

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/16

LA OCTAVA ENMIENDA DE LOS ESTADOS
UNIDOS: CONTROVERSIA, INTERPRETACIÓN Y
ALCANCE DEL CONTENIDO JURÍDICO SOBRE LA
PENA CAPITAL

(The Eighth Amendment of the USA: Controversy,
Interpretation and Scope of the Legal Contents over the
Capital Punishment)

Realizado por el alumno Dña. Alicia Álvarez Gutiérrez

Tutorizado por el Profesor D. Juan José Lanero Fernández

ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT

I. INTRODUCCIÓN	1
1. Metodología.....	2
2. La pena de muerte como concepto	3
II. LA PENA DE MUERTE EN UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA	5
1. La compleja pena capital	9
2. Los errores y el movimiento inocentrista	12

PRIMERA PARTE

III. EL MITO DE LA INOCENCIA.....	16
IV. ESPAÑA Y LA PENA DE MUERTE. CASO IBAR	26

SEGUNDA PARTE

V. INTERPOSICIÓN: SEGREGACION Y VARIACIONES POR ESTADOS	31
1. Variaciones Estado por Estado	33
VI. ORIGEN DE LA OCTAVA ENMIENDA	38
1. La Octava Enmienda y el Bill of Rights	39
2. Métodos de análisis de la Octava Enmienda empleados por el Tribunal Supremo	43
VII. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA	48
1. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, 17 Mayo de 2010, Graham V. Florida	48
2. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 25 Junio 2008, Kennedy V. Luisiana.....	52
VIII. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA	58
1. Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Furman V. Georgia (1972)	58
2. Situación tras el caso Furman	63

TERCERA PARTE

IX. INFLUENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CASOS CAPITALES	65
X. VISIÓN ESTADÍSTICA SOBRE LA PENA CAPITAL	66
XI. CASOS ESPECÍFICOS.....	68
A. Coker v. Georgia.....	68
B. Ring v. Arizona.....	70
C. Enmund v. Florida	72
D. Thompson v. Oklahoma.....	73
E. Roper v. Simmons	73
F. A modo de conclusión	74
XII.EL TRIBUNAL SUPREMO Y POSIBLE REVISIONISMO DE LA PENA DE MUERTE.....	76
XIII . CONCLUSIONES	82
XIV. BIBLIOGRAFÍA.....	85

RESUMEN

En el presente trabajo nos centraremos en la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, su interpretación y alcance a la vista de la pena más severa de la historia, la pena de muerte. Para ello, estudiaremos desde el origen de la cláusula (*Bill of Rights* inglés de 1689) hasta sus diferentes interpretaciones por el Tribunal Supremo estadounidense. Para el estudio se tendrán en cuenta las manifestaciones más relevantes de la historia del país y su influencia sobre los internos en el corredor de la muerte. Se trata de una institución cuya historia pone de manifiesto la relevancia de las decisiones de un Tribunal afectado por la línea de pensamiento de quien, en un momento determinado, ocupa su Presidencia.

Por otro lado, en base a el concepto de pena capital y el riesgo que una mala decisión pueda tener en este contexto, analizaremos si tal institución forma o no parte del contenido de la clausula legal, sirviéndonos para ello de los criterios de proporcionalidad y constitucionalidad como límites a la imposición del castigo. Además, para entender el alcance de las decisiones tomadas por el Tribunal, se hace un análisis estadístico sobre los casos más importantes, permitiendo aportar una visión completa de cómo afecta la jurisprudencia a supuestos anteriores o posteriores.

Palabras clave: Octava Enmienda, pena de muerte, Bill of Rights, interpretación, proporcionalidad, constitucionalidad, Tribunal Supremo.

ABSTRACT

This work focuses on The 8th Amendment to the United States Constitution, its interpretation and significance related to the most severe punishment ever, death penalty. For this reason, we will consider the origin of the Amendment and all the different interpretations made by the Supreme Court of the United States. We will take into account the most relevant estimations in the history of the country. We are talking about an institution whose history shows the relevance of the decisions of a Court affected by the way of thinking of the one who, at a certain time, holds the Presidency.

On the other hand, in terms of the death penalty concept and the risk that a wrong decision might have in this context, we will analyze whether that institution is

part or not of the content of the legal clause, making use for that of the criteria of proportionality and constitutionality as limits to the imposition of the penalty. Moreover, in order to understand the significance of the decisions made by the Court, we will make a survey about all the most relevant and withstanding cases providing a general insight on how it affects to previous or futures cases.

Keywords: Eight Amendment, death penalty, Bill os Rights, interpretation, proportionality, constitutionality, Supreme Court.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe la imposición de fianzas excesivas y castigos crueles y desusados, y para ello se abarca el estudio de la pena de muerte, en el contexto de este país, como una de las instituciones más severas de la historia.

Con el paso del tiempo, abolicionistas y retencionistas, han expuesto sus argumentos a favor o en contra de este castigo, siendo desde sus orígenes centro de debate. En el panorama estadounidense, los esfuerzos de las dos partes se centraban en obtener del Tribunal Supremo una manifestación que fuera acorde a sus intenciones y que se mantuviera, al mismo tiempo, dentro del marco constitucional.

En este sentido, el presente trabajo analiza los criterios utilizados por el Tribunal Supremo a lo largo de la historia para la interpretación de la enmienda, y así poder posicionarse a favor o en contra de la pena. Por un lado el Tribunal se ha bastado de dos métodos de interpretación, uno estático y otro dinámico, y por otro, de dos parámetros: la proporcionalidad y constitucionalidad del castigo. El trabajo aborda en profundidad el análisis de tres casos concretos en los que el tribunal analiza el alcance de la pena teniendo en consideración esos criterios: por un lado *Graham v. Florida* (2010) y *Kennedy v. Luisiana* (2008) en relación a la proporcionalidad, y por último, *Furman v. Georgia* (1972). Este último supuso el punto de inflexión en las manifestaciones del Tribunal, suponiendo un hito en la historia norteamericana ya que, hasta la fecha, nunca se había dudado de la constitucionalidad del castigo.

Para concluir el estudio, el trabajo se centra en cómo han influido las decisiones del tribunal respecto de las sentencias de imposición y en como esas decisiones han variado el número de ejecuciones. A este respecto analizamos casos concretos en los que el Tribunal se ha manifestado a favor o en contra de la imposición y como esa decisión ha influenciado al ratio de internos en el corredor. Hablar hoy en día de pena de muerte en los Estados Unidos es una realidad, pues muchos estados mantienen en castigo vigente en sus legislaciones, sin embargo, al comparar el número de condenados con el número de ejecuciones, se sigue poniendo de relieve la protección de los derechos humanos como valor primario en una de las principales potencias mundiales.

1. Metodología

La metodología utilizada en el presente TFG es la siguiente: He llevado a cabo una investigación teórica sobre la pena capital desde una perspectiva general, centrándome a medida que avanzo en el presente trabajo en los criterios tanto para su imposición como para su abolición: concretamente en dos parámetros como son la proporcionalidad y la constitucionalidad tomando como punto de partida la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Para el desarrollo del presente trabajo utilizaré una doble metodología: por un lado descriptiva (en interés del análisis de la regulación legal y su interpretación jurisprudencial), y por otro crítica (analizando en profundidad supuestos fronterizos en los que se pueda plantear si hay o no puede plantear si se vulnera o no la clausula legal).

Además llevaré a cabo una metodología cuantitativa en la tercera parte del trabajo, concretamente en los apartados segundo y tercero, ofreciendo una representación estadística de diversos apartados del presente trabajo, concretamente en los apartados tercero y cuarto del mismo, en los que analizaré como, en la práctica, han influenciado las decisiones judiciales sobre la pena.

En cuanto a la estructura del presente trabajo, se encuentra dividido en cuatro bloques fundamentales, los dos primeros ofrecen un marco teórico e histórico sobre la pena, profundizando en los dos últimos sobre su alcance práctico, todo ello será desarrollado a lo largo de diversos subapartados ya nombrados en la introducción y seguido de las conclusiones que extraeré del presente trabajo. El trabajo finaliza con un índice tanto jurisprudencial como bibliográfico.

Para la realización del trabajo he obtenido documentación de artículos de revistas especializadas en la materia penal y criminológica estadounidense, jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, monografías y cifras del *Death Penalty Information Center*. También se ha hecho uso de libros de Derecho Penal, teorías de la pena y la propia Constitución de los Estados Unidos.

2. La pena de muerte como concepto.

"La pena de muerte ni es útil ni necesaria. Por lo tanto la pena de muerte debe desaparecer"¹ - Cesare Beccaria

Sin ninguna duda, la pena de muerte es la sanción más grave y antigua de la historia, y seguramente por ello, ha generado y sigue generando un gran debate. Esta conflictividad se debe también a que la imposición de esta sanción supone una manera de ver la sociedad, y en particular al individuo. Es por ello que en este debate entran a colación diferentes disciplinas -como la sociología, la criminología, la política o el derecho- con diferentes tratamientos de ese individuo. Dentro de este marco tiene la religión también tiene lugar, pues ella ofrece una visión distinta de las personas.

La pena de muerte es consiste en privar a alguien de un bien jurídico, a imposición del poder público a razón de una acción perturbadora del orden público². En un principio, la pena no era más que un impulso de defensa o venganza a consecuencia de un ataque injusto, pero actualmente se ha convertido en un medio por el que los Estados tratan de preservar la estabilidad social.

Ahora bien, la pena de muerte no es un castigo más, sino que es la sanción jurídica capital, la más rigurosa, mediante la cual se quita la vida de un individuo a través de los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la impone.

Por los caracteres que presenta puede definirse como destructiva, en tanto acaba de manera definitiva con la vida humana, sin permitir enmienda, reeducación ni resocialización; irreparable en cuanto a su aplicación pues en caso de ser injusta no cabe posterior reparación; y rígida, ya que no cabe graduación, modulación o condición.

¹ BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid: ediciones S.M., Joachin Ibarra ed., 1974.

²CARRARÁ, R. *Teorías sobre la pena de muerte*, 2007. [<http://lapenademuertekricia.blogspot.com.es/2012/07/teoria-de-la-pena-de-muerte.html>, consultado 5 de junio, 2016]

En cuanto al concepto, ha tenido numerosas definiciones:

Para algunos es "un tratamiento que el Estado impone a un sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto"³,

En la antigüedad no se promovió ningún tipo de debate sobre la licitud o necesidad de este castigo⁴, de manera que la primera teoría en torno a ella vino de la mano de Platón, quien la admitió como medio para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo. La fundamentación de Platón, lógicamente, es más filosófica que jurídica y considera que el delincuente incorregible es un enfermo incurable constituyendo un germen de perturbaciones en otros individuos. Según Platón la vida no constituye para éstos una situación que les sea favorable, y por ello, la muerte es el único recurso posible para solucionar este problema social. Más adelante, siguiendo la estela de Platón, se asemejan a esta la fundamentación Lucio Anneo Séneca, Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria⁵.

También admite la pena de muerte la Escuela Clásica Natural (Hugo Groccio, Juan Bodin y Samuel Puffendorf) quienes afirman que es necesaria como medio de represión sosteniendo que cada sociedad tiene una voluntad, una organización y un conjunto de necesidades que son superiores a las de los individuos que la forman, y por tanto es admisible que, en función de esas necesidades sociales (como la defensa de la vida y seguridad de los demás individuos), tenga que sacrificarse la vida de algunos de esos individuos.

Por otro lado, la corriente abolicionista fue iniciada por Cesare Beccaria quien sostuvo que ningún poder puede conceder a un hombre el derecho de matar a otro.

Desde entonces se ha discutido sobre los efectos que puede tener este castigo, afirmando parte de la doctrina un factor intimidante en el individuo, que podría ser suficiente para evitar la delincuencia. Sin embargo, estudios criminológicos permiten afirmar que, con frecuencia, tal efecto no se produce debido a las anormalidades psicopatológicas del delincuente en general, que le convierten en un sujeto poco

³ CARRARÁ, R. *Principios de sociología criminal y derecho penal*, México: ediciones Nauta, 1995.

⁴ ORDEIG, E. *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1985.

⁵ RODRIGUEZ, J.M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid: Edersa, 1988, pp. 878.

intimidante al que la posible pena de muerte no logra disuadir de sus propósitos⁶. Del mismo modo, se ha sostenido que la sociedad está legitimada para dar uso a la pena capital frente a delitos extraordinariamente graves a modo de restitución del orden jurídico⁷.

En suma, se viene estimando que la mera privación de libertad no es ni garantía suficiente ni castigo bastante para determinados delitos, para los que solo la muerte sería lo adecuado. En cualquier caso, también se han formulado argumentos suficientes para rebatir lo anterior. Por un lado, la posibilidad de error judicial⁸, que ante esta pena máxima, no permite reparación y por otro, la estadística que demuestra que, en aquellos países en los que se ha abolido no se ha aumentado consecuentemente el número de delitos graves.

II. LA PENA DE MUERTE DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA ESTADOUNIDENSE

La América contemporánea es ejemplo de democracia liberal. Tiene un modélico estado de bienestar y un gobierno que se rige bajo una idea de "vivir en libertad y perseguir la felicidad"⁹. La pena capital es hoy una institución con características peculiares en muchos aspectos. A comienzos del siglo XXI, el gobierno federal y docenas de Estados aún seguían imponiendo la pena capital como castigo, mientras que en Europa ya se había sentado su abolición. No sería hasta 1972, en *Furman v. Georgia*, cuando el Tribunal Supremo estuvo cerca de declarar la pena de muerte como inconstitucional, volviendo se a plantear la cuestión tiempo más tarde (*Gregg v. Georgia* en 1976 o *McCleskey v Kemp* in 1987).

⁶ MOURULLO, R.G: " Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", tomo II, Madrid: Edersa, 1984, pp. 322

⁷ FOCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998.

⁸ RIVERA, I. *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la Pena*, Barcelona, Signo, 1998.

⁹ LAZARUS, E. "The Supreme Court and the juvenile death penalty". [<http://www.cnn.com/2005/1aw/03/03/lazarus.death.penalty/index.html>. Consultado 23 de Enero 2016]

La "era de la abolición" -nombre con el que se conoce al momento en que el abolicionismo comenzó a extenderse en el Occidente- hizo de América un anómalo, convirtiéndose en el último periodo histórico en el que se ha visto como los países occidentales abrazaban el abolicionismo como una cuestión de derechos humanos y un signo de civilización. Paradójicamente, algunos Estados americanos abolieron la pena de muerte tiempo antes que algunos países europeos, y uno de ellos -Michigan¹⁰- continúa con ella abolida desde 1846, convirtiéndose en el líder mundial en esta causa abolicionista. De hecho, los doscientos años entre 1770 y 1970, Estados Unidos iba a la par con Europa al tiempo ésta se iba retirando de este castigo. Entonces ¿por qué cambia Estados Unidos una trayectoria en la que venía siendo el líder?

Actualmente, la forma de imponer la pena capital en los Estados Unidos es difícil de comprender o de justificar incluso para los propios partidarios de la misma¹¹. El legislador americano continúa permitiendo la pena capital y los tribunales sentenciando casos a muerte, alrededor de 40 o 50 condenas al año¹², mayormente en los Estados del Sur. En este sentido, se suele hacer referencia a Estados Unidos como un país "retencionista", pues aún aplica la pena capital¹³. Sin embargo, muchos de los Estados en los que está permitida raramente llegan a cumplir, en realidad, sus amenazas de muerte, y convierten esa pena en cadenas perpetuas. Aún en el supuesto de que sea impuesta -lo cual ocurre en el 1% de los casos- la sentencia a muerte no suele llegar a ejecutarse bien porque ha sido revocada, porque el preso ha sido exonerado o porque las autoridades se abstienen de establecer una fecha para la ejecución. En cualquier caso, al tratarse de un proceso capital, los procedimientos, pruebas y apelaciones son mucho más complejos que en casos no capitales. La principal causa de muerte por delitos capitales no es entonces una causa judicial, sino *natural*¹⁴.

¹⁰ SIBLEY, C. "House passes bill to reinstate the death penalty". Atlanta Constitution. 14 Febrero, 1973.

¹¹ SINGH, R. *Governing America: The politics of a divided democracy*. Nueva York: Oxford University Press, 2003, pp. 385 - 399.

¹² SUGRUE, T. *The origins of the urban crisis: race and inequality in post-war*. Detroit: Princeton University Press, 2005, pp .121 - 146.

¹³ SAVELSBERG, J. "Knowledge, domination and criminal punishment", *American Journal of Sociology*, vol 99, 1994, pp. 929 - 930.

¹⁴ GRAHAM, F. "Warren defends Johnson's naming of a successor. Capital Punishment on Trial", *New York Times*. vol 42, 6 de Julio, 1968.

La pena capital en Estados Unidos es entonces la historia de cómo combinar una norma con su propia evasión. La ley establece que la pena por delitos capitales puede ser de muerte. Sin embargo, en la práctica no es así, y cuando lo es, los condenados son efectivamente condenados después de un largo proceso de incertidumbre. El panorama general se parece menos a la simple "retención"¹⁵ de este tipo de pena y más a una forma de ambivalencia institucional, expresada por un conjunto que resulta complicado y con conflictivos arreglos.

Otro aspecto relevante de la pena de muerte en Estados Unidos es la manera racista en la que ésta se impone, ¿cómo puede la pena de muerte no tener rasgos racistas cuando el número de afroamericanos condenados a la pena capital es claramente desproporcionado? Un estudio realizado por profesores de derecho de la Universidad de Cornell (Jonh Blume y Theodore Eisenberg) en Marzo de 2004, con ayuda del estadístico Martin Wells - todos ellos contrarios a la pena capital- mostraba que la convicción social en la parte del sur de EEUU, conocida como "cinturón de la muerte", que establece que la raza negra es mucho más propensa que la blanca a ser condenada por el mismo tipo de delito, no se sostiene. En palabras de los propios autores "La opinión pública sobre la pena de muerte es incorrecta en algunos aspectos y engañosa en otros".¹⁶

Hasta el citado estudio, los abolicionistas habían dejado la acusación fundamentada en las cuestiones racistas en David Baldus, también profesor de derecho, quien afirmaba en sus estudios que la raza era la pieza clave en las sentencias para condenar o no a la pena capital.¹⁷ El estudio de la Universidad de Cornell, a través de las estadísticas obtenidas del Departamento de justicia y estadística de los Estados Unidos (*U.S. Department of Justice's Bureau of Justice Statistics*), mostraba que los afroamericanos eran acusados de cometer el 51,5% de los crímenes, y de ellos el 41.3% era condenado a la pena capital. El estudio también revelaba que aproximadamente el

¹⁵ STEIKER, C. "The seduction of innocence: the attraction and limitations of the focus on innocence in capital punishment law and advocacy", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, 2005, pp 101 - 138.

¹⁶ SMITH, R. J, *Is Southern California the new Deep South?* [<http://www.deathpenaltyinfo.org/node/6241>. Consultado: 29 de Febrero, 2016]

¹⁷ BALDUS, D. C. "Racial Discrimination and the Death Penalty in the Post-Furman Era: an empirical and legal overview", *Cornell Law Review*, vol 83, 2002, pp.189 - 190.

10% de los casos eran supuestos *interraciales*¹⁸ y que en veintiocho Estados, incluyendo Georgia, Carolina del Sur y Tennessee, la raza negra estaba infra representada en el corredor de la muerte. Además, Estados como Texas, que contaba con el mayor número de personas condenadas a la pena capital, tenía un ratio *per cápita* de imposición de la misma inferior a Nevada, Ohio o Delaware¹⁹.

