinato, secuestro, robo, violación/agresión sexual, incendio doloso, amenaza/agresión y robo en casa habitada coincidían en 50% de las jurisdicciones. En algunos Estados, como Georgia, incluso se utilizaba la política de los "Two Strikes" donde se podía asignar la reclusión perpetua ya en la comisión del segundo delito. Otro punto también a ser considerado es el hecho de que muchos Estados consideraron strikes una amplia gama de delitos no violentos, llegando algunos a considerar como strike delitos ya ultrapasados y obsoletos, como es el caso de North Carolina que tenía en su lista el robo de tren y la muerte de un adversario en un duelo, y otros como Maryland, California, Connecticut y Wisconsin que llegaron al límite de incluir la tentativa de algunos delitos en la lista de strikes.⁵²

Existen también otros problemas específicos que son consecuencia de la aplicación de la política de los "Three Strikes", como por ejemplo la discriminación racial, la diferencia de discrecionalidad entre fiscales y jueces y la saturación de los tribunales.

La implementación de estas leyes acarrió una exacerbación de las disparidades raciales en el sistema penitenciario. Los afro-americanos poseen mayores tasas de detenciones debido a su perfil racial, y consecuentemente tienen mayores tasas de condenas anteriores. Mientras los negros constituyen solamente un 7% de la población de California y 20% del total de detenidos por delitos, ellos componen un 44% de los delincuentes afectados por las "Three Strikes"; ya los blancos, por otro lado, constituyen un 53% de la población de California y representan solamente un 25% de aquellos afectados por las citadas leyes.⁵³

La ley original en California no dio a los magistrados ningún poder discrecional para fijar los términos de las sentencias y determinar si un delincuente puede o no encajarse en los criterios de aplicación de los "Three Strikes". Sin embargo a los fiscales se ha conferido la máxima libertad, teniendo discrecionalidad suficiente para determinar cuando, en un caso concreto, determinados delitos cuentan como strikes y cuando no. Esto ha causado un gran descontento entre los Jueces, que han tenido sus poderes desviados hacia los fiscales quienes, a su vez, pueden ver esto como una oportunidad de marcar puntos y subir en el escenario político estadounidense a través del encarcelamiento de masivo.⁵⁴

48 Sobre el envejecimiento de la población carcelario vid. también VITIELLO, Michael, Ob. Cit., p. 437 y ss.

49 Cfe. GREENWOOD, Peter, "Three Strikes and You're Out. Vengeance as Public Policy", Thousand Oaks, 1996, p. 83. Otros estudios también demuestran que con la implementación de estas leyes acarrean gastos mucho mayores con presos que con policías, de tal modo que lo que se ganaría endureciendo las sanciones se perdería ante la menor certeza de su imposición, Cfe. VITIELLO, Michael, Ob. Cit., p. 442.

50 Vid. KING, Ryan S. y MAUER, Marc, Ob. Cit., p.9.

51 "In the depth of despair which all Californians shared with my family immediately following Polly's murder, we blindly supported the [three strikes] initiative in the mistaken belief that it dealt only with violent crimes." COHN, Marjorie, "Three Strikes: Bad cases make bad law", en <http://marjoriecohn.com/2002/12/three-strikes-bad-cases-make-bad-law.html>. [Traducción del autor]

52 Para una descripción detallada de los estatutos de cada Estado de EE.UU. sobre los "Three Strikes" vid. VITIELLO, Michael, "Ob. Cit.," p. 463-481.

53 Vid. MAUER, Marc, "Three Strikes policy is just a quick-fix solution". Corrections Today, Vol. 58 Issue 4, 1996.

54 Cfe. GILMORE, Brian, "U.S. Supreme Court to review three strokes law", The Crisis Magazine, The crisis publishing company, Julio/Agosto de 2002.

Anteriormente a las leyes "Three Strikes" la mayoría de los casos criminales eran resueltos mediante acuerdos. Sin embargo, ahora, muchos de los candidatos al segundo y tercero strike no están realizando acuerdos con la fiscalía pues se están deparando con penas de prisiones demasiado largas. Esto tiene como consecuencia la saturación de los tribunales con pilas de procesos, reduciendo su capacidad de actuar efectiva y eficientemente; y un mayor gasto de dinero público, ya que estos delincuentes acaban optando por los costosos tribunales del jurado.⁵⁵

Con todo esto, las predicciones pasadas se han hecho realidad. Existían en septiembre de 2007 ocho mil doscientos doce delincuentes detenidos bajo las leyes "Three Strikes" en California, un 3,3% a más que en el año anterior, y que sumados a los otros ciento setenta y tres mil prisioneros, hace con que el presupuesto de este año fiscal para el Departamento de Correcciones de California (DOC) llegue a la cifra de ocho mil setecientos cincuenta millones de dólares (\$8,75 billones), es decir, un 8,5% de los gastos totales del Estado.⁵⁶

Si llevamos en cuenta los últimos estudios, veremos que esta legislación no ha tornado la sociedad más segura encarcelando los criminales por largos períodos; las

leyes Californianas en especial han pasado por diversas evaluaciones a lo largo de los años y casi la totalidad de estas demostró que han fallado en la tarea de reducir el crimen.⁵⁷ La salida sería adoptar alguna de las propuestas de reforma de ley ya existentes, con lo que se reduciría los gastos con prisiones en algunos millones de dólares al año, posibilitando que se dirijan los esfuerzos para combatir el crimen de una manera responsable y no reaccionaria, permitiendo que se repensara la aplicación de otras políticas públicas dirigidas, por ejemplo, a un refuerzo del sistema educacional y a la prevención del delito.

En tanto exista la política de los "Three Strikes" el principio de proporcionalidad nunca alcanzará el nivel de protección ideal e inherente a su contenido. Mientras sigan existiendo condenas de 50 años para delincuentes que hayan robado algunas videocintas, mientras se sigan equiparando las penas de estos delincuentes a las de un asesino convicto, y mientras todo el poder discrecional esté en la mano de fiscales, con jueces atados e imposibilitados de considerar los elementos de cada caso e imponer una sanción compatible con estas circunstancias concretas, el principio de proporcionalidad seguirá siendo ultrajado y jamás alcanzará su función plena de protección efectiva de los derechos fundamentales 

55 Vid. JONES, Greg, CONNELLY, Michael y WAGNER, Kate; "Three Strikes Law: Does It Really Work?", article of Maryland State Commission on Criminal Sentencing Policy, agosto de 2001.

56 Cfe. SANDRONSKY, Seth, "13 years of Meannes: Repealing California's Three Strikes", en <http://www.counterpunch.org/sandronsky12222007.html>

57 Cfe. AA.VV., "Unlocking America: Why and How to Reduce America's Prison Population", The JFA Institute, Washington, Noviembre de 2007.