El estudio de Cornell confirmaba lo que muchos fiscales habían sospechado, que un criminal de raza negra sentenciado a muerte tenía el doble de probabilidades de ser ejecutado que una persona de raza blanca. Puede parecer políticamente incorrecto afirmarlo, pero el hecho es que los crímenes como asesinatos en serie, torturas, delitos sexuales a menores... tienden a ser cometidos más frecuentemente por personas de raza negra que blanca.

Antes del caso *Furman vs Georgia* (1972), el Tribunal Supremo estableció que la arbitraria imposición de la pena de muerte constituía un castigo cruel e inusual y que la imparcialidad racial era más extensa y flagrante llevando a una nación discriminatoria. Desde entonces la discriminación es más ligera, aunque no ha llegado a desaparecer. Esta situación -generalmente conocida- ha llevado a muchos comentaristas a considerar la pena de muerte como una continuación histórica de la violencia racial nacional. En la mentalidad de la sociedad, la pena de muerte -que es más que nunca una institución de los Estados del Sur- lleva huellas de una imparcialidad racial y está ligada a lo que fue la institución de la esclavitud: "cuando se piensa en la pena de muerte se piensa en víctimas negras y muchedumbre blanca, abogados negros y un jurado blanco, ejecuciones públicas (...)"²⁰.

Ahora bien, estas relaciones entre pasado y presente son más sensibles que específicas. La vaga idea de conectar los linchamientos del siglo XIX con la pena de muerte del siglo XXI tiene problemas en relación con lo siguiente. En primer lugar, mientras los linchamientos procedían de actuaciones fuera de la ley, la pena de muerte

¹⁸ El estudio indicaba que el 86% de las víctimas blancas lo habían sido a manos de personas de ese mismo color, mientras que el 94% de las víctimas negras por personas de su misma raza. Teniendo en cuenta la diferencia del número de víctimas blancas y negras, el porcentaje podría decaer entre el 8% y el 12% de todos los crímenes interraciales.

¹⁹ BLACK, C. "Capital punishment and respect for persons: super due process for death", *California Law review*, vol 53, 1979 - 1980, pp. 1143 - 1185.

²⁰ BANNER, S. *Traces of slavery: race and death penalty in historical perspective*, "Lynch mobs to the killing State: Race and death penalty in America", New York University Press, 2006.

queda cubierta por la norma legal, envolviendo a Tribunales, procesos, apelaciones y largos procedimientos. Además, mientras que los linchamientos eran visto como una especie de espectáculo que mostraba ante el público el dolor físico del ser humano y la degradación del propio cuerpo, las ejecuciones hoy en día se llevan a cabo fuera del espejo público, con un amplio protocolo que trata de evitar el sufrimiento físico, evitando dejar marcas en el cuerpo, e incluso prohibiendo la circulación de imágenes al respecto. En conclusión, a pesar de que aún hoy haya vínculos entre los linchamientos populares y la pena capital, también hay diferencias cruciales entre ellas que hacen de ese nexo algo menos sencillo de lo que se entiende comúnmente.

La pena de muerte es una institución *peculiar* en la medida en que solamente se sigue imponiendo en el Oeste. Esta *peculiaridad* se debe a la forma en la que hoy se promulga que parece ambivalente y poco adaptada al objetivo inicial del sistema judicial. Además, también es *peculiar* en la medida en que parece estar conectada con la esclavitud de los Estados del Sur y su "legal" violencia racial aunque esta relación concreta no esté muy clara. Explicar estas comparaciones requiere un análisis comparativo histórico, un estudio de formas institucionales y culturales, y una detallada investigación del sistema "legal" del linchamiento.

1. La compleja pena capital

Para comprender hoy la pena capital hemos de hacerlo desde una nueva perspectiva. Hacerlo requiere observar esta tipo de pena desde fuera. Con el objetivo de comprender este engranaje, la sociología tiende a retirarse, para evitar adoptar posiciones dentro del debate y tratar de seguir y debatir esta institución desde un punto de vista más ajeno.

Desde esta perspectiva podemos considerar la pena capital como una institución que no está dirigida a ser un dilema moral sino un hecho social. Así, podemos centrar la cuestión no en un tema de principios sino en el campo de las disposiciones institucionales, prácticas sociales y las diferentes formas de la cultura americana de imponer el castigo capital.

En conclusión, analizaremos la pena de muerte como la *compleja* institución que supone, centrándonos en la práctica de la misma, así como su representación y experimentación por el sistema judicial americano.

A comienzos del siglo XXI, la pena de muerte suponía para la mayoría de la sociedad americana un verdadero compromiso moral. Solo una pequeña minoría creaba una contra ello una controversia, tanto dentro de los Estados Unidos como en el extranjero. En términos penológicos, es una institución menor que solo afecta a un ínfimo porcentaje de casos, pero que aún así, como seguía visible en la opinión pública, todo el mundo tenía una opinión al respecto.

La sociología²¹ es el *corpus* que trata de analizar las relaciones que existen entre el castigo y la sociedad actual y, consecuentemente, establecer el papel que ese tiene en la vida social. Se esfuerza por detallar una descripción que vaya más allá de la mera crítica ética o del debate moral. Su primer²² objetivo (aunque no el último) es hacer comprender que se persigue en realidad tratando de ver las cosas desde el punto de vista de quienes participan en esta institución y de la sociedad que la ocupa. Así, en lugar de participar en los debates legales y normativos que puedan girar en torno a la pena de muerte, este enfoque pretende entender esos debates como una parte intrínseca de la institución, y analizarla conjuntamente.

El compromiso público relacionado con la pena de muerte -críticas, apologías, pros y contras- suele ser una forma de adoptar una posición en el debate. La crítica y la defensa moral, argumentos legales a favor y en contra, campañas políticas para su abolición y en contra de ella, todo junto con los comentarios que se mueven en este contexto, no son menos importantes que la propia pena en sí, sino que son elementos intrínsecos al hecho social que supone este castigo. Quizá pueda parecer insustancial o poco importante, especialmente si se compara con el hecho de que se trata de la vida de una persona. Sin embargo, las palabras, ideas o imágenes son una fuerza real en el campo social y necesitan ser entendidas. Si el ser humano es capaz de poner de manera deliberada en ese punto la vida de una persona en un Estado democrático es porque esas

²¹ BARBERO, M. "Pena de muerte (el ocaso de un mito)". Editorial de Palma, Buenos Aires, 1985.

²² BLACKERBY, J. "Life After Death Row: Preventing Wrongful Capital Convictions and Restoring Innocence After Conviction", vol. 56, Vanderbilt Law Review, 2003, pp. 1179, 1208-1215.

ideas, palabras o imágenes lo han hecho posible. Estas "fuerzas en la práctica del poder" forman parte de la institución²³.

Viendo los diferentes valores y argumentos sobre la pena de muerte como elementos integrales del ámbito de estudio y no como polos opuestos entre los que haya que elegir aporta ciertas características. Es curioso por ejemplo, que muchas de las prácticas consideradas por los críticos como "cruelles e inusuales" sean en realidad bastante "civilizadas" -la inyección letal es buen ejemplo de ello-.

Desde un punto de vista más objetivo e histórico, podemos percibir ciertas continuidades, no reconocidas, que enlazan la historia de la pena de muerte en los Estados Unidos con la de otros Estados Occidentales. Este enfoque también pone de manifiesto las ironías históricas que conectan el castigo capital no solo con los aspectos más "vergonzosos" de la historia de América (esclavitud, linchamientos, violencia racial) sino también con algunos de sus valores más simbólicos (democracia, responsabilidad individual). Finalmente, la sociología hace más aparente los efectos positivos de la pena capital, las oportunidades que ofrece no solo para el éxito profesional o la movilización política, sino también para el beneficio cultural y para ciertos *placeres* como la venganza, el mal ajeno o el disfrute con la muerte de otros - efectos que raramente forman parte del debate público pero que son esenciales para entender la institución contemporánea-. Hay suficientes evidencias que sostienen este punto de vista pero aún pasan inadvertidos porque no encajan con los dos puntos de vista dominantes en el debate.

Tanto la práctica como la legislación en torno a la pena de muerte ya sea desde una perspectiva de derecho internacional o desde jurisprudencia de Cortes internacionales, no resulta inadvertida en la interpretación que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha realizado de la Octava Enmienda que asume un papel clave en esta cuestión, al señalar que *nadie puede ser sometido a castigos crueles e inusuales*²⁴. Esta prohibición no se desprende solamente del texto constitucional o de la doctrina de la

²³ BUC, P. *The dangers of ritual: between medieval texts and social scientific theory*, Princeton University Press, 2001.

²⁴ ABC News Television broadcast. *Nightline: Crime and Punishment: A Matter of Life and Death*. [[http://abcnews.go.com/onair/nightline/transcripts/n100913_trans.html-size 54.4K](http://abcnews.go.com/onair/nightline/transcripts/n100913_trans.html-size_54.4K), consultado 13 Febrero, 2016]

Corte Suprema sino que es posible asignarle a la cuestión una clave internacional. De esta manera, para determinar si un castigo resulta *cruel o inusual* habrían de considerarse, además de la propia situación interna que pueda mediar, las prácticas que hubieran sido derogadas por los tratados o costumbres internacionales. En este sentido, para decidir sobre la aplicación o no de la pena de muerte, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que se ha de tener en cuenta tanto la situación interna como la internacional -tanto en relación a la proporcionalidad como a la vertiente "inusual"-.

2. Los errores y el movimiento inocentista

Daniel Medwed denominó inocentrismo al movimiento social que surgió en los Estados Unidos desde la década de los ochenta cuya pretensión era demostrar las condenas erróneas y liberar a los supuestos inocentes (estableciendo cierto esfuerzo en los condenados a la pena de muerte que se encontraran en el corredor de la muerte. El inocentrismo suele asociarse a un movimiento sólo de carácter jurídico que fundamentalmente a través del ADN ha demostrado que los sistemas penales condenan a personas "fácticamente inocentes", manteniéndoles en prisión o incluso imponiéndoles la pena capital.

Innocence Project es la organización estadounidense que más se ha preocupado por esta cuestión. Es una organización legal sin ánimo de lucro que se compromete a exonerar a los condenados erróneamente mediante el uso de pruebas de ADN así como a la reforma del sistema penal para prevenir posibles injusticias en un futuro. *Innocence Project* fue fundado en 1992 por Barry Scheck y Peter Neufeld. Hasta la fecha, el trabajo de este Proyecto ha dado lugar a la liberación de un total de 337 personas (18 de ellos condenados a pena de muerte).

La expresión "fácticamente inocente" se contrapone a "normativamente inocente" y busca abarcar aquellos casos de personas que hayan sido imputadas y condenadas sea porque el delito en cuestión no existió sea porque esa persona no lo había cometido. En este sentido deja fuera del concepto aquellos casos que habiendo cometido el delito no pudieron ser condenados porque no se pudo encontrar prueba

suficiente o porque excluida evidencia relevante, no se pudo demostrar su culpabilidad²⁵.

A lo largo del siglo XXI el inocentrismo se ha ido transformando en un movimiento social de derechos civiles, así, como sucedió con otros movimientos anteriores (raciales, libertad de expresión...etc) el inocentrismo ha ido suponiendo una creciente preocupación en la sociedad, que ya escapa a lo estrictamente jurídico y que ha alcanzado el ámbito mediático, hasta llegar a ser parte de la actual cultura de los Estados Unidos. Solo es necesario considerar libros, películas, obras de teatro de este siglo para tomar conciencia de que el sistema penal puede equivocarse y puede por ende condenar a gente inocente o matar a quien no ha cometido el delito. Así, este fenómeno del inocentrismo tiene un fuerte impacto social hacia la pena de muerte.

Alejándonos del ámbito sociológico y centrándonos en aspectos meramente jurídicos, el movimiento inocentista ha generado en el ámbito legislativo y político la formación de varias comisiones parlamentarias que dan lugar a grupos de trabajo entre actores del sistema penal²⁶ (seminarios, colegios de abogados, comités legales...).

En ese sentido, muchos de esos grupos de trabajo el poder legislativo se ha propuesto eliminar la condena a pena de muerte debido a la posibilidad de que se pueda condenar a un inocente -es el caso por ejemplo del Estado de Maryland, que después de más de 300 años con ese castigo decidió derogarlo justificando para ello que de los condenados a muerte en fechas recientes (años 2000 y 2001) en al menos el 5% había habido una revocación de condena. Pero las estadísticas van más allá, pues en este mismo Estado, entre los años 1995 y 2007 las revocaciones de condenados en el corredor de la muerte alcanzaban el 80%. Ante estos datos, se justificó el coste económico y político de este tipo de castigo, aplicado en ocasiones de manera injusta y suponiendo la muerte de personas inocentes-.

²⁵ MEDWED. D. "Innocentrism". *University of Illinois Law Review*, vol.97, 2000, pp 1549 - 1572; 1549 y siguientes.

²⁶ Por ejemplo, *The North Carolina Innocence Inquiry Commission*, es una agencia estatal creada en Agosto de 20 por la Asamblea General para investigar y evaluar reclamaciones posteriores a una condena, en supuestos donde se crea una posible inocencia respecto de los hechos. La Comisión está compuesta por ocho miembros que son elegidos por el Presidente del Tribunal Supremo de la Corte de Carolina del Norte. En total, la Comisión ha recibido 1837 reclamaciones desde el comienzo de su actividad en 2007 resultando 9 personas exoneradas.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que estos datos no dejan de ser un porcentaje de error dentro de un sistema penal que está dispuesto a asumir fallos, siendo situaciones aisladas, lo que lleva a pensar que el mismo sistema si funciona de forma adecuada. A este respecto, Marquis,²⁷ como promotor de esta condena no considera que la evolución del sistema penal haya de conmovirse por esas personas que erróneamente han resultado ejecutadas. Evidentemente, para este grupo de personas que, como Marquis, abogan por la pena de muerte el sistema judicial funcionaría bien, sin perjuicio de que siempre pueda ser "mejorado".

Asimismo, otro grupo considera que si bien el número de personas condenadas y ejecutadas erróneamente es en realidad existente no se trata más que de una situación inherente a cualquier sistema que sea llevado a cabo por el ser humano, y que se trata de casos aislados y no situaciones de carácter sistemático. En conclusión, el tema relevante es si se trata o no de una cuestión tolerable teniendo en cuenta que los esfuerzos que se lleven a cabo para conseguir disminuir el ratio de error podrían desprender efectos colaterales como un aumento de la *victimización*²⁸ y dar por resultado un incremento del número de error que, precisamente se pretende disminuir.

Jurisprudencialmente, esta posición ha sido asumida por A. Scalia²⁹ quien manifestándose a favor de la pena capital bajo el argumento de que los jueces, como cualquier otra institución, cometen errores, y que no se puede pretender tener un sistema judicial en el que nadie haya sido condenado de manera errónea. Además, considera que es el pueblo quien ha de decidir cuál es el castigo conveniente, señalando que en más de una ocasión ha optado por la pena capital, siendo así ratificado por el Tribunal. Añadiendo nombres relevantes a esta posición de inherencia del error al sistema criminal, como errores aislados y no sistemáticos-en relación a los condenados a muerte por los delitos más graves- destacamos a Allen, Shavell y Laudan, quienes entienden que es coste de ejecutar a un inocente pueda ser menor al beneficio que se obtenga de abolir

²⁷ Joshua K. Marquis, nacido en 1952, es un abogado por la Universidad de Oregón, Estados Unidos. Ex fiscal del distrito para el condado de Clatsop y ex presidente de la Asociación de fiscales de ese mismo Estado. Conocido por la creencia de que la pena capital está justificada en muchas ocasiones, de hecho, es coautor de "Debating the Death Penalty", *Should America have capital punishment?*, BEDAU, H. & CASSELL, P, eds, Oxford University Press, 2004.

²⁸ Tendencia de alguien a considerarse víctima o hacerse pasar por tal.

²⁹ Antonin Scalia, nacido en Trenton, Nueva Jersey en 1936 y fallecido recientemente fue un jurista estadounidense, comenzando su carrera judicial en 1982, siendo propuesto como Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos por Ronald. W. Reagan, siendo allí una de las principales voces conservadoras. Se adhiere a la corriente del originalismo y al concepto de constitución viviente, manteniendo siempre la intención original de quienes escribieron el documento.

la pena de muerte, basándose para este coste - beneficio en el efecto disuasorio que, a su entender, tiene este tipo de castigo. De nuevo de la mano de Scalia, parte de la jurisprudencia norteamericana sostiene que la Constitución no prohíbe la ejecución de un condenado en un proceso justo y completo que ha sido capaz de convencer de su *fáctica* inocencia a un Tribunal de habeas.

En cualquier caso, lo realmente relevante de esta tesis de Scalia es la forma de asumir que, a no ser que el haya sido injusto, por ejemplo, por vulnerar la parcialidad y objetividad o las garantías fundamentales del proceso, han de soportarse errores, incluso hasta el punto de tolerar la pena de muerte (o en nuestro caso la cadena perpetua) de un inocente.

Concluyendo con el tema del inocentrismo y teniendo en cuenta los debates que se generarán en los Estados Unidos en torno a este tipo de pena, irán lejos de establecer si es o no justo o de si tiene una aplicación discriminatoria u arbitraria sino que se dirigirán a determinar si el sistema está dispuesto a asumir la posible condena de inocentes. Si bien es cierto que el movimiento inocentista no ha logrado de manera directa que la Corte Suprema de los Estados Unidos aboliera la pena de muerte, si ha logrado que los estados la utilicen en menos situaciones o sólo para determinados delitos (incluso algunos de los Estados han llegado a abolirla). De hecho, esta tendencia de los Estados a disminuir la aplicación de la pena de muerte si ha sido utilizado como argumento por la Corte para inaplicarla.

PRIMERA PARTE

III. EL MITO DE LA INOCENCIA

Durante décadas, la cuestión de la pena de muerte en América se ha centrado en debates filosóficos y en ocasiones religiosos sobre la moralidad de un Estado que sanciona con la ejecución de otro. La opinión pública sobre la pena de muerte ha ido variando al tiempo que disminuía la preocupación sobre los abusos de derechos civiles en 1960 o se incrementaba el número de crímenes violentos hacia los 80.

Aquellos que se oponen a la pena capital se denominan "abolicionistas" (una comparación con quienes se oponían a la esclavitud en el siglo XIX). A mediados de 1990, estos abolicionistas que incluían a George Soros y Roderick MacArthur³⁰, poderosos magnates de fuerte influencia, lograron dar un giro al debate sobre la pena de muerte para desplazarlo de la moralidad de las ejecuciones y así focalizar la cuestión en la equidad, o en sus palabras, la falta de equidad en la institución. Sin embargo, estos abolicionistas vieron frustradas sus pretensiones, ya que, según sondeos, la mayor parte de los americanos apoyaba la pena de muerte en alguna forma en algunos casos.

El *Death Penalty Information Centre*, es una formación sin ánimo de lucro, creada en 1990 con la intención de difundir informes o estudios en relación a la pena capital por sí mismo o a través de medios de comunicación. Dirigidos por Richard Dieter, director ejecutivo del centro desde 1992, los oponentes a la pena capital se comprometieron a cederle a éste su campaña como voz neutral. Así, además de parecer un Estado más brusco a la hora de castigar a sus ciudadanos en comparación con otro de la Unión Europea, donde este tipo de penas ya habían quedado en el olvido, los abolicionistas trataron de convencer a América de que la forma de llevar a cabo la pena de muerte no sólo suponía desigualdades con los condenados a otro tipo de penas, sino que además había de tenerse en cuenta el remarcable número de sentencias que, erróneamente, condenaban a inocentes.

³⁰ George Soros es un magnate de origen húngaro, multimillonario y especulador. Se le conoce como el hombre que "provocó la quiebra del Banco de Inglaterra" en 1992, lo que se conoce como "miércoles negro". De ideas liberales, donó grandes sumas de dinero para conseguir que George W. Bush fuera derrotado en las elecciones presidenciales de 2004 en Estados Unidos, intento que resultó fallido. Roderick MacArthur, fallecido en 1984 fue un filántropo estadounidense y fundador de una organización defensora de los derechos y libertades civiles de los estadounidenses (Fundación J. Roderick MacArthur)

Bajo la dirección de Dieter, trataron de hacer ver que mientras los afroamericanos constituyen un escaso 10% de la población americana, suponen casi el 40% de los casos de pena de muerte.³¹ Al mismo tiempo, añadían que muchos de los abogados designados para la defensa de estos casos eran cercanos al propio juez que los instruía, que no tenían experiencia en casos de asesinato, y que al menos uno de ellos había llegado a quedarse dormido ante el Tribunal (*Burdine V. Jonhson*, 262 f.3d 336 (5th cir. 2001)).

Los abolicionistas intentaron crear una imagen de persecución masiva fundada en los eternos recursos frente al gobierno, la defensa en manos de abogados de oficio con escasa experiencia, o aún estando experimentados, con ninguna buena fama en la profesión. Así, llegaron a definir a la pena capital como *castigo defectuoso*, ejemplificando con aquellos que, tras años en el corredor de la muerte, incluso cerca de la fecha marcada para su ejecución, seguían a la espera porque ante un tribunal se había decretado que debían ser exonerados, pero la sentencia no terminaba de dictarse. Uno de estos casos fue el de Anthony Porter³², quien fue exonerado gracias a un estudio dirigido por un profesor de la Universidad de Northwestern, David Protess, y un grupo de estudiantes que formaban parte de un estudio conocido como *Medill Innocence Project*. Porter resultó exonerado a tan solo 50 horas de su ejecución; fue exonerado debido a la falta de pruebas, siendo condenado en su lugar Alstory Simon quien resultó ser autor confeso del crimen en cuestión.

Un creciente número de conservadores, desde William F. Buckley hasta Pat Robertson, mostraron su desconfianza hacia la pena de muerte.³³ Los argumentos surtieron efecto en el apoyo público sobre la pena de muerte, que descendió de casi un 80% al final de 1980 a un 65% el año que George W. Bush comenzaba la carrera hacia la presidencia de los Estados Unidos.³⁴

³¹ Press Release, Amnesty International USA (Abril. 24. 2003) (citado in Associated Press, Death Penalty Discrimination)

³² WARDEN, R. "Illinois Death Penalty Reform: How it Happened, what it promises". *Crim. L & Criminology*, vol 381, 2005, pp. 95 - 99.

³³ FIRESTONE,D. "Absolutely, Positively for Capital Punishment". *New York Times*, vol. 19, 2003,pp. 4 y 5.

³⁴ The Gallup Organization. *Question: Do your favor or Oppose the Death Penalty for persons Convicted of...Murder*. Septiembre 1988 (78.94%). Junio 2000 (65.63%)

Teniendo en cuenta que aún la mayoría de la población americana seguía estando a favor de la pena de muerte, los abolicionistas comenzaron a avocar por la "moratoria", sugiriendo que, cerca de la abolición, el alto o la paralización en las ejecuciones debía de producirse mientras se estuviera estudiando un caso concreto. Sin embargo, encontraron dificultades en el entonces Gobernador de Illinois, George Ryan.

Ryan, conservador republicano, ganó las elecciones precisamente dos años antes, en 1998, en parte gracias a relación con la cuestión de la pena capital.³⁵ Sin embargo, en 1999, el *Chicago Tribune* comenzó a publicar contundentes artículos, saliendo a la luz casos en los que se había sentenciado al corredor de la muerte a personas que más tarde habían sido puestas en libertad apelando a errores del tribunal o malas conductas de policías o fiscales. A pesar de ello, los actos de Ryan llevaron a paralizar el proceso de la pena de muerte, llegando a evitar la ejecución de casi 170 hombres en el corredor de la muerte.³⁶ Ryan pasó a ser considerado un *héroe*, citado como perfil de valentía política, como ejemplo para políticos extranjeros e incluso nominado al Premio Nobel de Paz. Justo antes de abandonar el cargo en 2003, dejó atónita a la población al anunciar un nuevo acto de clemencia, y es que utilizando su poder ejecutivo revocando la pena de muerte a 164 hombres en el corredor de la muerte y dejando en absoluta libertad a cuatro más.³⁷

Ante la sensación de un posible cambio de la opinión pública, abolicionistas trataron de que el resto de Estados siguiera el ejemplo de Ryan. Así, por ejemplo, la moratoria llegó a convertirse en pieza clave en la campaña a gobernador de Maryland en el año 2002, siguiendo las decisiones del gobernador anterior de utilizar el concepto de moratoria en relación a la pena de muerte y de encargar un estudio que demostrara el rol que cumple.

Tras estas aparentes victorias, la situación empezó a cambiar, pero no en el sentido que esperaban los abolicionistas. George Ryan fue acusado e investigado por cohecho y hasta un total del 25% de los cargos aprobados por él fueron acusados de

³⁵ ARMSTRONG, K. & POSSLEY, M. "The verdict: Dishonor. Trial and Error: how prosecutors Sacrifice Justice to win", *Chi Reader*, 10 de Enero, 1999 [<http://www.chicagoreader.com/chicago/anita-alvarez-cook-county-states-attorneys-office/Content?oid=19119102>, consultado 26 Febrero,2016]

³⁶ ARMSTRONG, K. & MILLS, S. "Ryan suspends Death Penalty". *Chi Reader*. 31 de Enero, 2000.

³⁷ POSSELY, M. & MILLS, S. "Clemency for All". *Chi Reader*. 12 de Enero, 2003.

corrupto. De hecho, su nombre llegó a ser tan negativo en la política de Illinois que el candidato republicano en las elecciones de 2004, cuyo apellido también era Ryan, cambió este apellido para ser conocido por su nombre de pila, a pesar de que, en realidad, no guardaba ningún parentesco con el gobernador. Tras asegurar estas acusaciones contra Ryan y su comité de campaña, fiscales federales terminaron por acusarle por cargos de soborno, corrupción y crimen organizado.³⁸

En los últimos diez años, el ratio de crímenes violentos en América, incluyendo asesinatos, ha decrecido significativamente. Una serie de recientes estudios muestran una correlación entre ese decrecimiento y la pena de muerte.³⁹ Uno de ellos mostraba como los indultos de condenados a penas de muerte podían llegar a costar otras vidas, aunque añadía, en calidad de opinión personal, que a pesar de los resultados de este estudio los casos en los que se afectaba a la pena de muerte se mantenían en una minoría.

¿Cómo puede la pena de muerte no tener rasgos racistas cuando el número de afroamericanos condenados a la pena capital es desproporcionado? Un estudio realizado por profesores de derecho de la Universidad de Cornell (Jonh Blume y Theodore Eisenberg) en Marzo de 2004, con ayuda del estadístico Martin Wells - todos contrarios a la pena capital- mostraba que la convicción social en la parte del sur de EEUU, conocida como "cinturón de la muerte", donde se dice que la raza negra es mucho más propensa que la blanca a ser condenada por el mismo tipo de delito, no se sostiene. En palabras de los propios autores "La opinión pública sobre la pena de muerte es incorrecta en algunos aspectos y engañosa en otros".⁴⁰

Hasta el citado estudio, los abolicionistas habían confiado plenamente para sus acusaciones sobre las manchas racistas en David Baldus, también profesor de derecho, quien afirmaba en sus estudios que la raza era la pieza clave en las sentencias para condenar o no a la pena capital.⁴¹ El estudio de la Universidad de Cornell, a través

³⁸ O'CONNOR, M. & GIBSON, R. "Ryan Indicted", *Chi Reader*, 18 de Diciembre, 2003.

³⁹ CLONINGER, R. "Execution and deterrence: a quasi-controlled Group Experiment"; *L& ECON*, vol. 344, 2003.

⁴⁰ SMITH, R. J, *Is Southern California the new Deep South?* [http://www.nytimes.com/2016/04/18/opinion/sanders-dismissesthe-deep-south.html?_r=0], consultado 29 de Febrero, 2016]

⁴¹ BALDUS, D. "Racial Discrimination and the Death Penalty in the Post-Furman Era: an empirical and legal overview", *Cornell Law Review*, vol 83, 2001, pp.189 - 190.

de las estadísticas obtenidas del Departamento de justicia y estadística de los Estados Unidos (*U.S. Department of Justice's Bureau of Justice Statistics*), mostraba que mientras los afroamericanos eran acusados de cometer el 51,5% de los crímenes, de los cuales solo el 41,3% fue condenado a la pena capital. El estudio revelaba que aproximadamente el 10% de los casos eran supuestos *interraciales*⁴² y que en veintiocho Estados, incluyendo Georgia, Carolina del Sur y Tennessee, la raza negra estaba infra representada en el corredor de la muerte. Además, Estados como Texas, que contaba con el mayor número de personas condenadas a la pena capital, tenía un ratio *per cápita* de imposición de la misma inferior a Nevada, Ohio o Delaware.

El estudio de Cornell confirmaba lo que muchos fiscales habían sospechado, que un criminal de raza blanca sentenciado a muerte tenía el doble de probabilidades de ser ejecutado que una persona de raza negra. Puede parecer políticamente incorrecto afirmarlo, pero el hecho es que los crímenes como asesinatos en serie, torturas, delitos sexuales a menores... tienden a ser cometidos más frecuentemente por personas de raza blanca que negra.

La siguiente leyenda urbana es aquella que muestra como el valiente sistema público, aunque con pocos recursos, lucha contra un equipo de brillantes fiscales con ilimitados recursos económicos. La realidad del siglo XXI es sorprendentemente diferente.

No cabe duda de que antes de la histórica decisión en *Gideon v. Wainwright*⁴³ en 1963, el abogado designado por el sistema público no era siempre el más apropiado.

Sin embargo, las últimas décadas han visto el establecimiento de sistemas públicos de defensa que en muchos casos rivalizan con los mejores abogados privados. El Tribunal de Chicago.

⁴² El estudio indicaba que el 86% de las víctimas blancas lo habían sido a manos de personas de ese mismo color, mientras que el 94% de las víctimas negras por personas de su misma raza. Teniendo en cuenta la diferencia del número de víctimas blancas y negras, el porcentaje podría decaer entre el 8% y el 12% de todos los crímenes interraciales.

⁴³ 372 U.S. 335 (1963) Es un caso histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que dictaminó por unanimidad que, bajo la Decimocuarta Enmienda, los Estados están obligados a dar asistencia a aquellos que no puedan permitirse un abogado. Cerca de 2000 personas fueron liberadas en Florida a consecuencia del caso Gadeón, que no dio la libertad directa al mismo, sino que supuso un nuevo juicio en el que estuvo representado por W. Fred Turner

Algunos bufetes importantes de grandes ciudades de América no solo proporcionan abogados para casos capitales, sino que también ofrecen asociaciones de abogados cuyo única labor es promover la defensa de indigentes⁴⁴. En un caso reciente en Portland (Oregón), un bufete gastó cientos de miles de dólares en pagar a un abogado para recurrir un caso posterior a la pena capital.

En Oregón, donde tanto se persiguen como defienden casos capitales, es común que los abogados reciban por parte del Estado miles de dólares por representar a clientes sin recursos. Además, casos que procesa su oficina.

Finalmente, y quizá lo más importante, es que estamos hablando de por qué importa si alguien es declarado "inocente", "exonerado" o "absuelto". Palabras como *inocente* expresan en sí una gran los fondos son ilimitados en cuanto a esa asistencia legal. Incluso los peritos traídos por la defensa a menudo reciben también parte de ese dinero. Todos estos recursos van más allá de lo que pueden recibir fiscales del Estado por perseguir esos mismos casos. De hecho, un fiscal de lo que se considera un Estado de tamaño medio como Oregón, recibe un total que rara vez supera los 15.000\$ al año para sufragar los gastos de los peritos de todos los autoridad moral y están destinadas a conducir el debate público, apelando a una repulsión general y profunda ante la idea de que alguien que realmente sea inocente sufra injustamente las consecuencias de un delito que no ha cometido. Sin embargo, en derecho estas palabras tienen aún más significado que el peso moral. Decir que alguien es "inocente" cuando todo lo que ha logrado ha sido moverse por las deficiencias del sistema de justicia hace que la palabra pierda relevancia y llega a desacreditar la autoridad del que afirmó que esa persona debía ser *exonerada*.

Scott Turow, escritor de novelas de ficción legal, fue fiscal federal antes de pasar a formar parte de un importante bufete en Chicago. Estando interesado por la pena de muerte, logró crear un grupo de abogados que, a través de su trabajo, liberaron a un grupo de condenados en el corredor de la muerte. El Gobernador Ryan, nombró a Turow como decimoséptimo miembro de una comisión encargada de revisar supuestos de pena capital. Comisión que estaba compuesta por "ex fiscales" como Turow, que actualmente si ejercen como abogados penalistas. Solo un miembro de esta Comisión sigue actualmente siendo fiscal federal. Mike Waller fue el único disidente de las

⁴⁴ *Series of Telephone Interviews* con Clay Crenshaw, Assistant Attorney General, Alabama (2001)

muchas recomendaciones que se hicieron al respecto durante la esa legislatura en Illinois.⁴⁵

En un artículo publicado el 27 de Noviembre de 2003 en *Contra Costa Times*, Georgia Rowe repetía "La historia americana está plagada de personas que han sido condenadas por crímenes que no han cometido"⁴⁶.

En 1998, la Universidad de Northwestern patrocinó una conferencia ofrecida por un grupo de personas que afirmaban haber estado en el corredor de la muerte siendo inocentes. Uno de ellos fue el Dr. Jay Smith, famoso por del libro *Echoes in the Darkness*⁴⁷, de Joseph Wambaugh, y por ser uno de los 118 del Death Penalty Information Center que fue exonerado.

El Dr. Smith fue acusado del asesinato de Susan Reinert, profesora de un instituto inglés, y a sus dos hijos⁴⁸. El jurado concluyó que Smith, junto con otro profesor, habían conspirado para asesinar a Susan Reinert, y que sus hijos no habían sido nada más que un daño colateral de la situación a fin de evitar testigos. El cadáver de Susan si apareció, sin embargo no fue así con el de los niños.

Los granos de arena encontrados en el cuerpo de la víctima hicieron fracasar la apelación del fiscal del Estado y sirvieron para sostener la inocencia de Smith⁴⁹ que fue liberado de la cadena perpetua. Envalentonado por esta libertad,(y obviando el resto de sus condenas - robo, obtención de propiedades robadas, posesión de arma de fuego sin licencia o posesión de marihuana-) presentó demandas contra el Estado de Pensilvania, el oficial que le había arrestado así como contra todo aquel que hubiera tenido relación con su detención.

Solo había un problema: Smith no era inocente. La decisión final sobre el caso de Smith fue adoptada por un Juzgado de Apelación en una tercera vuelta,

⁴⁵ *Former Governor Ryan's Comm'n on capital punishment, Commission Members*, [http://www.idoc.state.il.us/ccp/member_info.html, consultado 1 de marzo, 2016]

⁴⁶ ROWE, G. "Curran Theatre does "exonerated" Justice", *Contra Costa Times*. 27 de Noviembre de 2003, [http://www.realcities.com/mld/cctimes/entertainment/permorming_arts/7362764.htm, consultado 10 de marzo, 2016].

⁴⁷ WAMBAUGH, J. *Echoes in the darkness*. Alabama, William Mrow & Co, 1987, pp. 687 - 703.

⁴⁸ Sentencia Commonwealth v. Smith, pp. 568 a 603 (1989)

⁴⁹ Smith v. Holtz, 210. Fundamento 3d, pp. 186 - 194 (2000)

concluyendo que: "nuestra confianza en la convicción de que el Sr. Smith asesinó tanto a Susan Reinert como a sus dos hijos no se ha visto en nada disminuida a consecuencia de las partículas encontradas en el cuerpo de la víctima, por consiguiente, el Sr. Smith no tiene ningún derecho a ningún tipo de compensación por la posible conducta poco ética de aquellos envueltos en su persecución".

Es verdad que hay muchas personas que verdaderamente no hicieron aquello de lo que se les acusa como Kirk Bloodsworth, un chico de Maryland condenado por asesinato que finalmente fue liberado gracias a una prueba de ADN⁵⁰. Casos como ese muestran que se necesitan años y muchas apelaciones para mostrar errores en largas condenas de hombres inocentes.

El sistema de justicia está lejos de la perfección y ha cometido muchos errores, muchos de ellos a favor de los acusados. Cientos, sino miles, han muerto o perdido parte de sus vidas por ello. Desde que el Tribunal Supremo reautorizó la pena capital en 1976, ha habido alrededor de 150.000 delitos de sangre.⁵¹

Cerca de 7000 fueron sentencias de muerte, sobre 3.700 personas están aún hoy a la espera de ser ejecutados, y alrededor de 950 ya lo han sido⁵². Tribunales, tanto estatales como federales, han impuesto un sistema denominado "el debido proceso" para aquellos condenados a la pena capital, revocando casi dos terceras partes de las sentencias, una tasa que está muy por encima de otro tipo de casos⁵³.

Hay quien afirma que una sociedad civilizada debe estar preparada para permitir que diez culpables queden en libertad a fin de no culpar a uno que fuera inocente. En cualquier caso, la buena organización y la mejor financiación de la causa abolicionista de la era moderna americana, no dejan demostrar ni un único caso en el que una persona demostradamente inocente haya sido ejecutada.

⁵⁰ The innocence Project. *The case of Kirk Bloodsworth*.

[http://www.innocenceproject.org/case/display_profile.php?id=21, consultado 10 de Marzo, 2016]

⁵¹ Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, *Homicide trends in the United States*, 2004.

[<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/htius.pdf>, consultado 10 de marzo, 2016]

⁵² Amnistía Internacional, *Facts and figures of death penalty*.

[<http://www.web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-eng>, consultado 10 de Marzo, 2016]

⁵³ LIEBMAN, J. "Error rates in capital cases", *A broken system*, 2000.

[<http://www2.law.columbia.edu/instructionalservices/liebman>, consultado 10 de marzo, 2016]

En lugar de esto, han de tenerse en cuenta los *daños colaterales* que conlleva la liberación: nueve personas, a cargo de Kenneth McDuff, sentenciado a muerte por matar a un niño en Texas, a quien se le concedió la libertad condicional tras la revocación de la ley que permitía el castigo capital⁵⁴. Una, a cargo de Robert Massie, en California, quien también fue sentenciado a muerte y a quien también se le concedió la condicional. Massie recompensó a quien le había encontrado un trabajo al tiempo de salir asesinandole en menos de un año desde que salió⁵⁵. Otro, por Richard Marquette, en Oregón, condenado a *vivir* en prisión por secuestrar y descuartizar a una mujer. Lo hizo en un lugar tan deshabitado de la misma, que su sentencia fue revocada - lo que aprovechó para poder volver a secuestrar y matar a otra⁵⁶. Dos, por Carl Cletus Bowles, en Idaho, culpables del rapto de nueve personas y la muerte de un agente de policía. Bowles escapó durante una visita de su novia, volviendo a matar, en este caso a una joven pareja⁵⁷.

Los abolicionistas de la pena capital, desalentados por los resultados de las encuestas del último cuarto de siglo, que mostraban un apoyo social hacia ella de entre el 65 y 85%⁵⁸, deciden aprovechar esos errores en las codenas para hacer ver que nadie puede arrebatar a otro su propia libertad o ser condenado por falsas y coartadas confesiones, por corrupción policial, por errores testificales o forenses, o incluso por la mala conducta de fiscales o una vagas defensa de abogados.

⁵⁴ COCHRAN, M. *McDuff likely to take Grisly Secrets to grave*, Associated press, Texas, 24 de Noviembre, 1996. [<http://www.lubbockonline.com/news/112496/mcduff.htm>, consultado 11 de marzo, 2016]

⁵⁵ ROSSI, R. "Capital Punishment and voices from Death Row", *The Recorder*, 19 de Enero, 1996. [<http://www.the-tidings.com/2001/0323/deathpenalty.htm>, consultado 11 de marzo, 2016]

⁵⁶ BALLROOM, E. *The Oregonian, An Oregon Century. La vida en 1960*. Oregón, 1989. [http://www.oregonlive.com/century/1969_life.html, consultado 11 de marzo, 2016]

⁵⁷ REDDEN, J. "Tumultuous Times fattened the files", *Portland Tribune*. 17 de Septiembre, 2002. [<http://www.portlandtribune.com/archold.cgi?id=13719>, consultado 11 de marzo, 2016]

⁵⁸ CAROLL, J. "American and the Death Penalty", *The Gallup polls*, 1965 - 2002. [<http://gallup.com/poll/content/login.aspx?ci=1437>, consultado 11 de Marzo, 2016]

Hay un gran número de personas que han perdido su tiempo, años en muchos de los casos, en el corredor de la muerte, por crímenes que realmente no habían cometido. Los abolicionistas manejan una cifra en torno a las 100⁵⁹.

Sin embargo, examinando desde un concepto más realista el término de inocencia -esto es, sin tener implicación en la muerte, sin estar allí, sin haberlo hecho- hace que el número caiga a 30 o incluso 25⁶⁰. La gran pregunta es si el problema de esas injustas convicciones son episodios aislados o verdaderamente constituyen una *epidemia*.

Para aquellos que consideran que no hay ratio de error que sea aceptable, la pena de muerte nunca llegará a estar lo suficientemente "reformada", a pesar de que afirmen que únicamente están buscando un sistema más justo. Hay quien va incluso más allá, buscando la sustitución de la libertad condicional y sosteniendo (como es cierto en algunos casos) que para algunos criminales, una sentencia que les permita vivir puede ser peor que la propia muerte. Muchos de los que sostienen esa afirmación equiparan la pena de muerte con el hecho de que los condenados tengan que recordar sus días como criminales, y concluyen por tanto, que también deben abolirse las sentencias que condenen a largos periodos de prisión.

El número de sentencias a muerte está, en definitiva, decreciendo. Las sentencias por otro tipo de crímenes que no sean de sangre han comenzado a ser más duras, haciendo del encarcelamiento una pena más fuerte y quizás más significativa. Jueces y fiscales están, correctamente o no, siendo más discriminatorios a la hora de determinar quien debe morir por sus crímenes.

Asimismo, el supuesto de acusar a verdaderos inocentes sumado a un sistema corrupto e indiferente, solo desacredita a un movimiento que tiene argumentos morales legítimos. Nada justifica hacer que las víctimas no tengan nombre, convertir en mártires a los asesinados o convertir a los asesinos en víctimas.

⁵⁹ AXTMAN, K. "US Milestone:100th Death row inmate Exonerated", *Christian Science Monitor*, 12 de Abril, 2002. [<http://www.csmonitor.com/2002/0412/p01s02-usju.html>, consultado 11 de Marzo, 2016]

⁶⁰ DUPONT, P, "The Rakoff Rule", *Wall Street Journal*. 10 de Julio, 2002. [<http://www.opinionjournal.com/columnists/pdupont>, consultado 11 de Marzo, 2016]

Algunos podrán preguntarse por qué es relevante que el número de personas que han sido realmente exoneradas sea de 30 o 50 cuando en realidad una sola persona ya es un número intolerable. Éstos son quienes buscan un sistema perfecto que en realidad es imposible de alcanzar. Estos errores son puntuales, y merecen un riguroso repaso, como deja ver precisamente la jurisprudencia del siglo XXI.

IV. LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA. EL CASO IBAR.

A finales de junio de 1994⁶¹, el propietario de un club de alterne y dos modelos son golpeados y asesinados de un tiro en la nuca en Florida, Estados Unidos. Tanto la agresión como el asesinato fueron grabados por una cámara oculta que había en la vivienda donde se produjeron los hechos. Una semana más tarde, el joven Pablo Ibar es detenido por otro delito, la policía cree que la cara de la persona que aparece en las imágenes del asesinato guarda gran parecido con el detenido. Tras seis años de aplazamientos, el 14 de junio del año 2000, Pablo Ibar es declarado culpable y condenado a muerte por ese triple asesinato⁶².

Actualmente, Pablo Ibar lleva 14 años en el corredor de la muerte de la prisión de alta seguridad de Florida. Fuera, su esposa, Tania, sus familiares, así como grupos de derechos humanos luchan por salvar su vida. Dentro, Pablo Ibar continúa esperando en el corredor. Solo hay dos posibles desenlaces: la libertad o la ejecución.

Pablo declaró su inocencia basándose en un error en la identificación de su persona así como en una falta de pruebas que le vincularan con los crímenes en cuestión. Además, contaba con una coartada, pues en el momento en que se produjeron los hechos constitutivos se encontraba con su novia y actual esposa.

⁶¹ Asociación contra la pena de muerte "Pablo Ibar" [www.pabloibar.com/paginass/dia.htm, consultado 27 de abril, 2016]

⁶² BOE, nº33, pp. 6722 y ss. Convenio entre personas condenadas entre el Reino de España y República de Yemen.[fecha de consulta: 30 de abril, 2016]

La acusación aportó, como prueba principal, las imágenes de una cámara de video acusando a Pablo de aparecer en ellas. El Tribunal, por una mayoría de 9 contra tres, le condenó a la pena de muerte.

En el primer juicio, Pablo Ibar fue acusado junto con Seth Peñalver, como coautores del delito. El juicio terminó como nulo al no alcanzarse un veredicto⁶³, pues aunque si se pudo reproducir el video aportado por la acusación, no se llegó a concluir que quien efectivamente aparecía en él fuera Pablo Ibar. Durante el segundo juicio, junto con Seth Peñalver, el abogado del Pablo fue detenido por un supuesto delito de violencia doméstica contra una mujer embarazada lo que llevó a que se paralizara el juicio de Ibar. En cambio, el juicio si continuó para Peñalver, quien fue hallado culpable, aunque con posterioridad el Tribunal Supremo de Florida lo anulara en base a la inadmisión de algunos de los testimonios que fueron determinantes en el veredicto.

Aunque se revisó la condena impuesta a Ibar en base a la inadmisión de pruebas testificales que podrían haber sido determinantes en el desarrollo del juicio, se concluyó que los errores del Tribunal habían sido inocuos y se confirmó la sentencia de muerte. Actualmente, tanto la condena como el fallo del jurado con objeto de un recurso de apelación que se fundamenta en la violación de los derechos constitucionales de Pablo Ibar. Las pruebas practicadas durante el juicio se demostró que el dueño del establecimiento en cuestión había vuelto a casa con dos amigas. Seguidamente, las imágenes muestran -aunque no de manera clara y nítida- como una persona armada asoma por la puerta y entra en el domicilio junto con otro encapuchado. Ambos golpean al hombre, saquean la vivienda y terminan por disparar a cada una de las víctimas.

A pesar de no poder identificar a los encapuchados, pues las imágenes del video no permitían hacerlo con certeza, se pudo congelar una parte del mismo. Tiempo más tarde, un agente de la policía relacionó esa imagen congelada con Pablo Ibar, quien estaba siendo investigado a razón de otra causa. Si bien Ibar negó su autoría respecto de los asesinato de los que, de repente, le acusaban, un vecino del domicilio de la víctima le identificó como pasajero del coche que salía del domicilio en cuestión el día de los hechos. No hubo ninguna prueba física, dactiloscópica, de sangre o ADN que pudiera

⁶³ Amnistía Internacional - Estados Unidos de América. Arbitrarias, discriminatorias y crueles: 25 años de ejecuciones judiciales. [Índice AI: AMR 51/003/2002]

relacionar a Pablo Ibar con los hechos. De hecho, no se encontró ninguno de los objetos sustraído del domicilio de la víctima en su posesión.

Hoy en día, el nuevo abogado de Pablo, Benjamín Waxman, prepara un nuevo recurso de apelación ante el tribunal de Broward County. Lo que busca con ello es que el Tribunal analice si el anterior abogado del imputado había seguido una mínima diligencia profesional. Por ejemplo, ¿se aseguró de citar a todos los peritos necesarios? Pues es posible que un psicólogo hubiera aportado un dictamen pericial sobre la veracidad de los testimonios que le identificaron como autor de los hechos; o ¿llevó a cabo las protestas procedentes por la inapropiada admisión de algunas pruebas? Y es que algunas de las pruebas practicadas resultaron cuestionadas ante el propio Tribunal Supremo de Florida, sin embargo fueron rechazadas en apelación por lo haberse llevado a cabo en el momento correcto durante el juicio.

Al mismo tiempo, Waxman, buscaba que el Tribunal examinara si fueron trasladados a la defensa todos los archivos de la instrucción o bien se olvidó de alguno que pudiera exonerar a Ibar. Esta fase requiere una detallada revisión del sumario para comprobar que quedaron cubiertos todos los derechos del acusado.

En Estados Unidos, con carácter general y bastante frecuente en la práctica, los ciudadanos extranjeros condenados a muerte en este país no suelen estar informados de los Derechos que le otorga la Convención de Viena sobre Derechos Consulares (24 de abril de 1963⁶⁴) que le permiten ponerse en contacto con los consulados de sus respectivos países solicitando su ayuda⁶⁵. Por otro lado, y al igual que los condenados a muerte norteamericanos, los extranjeros también tienen una deficiente asistencia letrada

⁶⁴ En 1969, Estados Unidos ratificó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Es un tratado multilateral que regula las funciones de los consulados en 144 Estados. El art. 36 b) dispone que "las autoridades locales informarán sin demora a los ciudadanos extranjeros detenidos de su derecho a recibir ayuda de su consulado. A petición del detenido, las autoridades deben notificar al consulado la detención y permitir que algún miembro del consulado se ponga en contacto con él."

⁶⁵ Actualmente, en los Estados Unidos hay más de 70 ciudadanos extranjeros condenados a muerte. En su gran mayoría, no se informó de la detención a su Estado de origen, y , mucho menos a ellos mismas de los Derechos que la Convención de Viena sobre Derechos Consulares les otorga. Consecuentemente, los ciudadanos se enfrentan a un sistema judicial cuyo funcionamiento desconocen, siendo juzgados e incluso ejecutados sin poder obtener el beneficio de sus autoridades nativas.

para los casos de castigo capital. Esta deficiencia, sumada al excesivo coste de la misma en este país (aún más en sede de recurso, como es el caso Ibar), supone una disminución importante de las garantías procesales del imputado. En el caso que nos ocupa, el Estado Español se hubiera ahorrado una suma importante si Pablo Ibar hubiera recibido una asistencia letrada efectiva en los juicios que originaron el proceso. En el caso español, el Congreso de los Diputados, a fecha 30 de Noviembre de 2006, aprobó por cuasi unanimidad una proposición no de ley en relación a los ciudadanos españoles condenados a muerte o acusados de delitos que conlleven este castigo. Esta Proposición no de Ley, establece que “el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que, en aras del derecho fundamental a la vida, adopten tantas medidas políticas o legislativas como sean necesarias para garantizar una asistencia jurídica de calidad y gratuita, así como con capacidad suficiente, desde el primer momento posible a partir de la detención, cuando se formule una acusación que pueda conllevar la pena de muerte, tanto durante el proceso judicial como una vez dictada sentencia, cuando la persona se encuentre en el “corredor de la muerte”, todo ello a tenor de las disposiciones legales y de los usos jurídicos del país que condena o en el que se solicita la pena capital⁶⁶”.

El papel del abogado en los delitos capitales cobra una gran relevancia. Pues los conocimientos, al experiencia o la dedicación que puedan entregarle al caso puede llegar a su suponer, en ocasiones, un levantamiento de condena. Sin embargo, en 1984, el Tribunal Supremo afirmó que los errores de los letrados no eran motivo suficiente como para anular una sentencia salvo que se pudiera demostrar que tal error había sido determinante en el sentido del fallo⁶⁷. Consecuentemente, con esta resolución se abre la posibilidad de que alguna de las ejecuciones realizadas se haya debido a la ineficacia del abogado en cuestión.

La mayor parte de los condenados a muerte en Estados Unidos no tienen presupuesto suficiente como para pagarse un abogado privado, es por eso que son asistidos por el turno de oficio. En el caso de Pablo Ibar, el total del primer recurso de apelación ascendió a 180.000 dólares; el actual roza los 300.000 dólares.

⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. pp. 7 y 8. [fecha de consulta: 27 de abril, 2016]

⁶⁷ 466 U.S. 668. Strickland v. Washington

El primer juicio contra Pablo Ibar data de 1997 y concluyó nulo al no haber un acuerdo del tribunal, siendo en el año 2000 la fecha en el que se le declaró a muerte. El fallo fue recurrido en argumentación de lo anteriormente expuesto, y la solicitud de celebrar un nuevo juicio fue denegada en 2006.

Waxman presentó en 2014 un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo de Florida solicitando una repetición del juicio. En el acto de la vista, celebrada en abril, el abogado de Ibar insistió en lo defectuoso del juicio y en la existencia de pruebas de carácter esencial que el jurado necesitaba ver y valorar, resaltando la poca fiabilidad de las imágenes del video presentado por la acusación alegando la falta de claridad de las mismas y calificándolas como "borrosas" o "granuladas". Finalmente, vuelve alegar la desastrosa actuación del letrado Koyo Morgan, abogado de oficio que el asistió en el juicio que le condenó a muerte.

Tras meses de deliberaciones, el Tribunal Supremo de Florida ha decidido repetir el juicio contra Ibar -que lleva 15 años en el corredor- por cuatro votos contra tres⁶⁸.

⁶⁸BARBERO, L. *El País*, [http://politica.elpais.com/política/2016/02/04/actuacion/145460_9303_012895.html, consultado 21 Junio, 2016]

SEGUNDA PARTE.

V. INTERPOSICIÓN: SEGREGACION Y VARIACIONES POR ESTADO

Los Estados Unidos, que desde el principio han sido un país liberal, parcialmente democrático y con una hostilidad republicana hacia el poder monárquico, una predominante cultura cristiana y un culto generalizado al individuo comenzaron a desarrollar un movimiento abolicionista que trataba de ajustarse al modelo estándar occidental⁶⁹.

La élite liberal americana -abogados, clérigos, escritores, progresistas, filántropos- hicieron importantes actuaciones a la causa abolicionista. Comenzando con las propuestas reformistas de Benjamin Rush en 1790 y continuando en 1840 y 1850 con la vanguardia abolicionista en Michigan, Wisconsin y Rhode Island, que culminaron con el litigio constitucional de *Furman* en 1972. Cada uno de los grandes momentos de la historia de la liberalización americana - el periodo de Jackson, la era progresista, el movimiento de derechos civiles - supusieron avances para la reforma de la pena de muerte⁷⁰. Estas mismas fuerzas sociales siguen trabajando hoy para su abolición a través de activistas de derechos civiles, iglesias progresistas, organizaciones de derechos humanos, socialdemócratas o abogados a favor de esta causa.

A diferencia de otros países europeos, Estados Unidos ha tenido que lidiar menos con ideas sociales sobre el castigo capital y más con mecanismos políticos para transformar -o no transformar- la opinión social mayoritaria en cuestiones políticas. Así, no son los diferentes puntos de vista de la sociedad americana los determinantes en el asunto sino el populismo local que da forma a las diferentes instituciones políticas haciendo del político el responsable individual del sentimiento que se crea. Por supuesto, los Estados Unidos cuentan con un mecanismo para la elaboración de normas "contra-mayoritarias": El Tribunal Supremo. Se trata de la institución que encabeza el poder judicial cuyos miembros no son elegidos por el gobierno. Es la única institución

⁶⁹ HAINES, H. *Against Capital Punishment: The anti - Death Penalty Movement in America*. New York University Press. 1996

⁷⁰ Aunque la propuesta podía a parecer una excepción, desde el momento en que desde el siglo XX el mayor número de ejecuciones anuales (199) se alcanzó en 1935 y no hubo estados abolicionistas durante los años 30. Sin embargo puede parecer más apropiado asociar el paréntesis de la reforma y el récord de ejecuciones de esos años con "La Gran depresión"; de hecho, después de 1935 el número de ejecuciones comenzó a decaer.

creada por la propia Constitución, dado que los demás tribunales han sido creados por el Congreso. Posee facultades de revisión judicial así como de determinación de la constitucionalidad de las normas y sus decisiones obligan a los demás tribunales pudiendo incluso sus fallos derogar otras leyes.

Esta institución⁷¹ se convirtió en el foco de esfuerzos abolicionistas desde la década de 1960 cuando la agitación política dio paso a litigios nacionales en tribunales estatales. Cabe pensar que estos esfuerzos hubieran podido tener éxito si la pena capital se hubiera visto como una medida penal, si bien esta utilidad genera cada vez más dudas ya que ha alcanzado conflictos políticos y culturales que han alterado su significado. Cuando rara vez se había utilizado una sanción penal como objeto de controversia moral, paso a convertirse en un importante tema político con muchos significados. En 1970, la pena de muerte llegó a ser vista en América como un test de la política de control de la delincuencia, un símbolo de los derechos de los Estados y una parte prominente de una reacción conservadora contra los derechos civiles. Toda vez se produjo esta transformación simbólica -y treinta y cinco Estados aprobaron la pena de muerte en su legislación - las posibilidades de abolición se desvanecieron.

Para 1976, el momento abolicionista había pasado y las fuerzas sociales que sostenían la pena capital se habían afirmado de nuevo.

El federalismo, el pluralismo, el localismo, la separación de poderes, la toma de decisiones, la descentralización de estas estructuras institucionales, expresan y encarnan un hecho político singular en los Estados Unidos: la existen controversias sobre de la ubicación del poder soberano. El reclamo de soberanía en los Estados Unidos es más controvertido e inestable que en otras naciones occidentales. La soberanía popular se afirma respecto a la de los funcionarios elegidos, la soberanía del condado sobre la de las autoridades estatales, la soberanía del Estado sobre la de las autoridades federales, y la soberanía legislativa sobre los poderes de revisión judicial de los distintos tribunales. Tras los acontecimientos de las décadas de 1970 y la participación de los tribunales federales en la regulación de la pena capital, se utilizan esas controversias como parte del debate sobre la pena de muerte.

⁷¹ TUROW, S. "Reversible errors", Chicago, Farrar, Straus and Giroux, 2004, pp. 323 - 350.

Si el derecho de imponer la pena capital es considerado como el sello del poder soberano (lo cual ha sido así durante mucho tiempo, aunque nunca tanto como en el caso *Furman*), entonces cada desafío a ese derecho va más allá de provocar una mera contraposición. Para muchas autoridades estadounidenses, conservar el *derecho de matar* se ha convertido en parte de retener su reclamación de soberanía.

Por último, la naturaleza del proceso legal estadounidense ha trabajado para conservar la pena de muerte e incluso para afianzarla más profundamente en la cultura política de la nación⁷². Dada la tendencia de los Estados Unidos para traducir cuestiones políticas en cuestiones judiciales, no fue sorprendente que la pena capital terminara por convertirse en una competencia de los tribunales federales. Una vez que se convirtió en cuestión constitucional, los adversarios aseguraron que sería objeto de litigios en tribunales estatales y federales con la persistencia necesaria para transformar la institución al tiempo que evitarían que la situación se diera por sentada. Los litigios sobre la pena de muerte -a menudo iniciados por condenados a muerte en busca de la absolución- ha tenido como objetivo restringir y limitar la pena capital, y en efecto lo ha logrado importante aspectos⁷³. Sin embargo, estos recursos también han tenido sus efectos negativos, al realzar la plenitud del poder legislativo y la legitimación de la pena capital, que viene a suponer una fuerza para su conservación.

1. Variaciones Estado por Estado

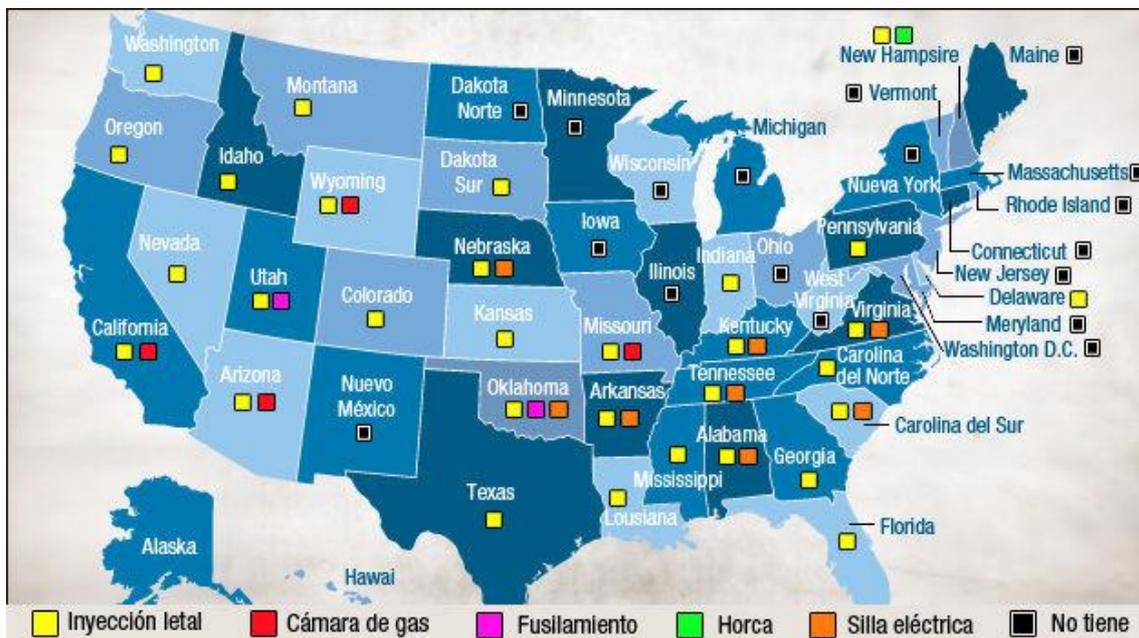
El propio panorama institucional de los Estados Unidos puede haber hecho difícil la abolición de la pena capital a nivel nacional, sin embargo, dentro de los Estados Unidos hay una gran cantidad de variaciones⁷⁴. Veinticinco estados han tenido, en un momento u otro, abolida la pena de muerte en su jurisdicción, y a partir de 2010, quince estados y el Distrito de Columbia no tienen leyes de pena capital en vigor. Entre los treinta y cinco estados que si mantienen la pena de muerte en su legislación, más precisamente, la han re-promulgado por la aprobación de nuevas leyes como

⁷² EINHORN, R. "American Taxation, American Slavery". Chicago: University of Chicago Press, 2006.

⁷³ ZELIZER, J. "The Uneasy Relationship: Democracy, Taxation and State Building Since the New Deal," Meg Jacobs, William Novak & Julian Zelizer, eds., Princeton University Press, 2003.

⁷⁴ BENSEL, R. *Sectionalism and American Political Development: 1880– 1980*, Madison: University of Wisconsin Press, 1984, pp. 239, 229.

consecuencia de *Furman*- algunos nunca imponen este tipo de pena, algunos la imponen pero raramente la ejecutan y algunos la imponen con cierta frecuencia. Esta variación se refleja en el modelo regional, con los estados de ejecución concentrados en el Sur y los Estados abolicionistas en el noreste. Al explicar estas diferencias, la atención se desplaza a las estructuras institucionales y las restricciones constitucionales que afectan a la Estado en su conjunto, a la política local, a las relaciones sociales, y las disposiciones legales que la pena capital forma a nivel estatal y del condado. Los Estados han ido variando sus políticas en diferentes momentos, que van desde el temprano y sostenido abolicionismo de Michigan, a la derogación, el restablecimiento y la invalidación judicial de Nueva York o la retención prolongada y entusiasta de Texas. La distribución y uso de la pena de muerte en los Estados Unidos ha seguido el patrón internacional, así, los procesos de transformación que causaron declive occidental a largo plazo de la pena de muerte son los mismos que produjeron la abolición, la retención y la retención parcial en las diferentes partes de los Estados Unidos⁷⁵.



(Fuente: www.teinteresa.es/Mundo/Estados-Unidos-2015)

⁷⁵ HINDUS, M. *Prison and Plantation: Crime, Justice and Authority in Massachusetts and South Carolina, 1767–1878*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1980.

La distribución entre estados abolicionistas y retencionistas es cambiante, por ejemplo, tres de los Estados que actualmente tienen la pena de muerte abolida -Nueva York, nueva Jersey y Nuevo México- fueron no hace tanto Estados con ella instaurada. Obviamente el movimiento no es sólo en esa dirección, pues por contra diez de los Estados actualmente retencionistas tuvieron también sus periodos de abolición: Colorado (1897 - 1901); Kansas (1907 - 1935); Washington (1913 - 1919); Oregon (1914 - 1920 y 1965 - 1978); South Dakota (1915 - 1939); Tennessee (1915 - 1916); Arizona (1916 - 1918); Missouri (1917 - 1919); Delaware (1958 - 1961); y California (1972 - 1974). El Estado de Connecticut, que no había ejecutado a nadie en más de cuarenta años, condenó recientemente a alguien (si bien es cierto que fue él quien voluntariamente decidió dejar de recurrir)⁷⁶. En conclusión, los Estados se van moviendo de un grupo a otro⁷⁷.

Durante más de doscientos años, Estados Unidos ha sentido la presión de reformar la pena capital. En cada Estado, este proceso de reducción o limitación de la pena ha sido más o menos largo, y veinticinco Estados consiguieron promulgar leyes abolicionistas en un punto o en otro, aunque diez de ellos fueron de nuevo reformados. Esta presión de la que hablamos también se manifestaba en sentido contrario, ejercida por fuerzas conservadoras de la institución produciendo que otros Estados fueran más reticentes a la reforma.

Comenzando con las variaciones temporales, algunos de los Estados actualmente abolicionistas, la tuvieron en vigor durante más de 150 años, y por contra, otros tan sólo cinco. La explicación de cada abolición debe focalizarse en las fuerzas sociales que impulsaron a ello en ese momento y, desde que se sustentó la abolición, en las circunstancias que permitieron impedir su re-promulgación.

Para comenzar con un supuesto relevante, el caso de Michigan. En términos actuales, por el nivel de crímenes violentos, urbanización, demografía racial y severidad de las sentencias podríamos decir que Michigan debería ser un Estado retencionista. Sin embargo, esos datos no muestran la importante trayectoria y el lugar que ocupa la pena

⁷⁶ AYERS, E. *Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th Century American South*, New York: Oxford University Press, 1984.

⁷⁷ WALKER, S. *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 1998.

de muerte en la historia del Estado, especialmente cuando Michigan fue uno de los primeros Estados en revocar sus leyes capitales e identificarse con la causa abolicionista⁷⁸

Los líderes políticos de este Estado utilizaron su poder a fin de abolir el castigo capital en un tiempo en que el mismo contaba con una pequeña y homogénea población así como un ratio de crímenes violentos muy bajo. Al mismo tiempo, la población de Michigan - como la de Wisconsin o Rhode Island, también precursores de esta vanguardia abolicionista- era lo suficientemente pequeña como para impulsar un movimiento reformista que se manifestara a través de su legislación. Como sostiene Banner "el debate en Michigan no era diferente al de cualquier otro lugar. Si el Estado tenía alguna particularidad, es que era una parte relativamente pequeña de la élite económica y social del país, contaba con una distribución igualitaria de poderes y riquezas, y solo un pequeño número de ciudadanos formaban parte de formaciones religiosas más conservadoras".⁷⁹

Desde 1846, los caracteres de Michigan han cambiado enormemente. La industrialización, urbanización y migración alteraron los rasgos económicos y demográficos del Estado, así, Detroit es hoy en día una ciudad industrial de casi un millón de residentes, la nación de la industria automovilística y una gran comunidad de afroamericanos que casi suponen el 15% de la población. Para entonces, el ratio de violencia en Michigan también se había incrementado, llegando a estar hoy por encima de la media⁸⁰.

El apoyo social hacia la pena de muerte también varió, así, aunque el referéndum para su reintroducción fracasó en 1931, las encuestas mostraban desde 1975 una creciente mayoría que apoyaba al castigo capital, tal, que se acercaba a la media nacional.⁸¹

⁷⁸ LOFQUIST, W. "Putting them there, keeping them there, and killing them: an analysis of State level variations in death penalty intensity". *Iowa Law Review*, vol 87, 2001 - 2002.

⁷⁹ BANNER, S. *The Death Penalty: an American history* Harvard University Press. 2009

⁸⁰ En 2007, el ratio de crímenes en Michigan era de 6,7 por 100.000. La media de los Estados Unidos era de 5,6.

⁸¹ GALLIHER, J. *America without the death penalty*. Northeastern University Press. 2002

A pesar de que de estas circunstancias pueda esperarse un cambio de dirección sobre la pena de muerte, los líderes políticos trataron de evitar que ello ocurriera. Esta resistencia se vio reforzada en 1963, cuando se aprobó una previsión constitucional que exigía una mayoría cualificada para cualquier reintroducción de la pena de muerte. Todo ello, unido a un fuerte activismo por evitarlo llevó a lograr la no promulgación del proyecto de ley para su reintroducción.

Wisconsin, que también abolió la pena capital en el siglo XIX, mantiene todavía un perfil del que se podría esperar un estado abolicionista: un bajo ratio de homicidios, una estable y homogénea población, bienestar económico, un desarrollado sistema como estado de riqueza, y una identidad socialmente progresista. Por otro lado, en Wisconsin, a diferencia de otros Estados que si permiten la pena capital, no hay previsiones de referéndum, pero sí de que todos los proyectos de ley pasen previamente por un análisis fiscal antes de ser aprobados, lo que hace que el proceso legislativo muestre un menor sentimiento popular. Entre 1973 y 1990 se introdujeron veinticuatro intentos de reintroducción del castigo capital, y todos ellos fracasaron.

Varios Estados abolicionistas -Maine, Minnesota, North Dakota, Iowa, Vermont, y el Oeste de Virginia- comparten estas mismas características de Wisconsin: ruralización, estables y homogéneas poblaciones, bajo ratio de delitos de sangre... Massachusetts, aunque más urbanizado y con una considerable minoría poblacional (7% de afroamericanos), también cuenta con un bajo ratio de crímenes, un desarrollado sistema de reparto de riquezas, políticas progresistas y una fuerte tradición abolicionista. Por contra, Alaska y Washington DC, a pesar de que tampoco mantienen la pena capital en su legislación, tienen características opuestas a los casos anteriores (alto ratio de criminalidad, diversidad demográfica, transigente población...) y el resultado sigue siendo a abolición. Estas dos diferentes jurisdicciones -así como Hawaii, que también demuestra un alto grado de heterogeneidad demográfica- parecen haberse abstenido de la pena capital en parte debido a que sus legislaturas -dominadas por minorías- han tenido a asociar la pena capital con la discriminación racial y la histórica represión de las minorías.⁸²

⁸² LERMAN, A. "Capital Punishment in Territorial Alaska", *Alaska Justice Forum*, vol. 13, 1998. Antes del periodo abolicionista de 1957, la pena de muerte se imponía, en la práctica, a minorías -principalmente nativos de Alaska y Afroamericanos. Cuando se abolió la pena de muerte en aquel año, la preocupación sobre la discriminación racial fue un factor motivacional. Más tarde, el referéndum de 1992 en Washington DC para la reintroducción de la pena fue rechazado por 68% de los votos, la mayoría de

Once de quince Estados actualmente abolicionistas revocaron la pena en 1965 o antes, y sus aboliciones precedieron al incremento de crímenes violentos y desórdenes urbanos que llevaron a la política de América a tomar otra dirección.

VI. ORIGEN DE LA OCTAVA ENMIENDA

La aparición de la cláusula tiene consecuencia de los intentos independentistas de las colonias británicas. Su primera se remonta a 1776, como propuesta de George Mason⁸³, en el Proyecto de Declaración de Derechos de Virginia⁸⁴ (12 de junio) cuya Sección 9^o es una copia literal del *Bill of Rights* inglés (1689): "That excessive bail ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruel and unusual punishments inflicted"⁸⁵.

A partir de ahí, el texto pasó a la Declaración de Derechos de ocho Estados: Pennsylvania Declaration of Rights (1776), Delaware Declaration of Rights (1776), Maryland Declarations of Rights (1776), North Carolina Declaration of Rights (1776), Georgia Declaration (1777), South Carolina Constitution (1778), Massachusetts Declaration of Rights (1780), New Hampshire Bill of Rights (1783)⁸⁶.

A partir de ahí pasó a integrarse en la Northwest Ordinance de 1787⁸⁷ hasta su inclusión definitiva como Enmienda Constitucional.

los cuales procedía de afroamericanos. Además, antes de la sentencia de *Furman*, 80 de los 118 prisioneros que se ejecutaron eran de raza negra.

⁸³ RUTLAND, A. *The Birth of Rights*, Nueva York, Literary Licensing LLC, 1962, cap 3, pp 1776 - 1791.

⁸⁴ SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a documentary history*. Nueva York, McGraw-Hill Education, 1971, vol I, pp 231 - 446.

⁸⁵ RUTLAND, A. "The birth of the Bill of Rights", *The Criminal Law Reporter*, 28 de Junio, 1972. pp 426 - 431

⁸⁶ SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a documentary history*. Nueva York, McGraw-Hill Education, 1971, vol. I. pp 272 - 377.

⁸⁷ Conocida como "an Ordinance for the Government of the territory of the United States" o "North-West of the river Ohio". Fue el primer acto por el que se creó el primer territorio organizado de los Estados Unidos. Es el precedente directo a la soberanía del Gobierno Federal.

1. La Octava Enmienda y el "Bill of Rights" inglés

La inserción de la cláusula en el derecho inglés viene demostrada como una forma de reacción frente al arbitrio y los abusos, en el ámbito penal, de los Estuardo⁸⁸. Por tanto, el texto nace en la décima cláusula del *Bill of Rights* (1689) casi un siglo antes que en la Declaración de Virginia (1776).

La *Bill of Rights* puede entenderse como la supremacía del Parlamento frente al derecho dividido de la corona. Con la debilidad del último de los Estuardo, Jacobo II, se puso en duda la prerrogativa real de suspender las leyes, que suponía la posibilidad de derogar determinadas leyes en conjunto, transformando, por tanto, en una situación legal, lo que debería ser ilegal.

Con el cambio de dinastía, las normas de *Common Law* dejaron de ser aplicables y pasó a entenderse el poder real como poder divino ("a Deo rex rege lex"⁸⁹). En el año 1689, en la ausencia de Jacobo II', se nombró una Comisión que habría de redactar un Proyecto que previera "lo necesario para un aseguramiento de la religión, leyes y libertades". Así, el 2 de Febrero, se presentó tal Proyecto ante la Cámara de los Comunes. La cláusula 19º del mismo decía: "

The requiring excessive bail of persons committed in criminal cases and imposing excessive fines, and illegal punishments to be prevented. [Debe impedirse la solicitud de fianzas excesivas a los acusados en casusas penales, y la imposición de multas excesivas, y castigos ilegales⁹⁰]

Con ciertas enmiendas, el Proyecto se aprobó por ambas Cámaras, pasando de Proyecto a Ley el 16 de Diciembre de 1689. Con esta nueva Declaración de Derechos se reconocieron nuevos derechos y libertades, quedando el gobierno y la corona de

⁸⁸ GRANUCCI, A. "Nor cruel and unusual punishments inflicted. The original meaning", *California Law Review*, 3º Edición, 1969, pp. 839 - 848.

⁸⁹ HALLAM, H: *Constitutional History of England*, Alex Murray & sons, eds., Londres, 2º Edición. Vol. III. 1827. pp 92 y ss.

⁹⁰ GRANUCCI, A. "Nor cruel and unusual punishments inflicted. The original meaning", *California Law Review*, 3º Edición, 1969, pp. 839 - 848.

Francia, Irlanda e Inglaterra bajo las órdenes de la dinastía de Orange⁹¹. Una vez ratificada por el nuevo Monarca, se publicó el 13 de Febrero de 1689⁹².

La Declaración cambió de forma tiempo más tarde, hasta constituirse como un *Bill of Rights*, cuyas normas fueron ratificadas por el *The Crown and Parliament Act 1689*⁹³). Así, las normas contenidas en ese texto pasaron a adoptar una fuerza mayor, pues ya no solo había sido aprobado por pueblo soberano sino también por la Corona.

Aunque se conozca como "Bill of Rights", el título original fue "An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown" [Ley sobre los derechos del hombre y el ciudadano y la sucesión a la corona].

Su carácter y naturaleza legal quedan de manifiesto en la propia exposición de motivos, que a los efectos que aquí interesa podemos resaltar:

And whereas of late years partial corrupt and unqualified persons have been returned and served on juries in trials, and particularly divers jurors in trials for high treason which were not freeholders; And excessive bail hath been required of persons committed in criminal cases to elude the benefit of the laws made for the liberty of the subjects; And excessive fines have been imposed; And illegal and cruel punishments inflicted; [Por cuanto hayan sido requeridas fianzas excesivas a acusados en causas penales para así eludir el beneficio de la ley a favor de la libertad de la persona, por cuanto hayan sido impuestas multas excesivas [...] y por cuanto se hayan impuesto penas ilegales o excesivas [...] así como se hayan realizad confiscaciones o impuesto multas antes de una declaración de culpabilidad o sentencia condenatoria[...]. Todo lo que resulta contrario a la ley y a la libertad de este reino`...Por todo ello, tanto los lores como los comunes, según su poder y elección, reunidos y teniendo representación absoluta y libre, así como en consideración los mejores medios para alcanzar sus fines previstos [...] declaran:

10º Que no deberán ser exigidas fianzas excesivas, ni ser impuestas multas excesivas, si ser infligidas penas crueles y desusadas.]

⁹¹ HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, LexisNexis Butterworths, Londres, vol 7. 3º Edición, 1954, pp. 199 - 200.

⁹² GREEN, J. Historia del pueblo inglés. Ediciones de la Torre, Madrid, vol. 4, 1956, pp 57 - 59.

⁹³ Confirmó la sucesión a la Corona del Rey William III y la reina Mary II de Inglaterra y afirmó la validez de las normas creadas por el Parlamento durante el reinado de James II.

Como puede observarse, el contenido de la cláusula 10^o ha pasado íntegramente a la Declaración de Virginia, y posteriormente, a la Octava Enmienda de la Constitución estadounidense (previamente se integró⁹⁴ en el *Massachusetts Bodies of Liberties* (1641), *New York Charter of liberties* (1683) y en *Pennsylvania Charter of privileges* (1701)).

Visto el nexo entre los textos, la preocupación por descifrar el punto hasta el cual alcanza la prohibición ha ido incrementándose. En cualquier caso, las diferencias entre el Proyecto del 2 de Febrero y el *Bill of Rights* definitivo superan lo puramente lingüístico.⁹⁵ Lo cierto es que el Proyecto se refiere a "penas ilegales" mientras que la cláusula 10^o del texto definitivo remite expresamente "penas crueles y desusadas". Sin embargo, en ausencia de pruebas documentales que expliquen el cambio gramatical, y sin perjuicio de poder atribuirlo únicamente al azar de la redacción⁹⁶, doctrinalmente se ha entrado en polémica sobre las motivaciones del legislador inglés para incluir la cláusula en el texto del *Bill of Rights*.

En primer lugar, parte de la doctrina considera la cláusula como una expresión que reacciona contra la corrupción de la época de los Estuardo⁹⁷, y que además, está relacionada con la conducta del Juez Jefreys y el "Bloody assize" (Tribunal de sangre). Durante años, las numerosas ejecuciones llevadas a cabo por esa especie de tribunal estremecieron a la opinión pública, que consideraba tales actuaciones como "indecentes" o "desusadas" pues respondían más a deseos de la corona que a la gravedad del hecho⁹⁸. En este sentido, historiadores de la época han llegado a calificar esas actuaciones como venganzas *reales*⁹⁹. A pesar de que no existan pruebas sólidas para relacionar el texto con las actuaciones del tribunal, y por lo tanto estas actuaciones no serían más que episodios concretos que se han dejado influenciar por la leyenda que

⁹⁴ SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights. A documentary history*. Yale University Press. Vol I. 1971, pp. 163 -170.

⁹⁵ GRANUCCI, A. "Nor cruel and unusual punishments inflicted. The original meaning", *California Law Review*, 3^o Edición, 1969, pp. 839 - 848

⁹⁶ GOLBERG, J. *Declaring the death penalty unconstitutional*. Harvard Law Press. Vol. 83, 1970.

⁹⁷ BISHOP, J. *On criminal law*. Oxford University Press, Nueva York 9^o Edición, 1923, pp 946 y ss.

⁹⁸ RYLEY, S. "Historia del pueblo inglés", Londres, The Belknap Press of Harvard University, vol.3, 1949.

⁹⁹ HOLDSWOTH, K. "A history of English Law", *Criminal Law Review*, Cambridge, 1956, pp215 y ss.

gira en torno al propio Tribunal, son muchos los historiadores (Ryley Scott¹⁰⁰, Brant¹⁰¹ o Edwards¹⁰²) que reconocen como innegable la relación entre el "bloody assize" y la cláusula.

La otra parte de la doctrina entiende que al planteamiento anterior adolece de un defecto de planteamiento histórico, y es que, para éstos, el texto del *Bill of Rights* no constituye un texto aislado sino una verdadera carta de libertad que se une a la Carta Magna (1215) y a la Petición de derechos (*Petition of Rights*¹⁰³ -1628). Es por ello que entienden que no puede hacerse una interpretación aislada de la cláusula 10º sin tener en consideración el contexto en el que se halla. Sus argumentos se basan en lo siguiente:

- En primer lugar, no consideran existente la relación entre el texto y el "Bloody assize" porque, toda vez aprobadas y puestas en práctica las normas del *Bill of Rights*, no supusieron que finalizaran las actuaciones del supuesto Tribunal.

- En segundo lugar, la relación entre el fiscal y los redactores del Bill of Right con el Juez Jeffreys hacen inverosímil que el texto tuviera como finalidad prohibir las actuaciones de su propio Tribunal.

- Finalmente, se basa en los propios debates de la Cámara de los Comunes, los cuales solo hicieron referencia al mencionado Tribunal en una ocasión, y no para referirse a ellos como "cruels" o "desusados"¹⁰⁴.

¹⁰⁰ SCOTT, R. "The history of the torture throughout the ages", Luxor Press, Londres, 1949, pp 134 - 147

¹⁰¹ EDWARDS, G. "Cruel, unusual and excessive punishments", *The law of Criminal Correction*, vol. IV. 1949, pp. 363 y 364.

¹⁰² BRAND, I. "The Bill of Rights", Londres, McGraw-Hill, 2º Edición, 1945, pp 144- 145.

¹⁰³ GOLDBERG, A. J. "Declaring the Death Penalty unconstitutional", Cambridge, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970.

¹⁰⁴ GRANUCCI, A. "Nor cruel and unusual punishments inflicted. The original meaning", *California Law Review*, 3º Edición, 1969, pp 822 - 856.

2. Métodos de análisis de la Octava Enmienda empleados por el Tribunal Supremo Norteamericano

La cláusula establecida en el contenido de la Octava Enmienda ha sido discutida en once ocasiones en sus ciento ochenta y un años de historia. De estas once veces, solo en cuatro, incluido el caso Furman, se han invalidado actuaciones en base a su inconstitucionalidad¹⁰⁵. Además, considerando todas las decisiones del tribunal se pueden observar dos fenómenos:

Por un lado, la flexibilidad con la que el Tribunal interpreta el texto constitucional. Concretamente, en el caso Furman se rompe con la tendencia tradicional que venía admitiendo la constitucionalidad de la pena.

Por otro lado, queda de manifiesto como el Tribunal Supremo asume métodos para analizar el contenido de la Enmienda: "nor cruel and unusual punishment inflicted".

1. De un lado, una tesis estática (también conocida como "*colonial test*"¹⁰⁶), que no tiene en cuenta el proceso evolutivo sino que únicamente tolera como prohibidas aquellas penas así lo estaban en el momento colonial¹⁰⁷. Concretamente, la época del *Bill of Rights* inglés de 1689. Por tanto, durante más de un siglo, el Tribunal Supremo no entendía como prohibidas aquellas que no lo estaban a esa fecha.

Así, solamente se entendían como prohibidas la tortura y otras barbaridades que se aplicaron en Inglaterra en aquellos años¹⁰⁸. La única mención a la intención de los autores de la Octava Enmienda aparece en los debates del 1º Congreso sobre la adopción del *Bill of Rights* americano¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Trop v. Dulles*, 365 U.S. 86 (1958); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Furman v. Georgia* U.S. 238 (1972)

¹⁰⁶ STORY, J. "Commentaries on the Constitution of the United States". Nueva York, *Da Capo Press*, vol.3, 1970.

¹⁰⁷ BISHOP, J. P. *Commentaries on the Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1923 [http://www.gale.com/ModernLaw, consultado 22 de Marzo, 2016]

¹⁰⁸ Annals Of Congress, 1º Sesión (1979)

¹⁰⁹ ANDREWS, W. "Old Time punishment", Londres, William Andrews & Co, 1890, pp. 245 - 270.

La primera vez¹¹⁰ que se puso de manifiesto esta tesis fue en *Wilkerson v. Utah*¹¹¹ ya que hasta entonces en Tribunal Supremo no había tenido que superar la tesitura de manifestarse a cerca de la constitucionalidad de la Octava Enmienda. En ese momento, solo hizo referencia a la tortura como parte de su contenido, equiparando a ella "el descuartizamiento y el quemar vivo a un reo en el delito de alta traición, y la disección pública en el caso de asesinato". A este respecto, manifestaba, aunque fuera tácitamente, la constitucionalidad del máximo castigo cuando afirmaba como constitucional la ejecución en público.

La siguiente muestra de este método tradicional de interpretación se deja ver en *In re Kemmler*¹¹², en ese momento el Tribunal entiende la que la crueldad a la que se refiere la Enmienda implica algo inhumano y bárbaro, y no solo la mera extinción de la vida. Por eso, entiende como cruel aquellos métodos que suponen tortura o una muerte lenta, y admite expresamente la constitucionalidad de otros, concretamente la electrocución, como trato más humano en la aplicación del castigo capital¹¹³.

En conclusión, con arreglo a esta teoría fija solo serán consideradas dentro del contenido de la Enmienda como crueles y desusadas aquellas que así lo fueran en la época en que se aprobó la Constitución. Trayendo esta teoría a un periodo más actual, Brennan, uno de los jueces que formo la mayoría en *Furman v. Georgia*, afirmó que la preocupación de los autores del texto constitucional era la ausencia en él de una prohibición a la tortura. Sin embargo, la postura de Brennan lo que crea en realidad es un enfoque mixto -y contradictorio- de este método histórico de interpretación. De un lado, afirma la tesis estática, mientras que de otro admite que la propia cláusula necesita de un enfoque contemporáneo en cuanto a su interpretación.

La tesis estática supuso que hasta 1958¹¹⁴ el Tribunal Supremo se mostrara firme en la interpretación de la Octava Enmienda, lo que dio lugar a un procedimiento de

¹¹⁰ ELLIOT, J. "Debates in the several State Conventions", Washington, Jonathan Elliot ed., vol 3, 1876, pp. 556 - 659.

¹¹¹ *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878). Delito de asesinato

¹¹² *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890)

¹¹³ SCOTT, R.G. "The history of capital Punishment, including an examination of the case for and against the Death Penalty", Londres, Torchstream Books, 1950.

¹¹⁴ BROWDY, J. & SALTZMAN, R. "The effectiveness of the Eighth Amendment", Nueva York, The Mcmillan C.O., 1971, pp. 432 - 459.

análisis de la constitucionalidad de la pena que no se preocupaba por analizar la crueldad o el desuso en sí mismas, sino en el método que en la práctica se utilizaba a la hora de aplicar el castigo capital. Esto es, una vez se determinó que formas de ejecución eran consideradas como crueles y desusadas en la época del *Bill of Rights*¹¹⁵, todas aquellas que no llegaran a significar tortura, como por ejemplo el ahorcamiento, la silla eléctrica o el gas letal, serían constitucionales a ojos de la Octava Enmienda¹¹⁶.

La aplicación de este método supone además dos problemas: por un lado, la falta de flexibilidad en la interpretación de la Enmienda supone reducir importancia a su contenido ya que imposibilita una evolución temporal. Por otro lado, esta tesis estática atañe al papel del Tribunal a la hora de adoptar decisiones, limitando estas a una labor comparativa entre las formas de ejecución actuales y las pretendidas por los autores de la Constitución. En el fondo, esto no viene a suponer más que dejar incumplida la verdadera finalidad de la Enmienda: poner límites a los abusos de poder que puede llegar a tener el legislativo en la fijación de penas¹¹⁷.

2. Por otro lado, un método dinámico y evolutivo en la interpretación de la cláusula que, frente a la tesis estática, aboga por que el texto constitucional se interprete con referencia al periodo en que va a ser aplicado, ya que cabe la posibilidad de que aquellas penas que en época de los autores no constituía una crueldad en el sentido de la cláusula, si puede constituirlo posteriormente.

Esta tesis no se adoptará hasta 1910 en *Weems v. United States*¹¹⁸, si bien no logrará imponerse definitivamente hasta *Robinson v. California* (1962) y *Furman v. Georgia* (1972). La consecuencia más significativa de la aplicación de este método es la adopción, por parte del Tribunal Supremo, de un tercer sistema de análisis: la proporcionalidad de la pena, que para su aplicación requiere observar varios factores: arbitrariedad en la imposición, finalidad de la misma, aceptación social, degradación de dignidad humana... Todo ello supone que se exija un mínimo de racionalidad de la pena

¹¹⁵ SCHWARTZ, B. "A commentary on the Constitution of the United States", part III. University of Chicago Law Review, vol. 31, artículo 10, 1968. [<http://chicagounbound.uchicago.edu/ucirev/vol31/iss3/10>, consultado 30 de Marzo, 2016]

¹¹⁶ ANDERSON, R. "Criminal Law and procedure", *Criminal Law Review*, Nueva York, Vol. V, 1957.

¹¹⁷ ELLIOT, J. *Debates in the several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution*. Washington, Jonathan Elliot ed., vol 3, 1876.

¹¹⁸ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 366 (1910)

como requisito para su constitucionalidad, teniendo en cuenta la finalidad de la misma y, en el caso concreto de la pena de muerte, el interés de la persona en su propia vida¹¹⁹.

Debido al lenguaje incierto y confuso de la cláusula, el Tribunal deberá poner un esfuerzo en establecer el alcance del texto constitucional¹²⁰. Para ello, el Tribunal de los Estados Unidos se ha servido de una historia legal, limitándose a entender el texto como un evento pasado. Esto supone tener que precisar el origen de dicha cláusula así como su alcance o extensión dentro del *Common Law* inglés: primero como norma de las colonias americanas, mas tarde como ley interna de los diferentes Estados, y hoy, como norma de rango constitucional. En cualquier caso, el hecho de soportar esta tarea es una cuestión con la que ya contaba el Tribunal, y que así expresó en una ocasión el Juez Warren: "por los valores e ideales que recoge la Enmienda, es tarea inevitable enfrentarse a ella, pues tales valores son básicos dentro del sistema de gobierno de nuestro país..."¹²¹.

Con arreglo a lo anterior, la historia ha sido un vehículo importante en las decisiones del Supremo, pues a través de ella se hace uso de los demás medios de interpretación: en primer lugar, la propia Constitución, como texto en sí proveniente del siglo XVIII; seguidamente, la doctrina constitucional como manifestación de las prácticas sentadas con anterioridad; la jurisprudencia, como línea histórica de esas decisiones, y por último, la costumbre social por integrar las circunstancias materiales de la historia¹²².

Por otro lado, el Tribunal Supremo también hace uso de la historia en un sentido no legal, entendiéndola como un proceso ininterrumpido y dinámico sobre el desarrollo de la vida americana desde 1789. En base a ello, atiende a la Constitución en términos evolutivos y no como mera transmisora de un significado propio e interno¹²³. Esta función del Tribunal es llevada a cabo por la autoridad pública que despliega en la

¹¹⁹ CAMPBELL, J. "Revival of the eight amendment: development of cruel punishment doctrine by the Supreme Court", Nueva York, Routledge, vol II, 1964, pp. 996 - 998.

¹²⁰ *Wilkerson v. Utah*, 99, U.S. 130, pp 135 - 136 (1878)

¹²¹ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 103 (1957). "The balancer of absolutes", *The Criminal Law Reporter*, vol. 11. 28 de junio, 1972.

¹²² MILLER, A. C. *The Supreme Court and the uses of history*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1989, pp.17 y ss.

¹²³ FORTE, D. "The Supreme Court in Americans politics". D.C. Heath and Co. Massachusetts, 1972.

sociedad americana, autoridad que se mantiene debido a el apoyo y aceptación de sus decisiones. En conclusión, el Tribunal Supremo es la manifestación del símbolo constitucional¹²⁴.

Por consiguiente, desde la primera perspectiva, el Tribunal Supremo entiende la Constitución como un documento escrito y determinado, y como tal, invariable¹²⁵. Sin embargo, este enfoque llevaría a una concepción errónea de la historia, pues conduce a una sociedad estática que no se corresponde con la real. La segunda perspectiva, por contra, resalta el valor del texto constitucional pero poniendo de relieve su vejez, factor determinante a la hora de buscar la intención de los autores. Este segundo enfoque conduce a una sociedad más dinámica, que no entiende la Constitución como un mero texto sino como un conjunto de relaciones socio - políticas¹²⁶.

En base a lo anterior, se pueden diferenciar dos finalidades diferentes el uso de la historia por parte del Supremo: por una lado, una finalidad estática, considerando la Constitución como un texto aislado e invariable, un evento del pasado. Por otro lado, una finalidad dinámica que entiende la historia como detonante del desarrollo constitucional. No fue hasta la llegada del Juez Warren a la Corte cuando se marcó un cambio en la tendencia del Tribunal hacia esta segunda perspectiva, a pesar de las numerosas críticas que ello supuso, Warren marcó un hito en esta materia¹²⁷.

¹²⁴ SWISHER, B. *The Supreme Court in modern role*, New York University Press, edición revisada, 1965, pp 10 y ss

¹²⁵ *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 226. Justice BLACK, 1971.

¹²⁶ MILLER, A. C. *The Supreme Court and the uses of history*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1969, pp.150 y ss.

¹²⁷ KELLY, H, A. *Clio and Court: an illicit loce affaire*. Supreme Court Review, 1965, pp. 119 - 158.

VII. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

1. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, 17 Mayo de 2010, *Graham V. Florida*

RESUMEN: la sentencia establece la prohibición de imponer la cadena perpetua a menores de dieciocho años que no hubieran cometido homicidio por considerarlo incompatible con el contenido de la Octava Enmienda. Para ello se apoya en una regla categórica, antes solo aplicada en supuestos de pena capital. A pesar de que los autores de la misma llegan a la misma conclusión -la falta de proporcionalidad del castigo impuesto- se critica la aplicación de esa norma categórica, entendiéndose más conveniente analizar caso por caso según circunstancias.

A. Posibles vías de análisis de la proporcionalidad de la pena

El contenido de la Octava Enmienda no hace referencia únicamente a penas bárbaras, sino también a aquellas que resultan desproporcionadas en relación al ilícito cometido; por ello, la pena habrá de ser graduada en función de ese ilícito¹²⁸. Para llevar a cabo este análisis de proporcionalidad podemos diferenciar dos medios:

1. Análisis circunstanciado: consiste en analizar las concretas circunstancias de cada caso con el objetivo de determinar si el castigo resulta excesivo en el sentido constitucional. A la hora de aplicar este método, el Tribunal Supremo ha tendido a aplicar un criterio denominado "narrow proportionality"¹²⁹ (proporcionalidad restringida). Este criterio entiende que la cláusula constitucional no exige una proporcionalidad en sentido estricto entre el ilícito y la pena, sino que solo prohíbe una desproporcionalidad extrema.

En consecuencia, lo que se comienza a comparar es la gravedad del delito con la severidad de la sentencia. En caso de que esa comparación lleve a una desproporcionalidad, el Tribunal debe de compararlo con otras sentencias respecto del mismo acusado dentro de la misma jurisdicción, y posteriormente, con otras sentencias que hubieran sido dictadas para ese mismo delito en otras jurisdicciones. Si después de llevar a cabo estas comparaciones el Tribunal sigue estimando una desproporcionalidad,

¹²⁸ *Graham v. Florida* (2010) cita a como precedente *Weems v. United States* (1910)

¹²⁹ El primer referente se encuentra en *Harmelin v. Michigan* (1991), aunque con anterioridad a ésta, existieron precedentes que iban más allá, como por ejemplo *Solem v. Helm* (1983).

se puede afirmar que la pena impuesta es cruel e inusual en el sentido de la Octava Enmienda.

2. Juicio categórico: consiste en determinar reglas categóricas que definan el sentido de la Octava Enmienda centrándose en la relación sujeto activo - ilícito cometido. A la hora de crear este tipo de reglas, el Tribunal tiene en consideración indicios sociales de carácter objetivo, a fin de determinar si existe un consenso nacional a favor o en contra de la pena en cuestión¹³⁰. A continuación, en base a esos indicios y a la propia interpretación del Tribunal, que ha de tener en cuenta los antecedentes, finalidad, origen y sentido de la Octava Enmienda, deberá determinar si el castigo concreto vulnera o no la norma constitucional¹³¹. Lo relevante de este caso y lo que lo diferencia de otros previos, es que el Tribunal aplica una regla categórica que estaba reservada para los casos de pena capital.

B. Descripción del voto de la mayoría

En *Graham v. Florida*¹³², el encargado de redactar el voto de la mayoría fue el Juez Kennedy. Éste era partidario de una interpretación dinámica de la Octava Enmienda, y, por tanto, recoge el principio de proporcionalidad de penas. Para llevar a cabo tal análisis de proporcionalidad optó por un juicio categórico que se apartaba de la tendencia hasta el momento, la cual optaba por analizar caso por caso. Kennedy optó además por aplicar una regla categórica que solo había sido aplicada en casos de penas de muerte.

Para determinar la proporcionalidad, Kennedy sigue el siguiente procedimiento: en primer lugar analiza si existe o no un consenso social contrario a la pena de que se trate; en segundo lugar analiza el grado de culpabilidad del acusado, y, finalmente, compara el tipo de ilícito cometido y su gravedad.

El primer paso no supone nada más que encontrar un criterio objetivo (recogidos en las legislaciones estatales) en la sociedad que permita crear cierta aceptación o negación de la pena en cuestión. En Estados Unidos, 37 de los 50 Estados regulan la

¹³⁰ *Roper v. Simmons* (2005)

¹³¹ *Kenney v. Louisiana* (2008)

¹³² GARVEY, J.H. & ALEINIKOFF, A. *Modern constitutional theory*. Chicago, Saint Paul/West Group, 4º Edición. 1999, pp. 810 y ss.

cadena perpetua sin posibilidad de libertad en menores de 18 años. Sin embargo, y a pesar de que pueda parecer que exista una aceptación social, Kennedy entiende que la aplicación de esas penas está en desuso y no se impone nada más que en supuestos excepcionales, y por lo tanto, concluye con un consenso nacional hacia el rechazo¹³³.

En relación al segundo paso, se remite a los criterios utilizados en *Roper v. Simmons* para analizar el grado de culpabilidad de los menores de edad. Así, el juez entiende que la falta de madurez y responsabilidad en un menor de edad hace que sean más vulnerables e influenciados por circunstancias externas negativas¹³⁴. Este punto de vista hace difícil justificar aplicar una pena tan severa y con consecuencias tan profundas en un menor de edad.

Finalmente, para la determinación de la proporcionalidad, el juez ha de comparar la entidad del ilícito y la gravedad de la pena. El Tribunal califica al delito en cuestión como "delito menor", y por tanto, habrá de llevar una pena inferior a otros delitos más graves. En este caso, la pena impuesta (cadena perpetua) solo puede compararse con la pena de muerte atendiendo a la forma en que afecta a la vida y al derecho a la libertad del sujeto. Dada la extrema gravedad de la pena impuesta, el tribunal entiende la necesidad de crear una regla categórica igual que la creada para los casos de pena capital¹³⁵.

Finalizado el análisis concluye que la pena impuesta por el Tribunal resulta desproporcionada y consecuentemente, contraria a la Octava Enmienda. Pero además, Kennedy hace referencia a un concepto no mencionado hasta entonces como parte del contenido de esta Enmienda en cuestión, y es la "resocialización", así, considera que el hecho de negar a un menor de edad su reincorporación con total normalidad a su ámbito social y familiar tras la comisión de un delito supone una infracción a la Octava Enmienda¹³⁶.

¹³³ GIFIS, S. H. "Barron's Law Dictionary", Nueva York: Barron's educational series, 1996, pp. 561.

¹³⁴ HAMILTON, A; JAY, J, & MADISON, J. "The Federalist", Indianópolis, Oxford University Press, 2001, pp. 565 y ss.

¹³⁵ CURRIE, D. P. *The Constitution in the Supreme Court*. University of Chicago Press, 1985, pp. 504.

¹³⁶ BOBITT, P. Constitutional interpretation. *The Oxford Companion to Supreme Court of the United States*. Nueva York: Oxford University Press, 2º Edición. 2005, pp. 1239.

A pesar de las diferentes posturas constitucionales que pudieran existir en cuanto a la interpretación de la Enmienda, la invocación del principio de proporcionalidad de penas supone acertado tanto para originalistas como para aquellos que defienden una postura más funcional. La diferencia entre ambos radica en que, para los primeros, este principio solo resulta aplicable en los casos de pena capital, mientras que para los segundos sería extensible a otras penas privativas de libertad.

C. Argumento del voto disidente

El voto disidente en *Graham v. Florida* fue redactado por el Juez Thomas quien no consideraba que la Octava Enmienda permitiera juicios de proporcionalidad, y que, en caso de permitirlos, la aplicación de un juicio categórico no sería el método correcto, primero porque solo se aplica a casos de penas de muerte, y segundo, porque supondría una alteración del equilibrio de poderes¹³⁷.

Si bien es cierto que dentro del contenido original de la Enmienda no estaba la posibilidad de llevar a cabo juicios de proporcionalidad sino tan solo prohibir aquellas penas que fueran extrañas a la *Common Law*¹³⁸, también lo es que la jurisprudencia ha venido incluyendo ese análisis como elemento propio del contenido de la Enmienda. Esto es, el hecho de que una pena resultara desproporcional supone que la misma será "cruel" en el sentido establecido en la cláusula. La inclusión de este elemento de la proporcionalidad resulta importante por dos razones: la primera, de naturaleza sustantiva, y es que la proporción ilícito - pena es un principio de justicia natural, por tanto, es posible discutir en relación a los criterios utilizados para medir el grado de proporcionalidad, pero no es posible discutir su existencia como parte del contenido de la cláusula. La segunda razón es de carácter institucional y viene dada por la necesidad de crear, en la jurisprudencia del tribunal, espacios de certeza que respeten lo establecido anteriormente. En este sentido, no resultaría adecuado cambiar bruscamente la jurisprudencia asentada de la Corte no aceptando el principio de proporcionalidad.

¹³⁷ BARNETT, R. E. *Restoring the lost Constitution*. Princeton University Press, 2005

¹³⁸ BORK, R. H. "A time to speak. Selected writings and arguments". Delaware: Wilmington, Intercollegiate Studies Institute, 2008, pp. 738.

Finalmente, no hay ninguna objeción a la mención de utilizar un juicio categórico como medio para establecer el grado de proporción ya que, puede ser cierto, que cree una decisión tan general que limita las posibilidades del Tribunal de establecer particularidades al caso concreto. En este sentido, Thomas considera que el uso de ese medio requiere de una nueva valoración de todo el caso, para así no generalizarlo, que corresponde al legislativo y no al Juez federal, pues, de hacerlo este, se estaría alterando el equilibrio existente entre el Gobierno Federal y los Estados.

Además, hilando las dos razones expuestas, Thomas explica cómo el uso del juicio categórico para este tipo de penas, es en realidad contrario a los precedentes jurisprudenciales, concretamente en *Solen v. Helm o Harmelin v. Michigan*. En efecto, la generalidad que crea un juicio categórico es lógico en casos tan excepcionales como penas de muerte, pero fuera de ellos, la regla general utilizada es una valoración concreta de cada caso que, solo excepcionalmente, lleva a considerar la pena como contraria al contenido de la Enmienda.

CONCLUSIÓN: la conclusión del Tribunal respecto de que la pena impuesta al sujeto es desproporcionada resulta correcta, sin embargo, no lo es tanto el mecanismo del juicio categórico como medio medir tal grado de proporción, sino un análisis circunstanciado del legislativo que permitiera mantener un equilibrio entre poderes estatales¹³⁹.

2. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos , 25 Junio 2008, Kennedy V. Luisiana

RESUMEN: la Corte analiza la compatibilidad de la Constitución de los Estados Unidos con la imposición del máximo castigo en un caso de delito de violación de niños. El recurrente ante el Supremo es Patrick Kennedy, condenado en Luisiana por la violación de su hijastra de ocho años, quien necesitó intervención quirúrgica para la cura de las lesiones causadas.

La interpretación que aún hoy se mantiene sobre la constitucionalidad de la pena capital procede de la sentencia *Gregg v. Georgia*, de 1976, en la que se sostuvo la

¹³⁹ AMAR, A: *America's Constitution. A biography*. Londres, Random House, 2010, pp 665.

cabida de la pena de muerte (por mayoría de doce a cinco) como consecuencia del delito de asesinato. Esta decisión sirvió, entre otras cosas, para poner luz a las dudas que había creado en *Furman v. Georgia* en 1972, cuando, si bien no se sostuvo la inconstitucionalidad de la pena, si que se dudó de los requisitos para su aplicación práctica en base a la legislación vigente, que fue considerada arbitraria y discriminatoria por motivos raciales. Desde *Furman*, la aplicación de la pena de muerte había quedado en cierto suspenso ya que los Estados debían de adaptar su legislación a las nuevas exigencias impuestas por el Tribunal. Tras este proceso, el Tribunal, en *Gregg v. Georgia* confirmó la absoluta constitucionalidad, no volviéndose a manifestar sobre esta cuestión más que para debatir su aplicación a determinados delitos o sujetos a efectos de considerarla o no desproporcionada. A estos efectos, se consideró por ejemplo inconstitucional, por desproporcionada (y por tanto contraria al contenido de la Octava Enmienda), la imposición de la pena a delitos de violación de mujer adulta (*Coker v. Georgia*¹⁴⁰) o al partícipe de un delito de robo que supusiera un asesinato -aunque éste sujeto no lo realizara directamente- (*Emmund v. Florida*¹⁴¹). Además, a partir de 1985 se prohibió que determinados sujetos, por sus circunstancias personales, pudieran ser reos de este tipo de penas, por ejemplo aquellas que en el momento de ejecución sufrieran un grave trastorno mental (*Ford v. Wainwright*¹⁴²), un retraso mental (*Atkins v. Virginia*¹⁴³) o fueran menores de edad (*Roper v. Simmons*¹⁴⁴). Además, a todos los sucesivos pronunciamientos se han ido sumando una serie de garantías, tanto procesales como sustantivas, que han de tenerse en cuenta a la hora de imponer el castigo.

En conclusión, la etapa entre 1976 y 2007 que consideró como constitucional la aplicación de la pena de muerte no ha sido rotunda, sino que a lo largo del tiempo se han ido haciendo restricciones a su utilización. En este contexto, el Tribunal analiza en el año 2008 la legitimidad de las penas impuestas por delitos de violación de niños (*kennedy v. Luisiana*).

¹⁴⁰ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977)

¹⁴¹ *Emmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982)

¹⁴² *Ford v. Wainwright*, 481 U.S. 137 (1987)

¹⁴³ *Atkins v. Virginia*, 477 U.S. 399 (1985)

¹⁴⁴ *Roper v. Simmons*, 542 U.S. 551 (2005)

En este caso, y a diferencia de lo que pudo ocurrir en otros¹⁴⁵ en los que las discrepancias no dejaban de surgir incluso entre los que votaban en el mismo sentido, el Tribunal se dividió en dos bloques bien diferenciados (cinco contra cuatro).

En el recurso de Kennedy ante la Corte se cuestionó la constitucionalidad de la pena impuesta según el contenido de la Octava Enmienda. La prohibición contenida en esta cláusula impide la imposición de penas excesivas o inusuales a partir de un principio de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y sus consecuencias. El propio Tribunal había establecido que la Enmienda en cuestión adquiriría su significado "en función de los criterios lógicos que sigue una sociedad que progresa", y que solo se justifica el castigo cuando busque una de estos tres fines: rehabilitación, intimidación o retribución¹⁴⁶. Con estas premisas, jurisprudencia de la Corte había establecido que la pena capital quedaba reservada bien para los delitos más graves bien para sujetos que, en su comisión, hubieran tenido el mayor grado de culpabilidad.

En el caso que nos ocupa, la razón de porqué la Corte Suprema hubo de conocer del asunto radica en que los tribunales inferiores se fundaron en jurisprudencia precedente para afirmar la aplicación de la pena de muerte, ya que, si en casos como *Coker v. Georgia* se había determinado la desproporcionalidad de la pena por una violación de una mujer adulta, tal desproporcionalidad no será aplicable al caso, pues en este supuesto se trata de una menor, lo que aumenta la gravedad del delito lo suficiente como para justificar la proporcionalidad y, consecuentemente, la pena de muerte. Así, a pesar de lo infrecuente (*inusual*) de la imposición de la pena capital en delitos sexuales, cinco Estados la habían introducido en años recientes, demostrando ese paso de madurez social exigido por el texto.

Si bien puede parecer que lo expuesto llevó a los jueces de la Corte a determinar la proporcionalidad de la pena, nada más lejos de la realidad. La mayoría del Tribunal (Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer) junto con Anthony Kennedy (que actuó como ponente) consideraron el castigo impuesto como contrario a la cláusula contenida en la Octava Enmienda. La razón fundamental para tal declaración se basó en que "solo será legítima la imposición de la pena de muerte para aquellos delincuentes que incurran en

¹⁴⁵ Constitucionalidad de la inyección letal. *Baze v. Rees*. 433 U.S. 584, 2008.

¹⁴⁶ 554 U.S. *Kennedy v. Louisiana*. 2008. Opinión del Tribunal p.8 -9

alguno de los delitos catalogados como más graves, y cuyo grado de culpabilidad les convierta en merecedores del castigo"¹⁴⁷. A juicio de la mayoría, la aplicación de este razonamiento requiere dos factores: por un lado, un consenso social que estuviera en contra del castigo en cuestión, y por otro, y más importante, la jurisprudencia precedente que resultaba vinculante en la interpretación de la Octava Enmienda por parte del Tribunal, su historia, fines, texto y significado.

Estos dos factores suponen determinar el castigo como inconstitucionalidad, de hecho, la última ejecución por un delito de violación de un menor fue en Misuri en 1964. Tras el caso Furman (1972) y el periodo de revisión y adaptación de la legislación, solo seis Estados habían reintroducido de nuevo en sus estatutos el castigo para casos de violación (Georgia, Carolina del Norte, Luisiana, Florida, Misisipí y Tennessee). En cualquier caso, tales normas habían quedado sin efecto tras el caso Coker, que declaró la inconstitucionalidad del castigo en casos de violación de mujeres adultas.

Para el caso de las violaciones de niños, Luisiana volvió a introducir la pena de muerte en 1995, y posteriormente se fueron sumando otros Estados (Georgia, Montana, Oklahoma, Carolina del Sur y Texas). Sin embargo, ninguno de los Estados restantes o la jurisdicción federal recogen la pena capital para este delito lo que, sumado a la inexistencia de ejecuciones desde 1964 permitía constatar la existencia de un consenso social que rechazaba la imposición de la pena de muerte en estos casos.

El análisis de la jurisprudencia precedente así como la propia interpretación del texto llevó a la mayoría de la Sala a determinar el castigo como desproporcionado. Entendían que la proporción -en relación a los delitos contra personas- solo existe en asesinatos de primer grado. Esto no supone que el Tribunal quite importancia a los delitos sexuales, sino que no los considera comparables con un asesinato "por su irrevocabilidad". Los requisitos para determinar una pena como proporcional derivan de los ya citados "criterios lógicos que sigue una sociedad que progresa", criterios que según la Sala obligan a moderar los supuestos de aplicación de la pena capital¹⁴⁸.

¹⁴⁷ *Kennedy v. Luisiana*, U.S. 554, 2008. Opinión del Tribunal. p. 7 - 10.

¹⁴⁸ *Kennedy v. Luisiana*, U.S. 554, 2008. Opinión del Tribunal. p. 15 y 23.

Además, teniendo en cuenta la frecuencia de este tipo de delitos, (casi el doble que los de asesinato) aplicar la pena de muerte sería contraria a esos estándares de decencia antes mencionados y a la necesidad de restringir los casos en que se aplica.

Por otro lado, en cuanto a los medios de prueba, ha de tenerse en cuenta que, de tratarse de pruebas testificales de menores, al ser éstos especialmente vulnerables, pueden ser más fácilmente manipulados, lo que llevaría a errores o fabulaciones en esos medios de prueba¹⁴⁹. Además está presente el grado de intimidación que puede sufrir la víctima por miedo a las posibles represalias que pueda sufrir por parte de su agresor, que generalmente es alguien de su propio entorno familiar¹⁵⁰.

Finalmente, a todo lo anterior la Sala justificó que de imponer la pena de muerte al delito de violación supondría que el agresor disminuyera sus intenciones de mantener con vida a la víctima.

Por todo lo anterior, y especialmente por la necesidad de proporcionalidad de las penas, el Tribunal considera que no es de imposición la pena de muerte para delitos de violación de niños, por no ser compatible con el contenido de la Octava Enmienda. Con esta conclusión puede pensarse que el Tribunal incitaría a este tipo de delitos y no a su disminución, a lo que el mismo contestó en atención a la necesidad de interpretar la Enmienda según los criterios "de una sociedad que progresa"¹⁵¹, y que precisamente era ese progreso el que llevaba a restringir los supuestos de aplicación del máximo castigo: "en ocasiones no es más útil a la justicia el hecho de acabar con la vida del autor que mantener viva la posibilidad de que sean capaces, tanto él mismo como el sistema"¹⁵², de encontrar los medios necesarios para hacer entender la gravedad de la ofensa".

¹⁴⁹ BAILEY, J. C. Death is different, even on the bayou : The disproportionality of crime and punishment in Louisiana. *Washington and Lee Law Review*, vol. 55, 1998, pp. 1335 - 1372.

¹⁵⁰ BLECKER, R. "The death penalty: where are we now?", *New York Law School Journal of Human Rights*. vol. 19, 2003, pp. 295 - 304.

¹⁵¹ CASTIÑEIRA, M. "Three strikes. El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Derecho y Criminología*, 2004, pp. 59 - 85.

¹⁵² DENNO, D. "Getting to death: are executions constitutional", *Iowa Law Review*, vol.82, 1997, pp. 319 - 449.

Lo anteriormente expuesto fue objeto de réplica por parte del otro ala de la Sala (el presidente John Roberts y los jueces Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito). Desde su perspectiva, no es posible negar la pena de muerte como castigo por delitos sexuales -independientemente de la edad, el número de violaciones, los traumas ocasionados o los antecedentes del agresor-. Para justificar esta discrepancia se basaron en la incorrecta interpretación de dos factores¹⁵³: el consenso social contrario a la pena de muerte y el principio de que la aplicación de estas penas es contrario a los "criterios lógicos de una sociedad que progresa".

De un lado, del presente consenso nacional contrario a la imposición de la pena, ya que, a su juicio es una errónea interpretación del caso Coker lo que ha llevado a que hayan sido pocos Estados los que se hayan decidido por introducir la pena de muerte para delitos de violaciones de niños. Consideran que la pasividad del legislador para la creación de nuevas leyes que permitan la pena de muerte-por esta en vano- no puede interpretarse como una expresión de los valores que priman en la sociedad.

Además, eran cinco los Estados los que si habían introducido el castigo, y otros cinco los que estaban en vías de hacerlo cuando se admitió a trámite el recurso de Patrick Kennedy, lo que, a su parecer, ha de entenderse como el comienzo de un consenso nacional favorable a la pena de muerte motivado por el creciente número de delitos sexuales contra niños. Según el Tribunal, todo esto podía ser indicativo de un cambio que no podría llegar a ser visto porque la única preocupación de la mayoría de la Sala había sido su propia valoración sobre la pena de muerte¹⁵⁴. A propósito de esto se criticó que el Tribunal basara su decisión teniendo en cuenta criterios propios que no tenían en cuenta la literalidad de la cláusula y que, además, abarcaban la competencia del legislativo. También criticaron la objetividad (como por ejemplo el número de delitos precedentes o las lesiones causadas a la víctima) con la que la mayoría consideró la eventual arbitrariedad en la imposición de la pena al valorar a posibilidad de restringir su aplicación solo a delitos muy graves. Finalmente, se mostraron disconformes respecto de los problemas que pudieran plantear los testimonios de menores ya que

¹⁵³ DENNO, D. "The lethal injection quandary: how medicine has dismantled the death penalty". *Fordham Law Review*. vol.76, 2007, pp. 49 - 128.

¹⁵⁴ GARLAND, D. "Capital punishment and American culture", Nueva York, *Punishment and Society*, 2007, pp. 347 - 476.

según la minoría podrían haberse resuelto subiendo la exigencia de la pruebas a la hora de condenar.

Descartando esos argumentos, solo hay dos razones ¹⁵⁵por las que la Sala establece la inconstitucionalidad de la pena de muerte para delitos de violaciones de niños:

- a. Porque la literalidad del texto de la Octava Enmienda exige restringir los supuestos de aplicación.
- b. Porque solo el asesinato en primer grado puede aplicar esta pena por ser un delito "exclusivo" tanto en términos morales como en severidad.

Al mismo tiempo, los cuatro jueces que formaron la minoría aportaron datos sobre los daños futuros que los delitos sexuales pueden causar en el desarrollo de los niños (trastornos mentales, posibilidades de que sea también un agresor sexual en un futuro...).

Por todo lo anteriormente expuesto, la minoría no reconoce los argumentos del Tribunal y en tal sentido entiende que son cuestionables muchos de sus criterios: decencia, retención, moderación...

VIII. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA

1. Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Furman v. Georgia* (1972)

RESUMEN: el caso *Furman* recoge tres procedimientos distintos: *Furman v. Georgia*, *Jackson v. Georgia* y *Branch v. Texas*. El Tribunal dictaminó, en una resolución *per curiam*, que los casos anteriores respecto de la imposición de la pena de muerte violaban el contenido de la Octava y Decimocuarta Enmienda de la Constitución. La conclusión se concretó por una mayoría de cinco contra cuatro. En la sentencia se reconocieron problemas de arbitrariedad a la hora de seleccionar a los

¹⁵⁵ MEISTER, M. Murdering Innocence: the constitutionality of capital child rape statutes. *Arizona Law Review*, vol 45, 2003, pp. 197 - 224.

condenados, falta de garantías procesales e incluso de imparcialidad en el jurado, así como distinciones raciales sobre los ejecutados.

Hace 181 años desde la adopción de la Octava Enmienda ("*Cruel and Unusual Punishments Inflicted Clause*"¹⁵⁶) y nunca antes se había puesto en duda la constitucionalidad de la pena capital hasta el caso *Furman v. Georgia*. Fue entonces, el 29 de junio de 1972, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció por mayoría en una decisión que supuso un hito en la justicia de aquel país, declarando:

"La imposición y ejecución de la pena de muerte [...] constituye una pena cruel y desusada, por lo que infringe la Octava y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución"¹⁵⁷

Se plantea entonces la anticonstitucionalidad de la pena a consecuencia de tres recursos: el primero de ellos, por William Henry Furman, un negro condenado por asesinato y robo a mano armada; y los otros dos, por Lucious Jackson y Elmer Branch, ambos en el corredor de la muerte por un delito de rapto.

No era la primera vez que se producían contingencias en esta materia, sin embargo, el Tribunal Supremo había venido adoptando tres direcciones bastante claras: bien directamente denegaba los recursos, bien no entraba al fondo del asunto sirviéndose para ello de cuestiones procesales que así se lo impedían, o bien, se limitaba a debatir cual sería el método de imposición de la pena capital, con lo cual afirmaba su constitucionalidad de una manera tácita. Sin embargo, el caso *Furman* se aparta de esta manera de actuar, y el Tribunal entra en el fondo del recurso: determinar si la pena de muerte infringe o no la Octava Enmienda de la Constitución, la cual se aplica a todos los Estados de manera obligatoria (tal y como se afirmó en *Robinson v. California*¹⁵⁸).

El fallo de la sentencia se produjo por un mayoría de cinco a cuatro, sin embargo, ninguno de los nueve jueces que formaban el Tribunal Supremo se mostraba en el plano íntimamente individual a favor de la pena capital sino que lo que realmente dividió a partidarios y disidentes fue la revisión judicial de actos legislativos, y es que a

¹⁵⁶ Literalmente, la Octava Enmienda dice así: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishment inflicted" -No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni penas crueles y desusadas"

¹⁵⁷ *Furman v. Georgia*. 408 U.S. 238 (1972), *The Criminal Law Reporter*, vol. 11, 28 de junio, 1972.

¹⁵⁸ *Robinson V. California* 370 U.S. (1962). En este caso el Tribunal Supremo determinó la anticonstitucionalidad de la pena de prisión por un tiempo inferior a noventa días, por ser contraria al sentido de la Octava Enmienda, señalando que ésta se aplicará a todos los Estados.

pesar que la Octava Enmienda obliga al Tribunal a esa revisión, cuatro de los jueces consideran de manera unánime que tal labor corresponde al poder legislativo.

Pero las discrepancias van más allá, incluso entre los cinco jueces que formaron la mayoría. Entre ellos, el único punto completamente en común es que la pena de muerte es un castigo cruel e inusual en el sentido establecido en la Octava Enmienda. De un lado, solo dos de los cinco jueces, Brennan y Marshall¹⁵⁹, entienden la anticonstitucionalidad de la pena en todos los casos. Por su parte, Brennan argumenta esa anticonstitucionalidad en base a cuatro principios: primero, en la severidad del castigo y la degradación de la dignidad humana¹⁶⁰; también entiende la pena de muerte como anticonstitucional debido a la arbitrariedad con la que se impone, lo que hace que adquiera un carácter, a su juicio, discriminatorio¹⁶¹; en tercer lugar, en base a el rechazo social de la pena en la sociedad actual, lo que se pone de relieve tanto en las limitaciones del poder legislativo para imponer el castigo capital como en la concesión de la moratoria como solución habitual. Por último, Brennan entiende el castigo excesivo por no ser innecesario para los supuestos fines que pretende alcanzar, no considera que con éste castigo puedan alcanzarse de una manera más eficaz que con una pena menos severa. En conclusión, entiende que "la muerte es en la actualidad una pena desusada y desproporcionadamente severa"¹⁶².

A su lado, Marshall¹⁶³ se une a la posición de Brennan, entendiendo que la lectura de la Octava Enmienda ha de hacerse sobre la base de la evolución de los valores que rigen en una sociedad, de este modo se une al sector doctrinal que otorga un valor dinámico al texto, constatando que lo que no era cruel para una nación en un momento de su historia no tiene porqué no serlo en la actualidad¹⁶⁴. Junto a estos argumentos, añade un apunte socioeconómico, pues para Marshall el máximo castigo está lejos de cumplir los fines retributivos o indemnizatorios que pudiera tener asignados ya que las

¹⁵⁹ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. pag 270 (Brennan) y pag 329 (Marshall)

¹⁶⁰ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 271. Argumenta que el castigo mental no solo encierra el plano físico, sino también el mental. Esta es la primera vez que se argumenta la constitucionalidad planteando ambos campos de la pena de muerte, esto es, enteramente considerada.

¹⁶¹ MARSHALL, T. "The Justice", *The Criminal Law Reporter*, vol. 11, 1972, pp 3265.

¹⁶² MARSHALL, T. "The Justice", *The Criminal Law Reporter*, vol. 11, 1972, pp. 3246.

¹⁶³ MARSHALL, T. The Justice. *Furman v. Georgia*, 408 U.S., 238, 369 (1972) [conclusiones de Marshall]

¹⁶⁴ MARSHALL, T. "The Justice", *The Criminal Law Reporter*, vol. 11, 1972, pp. 3254

garantías procesales que rodean su imposición suponen un verdadero desarme de las arcas del Estado¹⁶⁵. En conclusión, por lo expuesto anteriormente y sumando la arbitrariedad de la imposición de esta pena -pues está demostrado que se impone y ejecuta más frecuentemente sobre negros y pobres que sobre blancos económicamente fuertes-, Marshall considera que este castigo puede ser sustituido por otros que, alcanzarían los mismos fines, siendo menos severos¹⁶⁶.

Contrariamente a esto, los otros tres jueces que, junto a Brennan y Marshall formaron la mayoría dieron sus argumentos de una manera que dejaba abierta la puerta a una futura e hipotética constitucionalidad de la pena muerte, basándose en que su anticonstitucionalidad es *in concreto*, es decir, atendiendo a las circunstancias concretas en que se impone según los Estatutos de cada Estado. En cualquier caso, ninguno de los tres vacilaba al declararse a favor de la anticonstitucionalidad de la pena, entendiendo que esta es así en base a los principios procesales bajo los que se impone y los problemas que consecuentemente genera su imposición. Los tres consideran a la pena capital como excesiva, arbitraria y discriminatoria, argumentando que, si al fin del proceso, el legislativo impone para castigos capitales penas menos severas que el propio castigo capital demuestra que hasta él mismo la considera excesiva. Finalmente, la rareza con la que el Tribunal suele imponer este tipo de castigos pone de relieve que también el propio pueblo la considera excesiva.

En conclusión, esa mayoría de cinco jueces considera la pena capital como discriminatoria, y una clara violación de los principios de protección de igualdad ante la ley que están implícitos en el contenido de la Octava Enmienda.

Por otro lado, desde la minoría, cuatro jueces se pronuncian a favor de la constitucionalidad del máximo castigo: Burger, Blackmun, Powell y Rehnquist. El primero de ellos, Burger, acepta el principio evolutivo de la Enmienda, entendiendo que debe leerse su significado en función del progreso de la sociedad. Algo similar señala Blackmun directamente afirma la pena capital como "contrario a todo sentido de

¹⁶⁵ Según cifras alcanzadas en California, la ejecución de un condenado a muerte asciende a 550 dólares, el mantenimiento de la celda a 3.800 dólares. En total, alcanza anualmente la cifra de 4.350 dólares, mientras que los gastos por un preso ordinario tan solo alcanzan los 2.700 dólares. MCALL, R. "Evolution of capital punishment: a reconciliation of social retribution and humane concern?", *Land and water Law Review*, 1978, pp. 865 - 907.

¹⁶⁶ MARCUS, H. M. "The Death Penalty Cases", *Criminal Law Review*, vol. 56, 1968, pp.1268 - 1311.

respeto por la vida"¹⁶⁷. Cualquier de los cuatro niega los puntos que la mayoría adoptó para declararla como anticonstitucional (excesiva, arbitraria y discriminatoria), pues entienden que por ser excesiva no es contraria al sentido de la Octava Enmienda y que, no existen datos empíricos suficientes como para determinar la práctica judicial arbitraria o discriminatoria.

Sintetizando, a pesar de que la minoría aceptaba la visión evolutiva de la interpretación del contenido de la Enmienda, negaban que la pena capital fuera contraria a la moral de la sociedad contemporánea: primero, porque es el poder legislativo quien debe hacer valer esa moralidad; y segundo, porque aún una mayoría de Estados mantienen la pena de muerte como máximo castigo. Así, el problema que generan los distintos medios de análisis empleado por cada uno de los jueces contrasta con la propia interpretación dinámica del texto.

La determinación de la pena de muerte como un castigo "cruel" bajo la Octava Enmienda se extendía a todos los Estados bajo la determinación de la Decimocuarta al prever esta una igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Tal decisión, supuso la paralización de todos los procesos que versaran sobre la pena de muerte en cualquiera de los Estados. Así, la decisión llevó a anular todas las leyes que la permitían (en ese momento eran 36 Estados más el Distrito de Columbia los que contaban con leyes capitales en su legislación) y a la revocación de las sentencias a muerte (supuso que un total de 589 personas salieran del corredor de la muerte para ingresar en una prisión ordinaria con posibilidades incluso de obtener en un futuro la libertad condicional¹⁶⁸).

A pesar de que parecía que la pena capital había quedado definitivamente abolida en el país, lo que en realidad el tribunal dictaminó como inconstitucional no fue la práctica de la pena en sí, sino toda la normativa que giraba en torno a ella. Consecuentemente se introdujo una política por la que los delitos capitales recibían un tratamiento diferente, precisamente porque la muerte era un castigo diferente. El procedimiento que acontecía para estos delitos debía de garantizar un control sobre la discrecionalidad del juez, una apelación automática así como la posibilidad de revisión de la sentencia en atención a su proporcionalidad.

¹⁶⁷ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 406-7, *The Criminal Law Reporter*. 1972, pp. 3281- 3283.

¹⁶⁸ GARLAND, D. *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an age of abolition*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

Con estas directrices, pronto aparecieron nuevas leyes bajo las cuales aplicar la pena de muerte¹⁶⁹. De esta manera, el mismo tribunal que había declarado la inconstitucionalidad de la pena consideró, cuatro años más tarde, que los Estados habían adoptado las garantías suficientes para su imposición. Por tanto, en 1976, volvió declarar su constitucionalidad¹⁷⁰ cuando se siguiera efectivamente esa normativa¹⁷¹. En conclusión, a pesar de que el caso Furman parecía el final de la pena capital en la historia de los Estados Unidos fue en verdad el inicio de un sistema que todavía hoy se impone¹⁷².

2. Situación tras el caso Furman (1976 - 2014)

Tras la reinstauración de la pena en el año 1976 con el caso *Gregg v. Georgia*, el primer ejecutado fue Gary Gilmore¹⁷³ (1977). Durante los primeros años, las ejecuciones llevadas a cabo fueron pocas, tan solo 11 personas entre 1976 y 1983¹⁷⁴. A partir de 1984 comenzaron a incrementarse considerablemente, hasta alcanzar su máximo en 1999 (98 ejecuciones). A partir del año 2000 se tiene a un descenso en las ejecuciones, aunque seguían siendo superiores a las realizadas tras la reinstauración de los 70.

La explicación a estas variaciones en el número de ejecutados se encuentra en el contexto legal, en las transformaciones políticas del momento¹⁷⁵ así como en la opinión

¹⁶⁹ SHARP, S.F. *Capital Punishment*, 2003. [<https://marisluste.files.wordpress.com/2010/11/capital-punishment.pdf>, consultado 3 de Mayo, 2016]

¹⁷⁰ CULVER, J. H. "Capital punishment politics and policies in the States, 1977-1997", *Crime, Law and Social Change*, 32, 1999, pp. 287 - 300.

¹⁷¹ BOYS, S. "The death penalty: An unusual punishment America is inflicting upon itself", *Critical Criminology*, vol. 19, 2010, pp 107-118.

¹⁷² GARLAND, D. *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an age of abolition*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2010, pp 230.

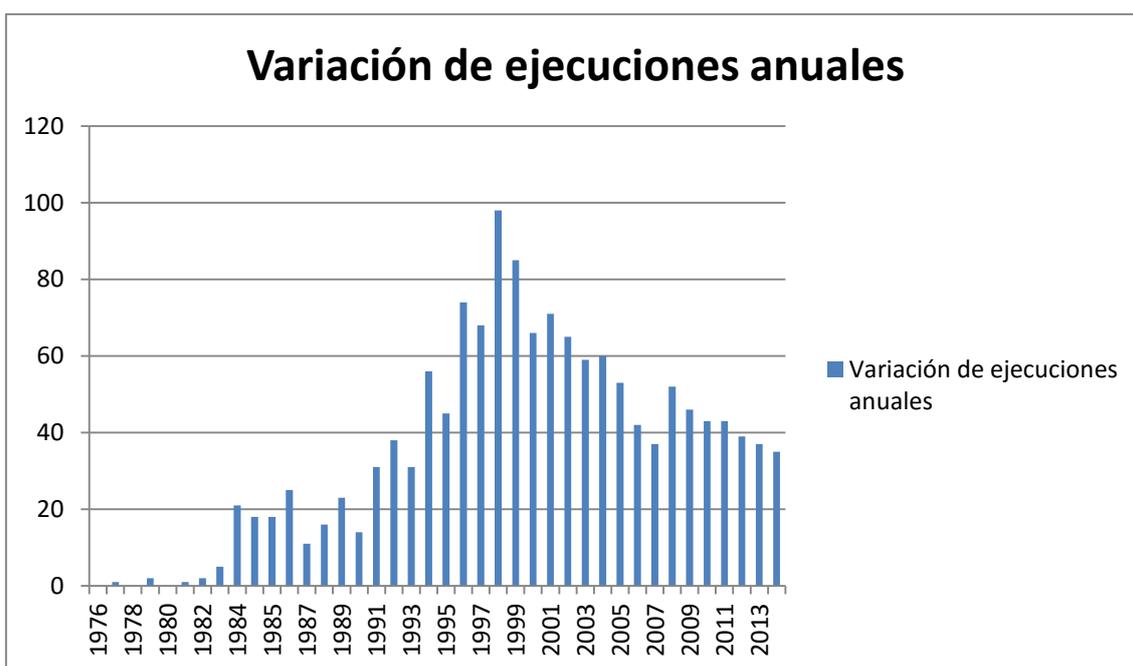
¹⁷³ MAILER, N. "The executioner's song", Chicago, Vintage Books USA, 1979.

¹⁷⁴ Death Penalty Information Center, 2015. [<http://www.deathpenaltyinfo.org/execution-list-2015>, consultado 3 de Mayo, 2016]

¹⁷⁵ GARLAND, D. *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an age of abolition*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2010, pp 200.

pública, respecto de la cual puede apreciarse una correlación entre el número de ejecuciones y las manifestaciones sobre la pena capital¹⁷⁶.

Por otro lado, las cifras permiten apreciar no solo una variación en el número de ejecutados, sino también en los Estados donde fueron llevadas a cabo tales ejecuciones. Así, del total de ejecutados entre 1977 y 2014 (1394), 1134 lo fueron en Estados del sur del país; 171 en Estados del centro; 85 en el Oeste y solo 4 de ellos en los Estados del Norte¹⁷⁷.



Fuente: elaboración propia a través de datos de Death Penalty Information Center (2015)

¹⁷⁶ SAVELSBERG, J. "Punitiveness in cross-national comparison: Toward a historically and institutionally grounded multi-factorial approach", H. Kury, & T. N. Ferdinand eds., *Crime and crime policy: International perspectives on punitivity*, University of Chicago, 2008, pp. 13 - 31.

¹⁷⁷ Death Penalty Information Center. (2015). Number of executions by state and region since 1976.[<http://www.deathpenaltyinfo.org/number-executions-state-and-region-1976>, consultado 7 de mayo, 2016]

TERCERA PARTE.

IX. INFLUENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS CASOS CAPITALES

Desde hace algún tiempo, se ha venido debatiendo sobre la idea de sí y el cómo de la influencia del Tribunal Supremo en la sociedad. Una parte del problema que se formula en ese debate es conceptual: ¿qué es un cambio social?. y la otra de medición: ¿cómo funciona un cambio social?. Es cierto que el Tribunal puede potencialmente ser parte de un proceso en el que se efectúa un cambio, cuando éste está asumido, pero, la pregunta es ¿en qué contexto o bajo qué condiciones puede el mismo producirlo?

Varios estudios han demostrado que, por ejemplo, algunas de las decisiones más sonadas del Tribunal en el ámbito de la reforma social han logrado mucho menos de lo que en principio se esperaba de ellas. *Brown v. Board of Education* supone un buen ejemplo de ello.¹⁷⁸ El caso Brown se esperaba una ganancia de derechos civiles que, pesar de la creencia popular, nunca se produjo.

En el ámbito de la pena de muerte se ha sufrido la misma percepción equivocada que en el caso Brown y los derechos civiles. Cuando el Tribunal ha adoptado una decisión que, aparentemente, restringía el uso de la pena -incluso llegando a excluir a determinadas personas como posibles sujetos pasivos- se ha visto contradicha por los derechos y argumentos de la otra parte. Evidentemente, son los opositores a la pena quienes tienden a exagerar estas decisiones, llegando incluso a tomarlas como "el principio del fin".

Desde la reanudación de la pena tras el caso *Gregg v Georgia*¹⁷⁹, se han adoptado al menos siete decisiones que tratan de limitar su imposición. Y, casi después de cada una de ellas, crecía el empeño abolicionista. Así, por ejemplo, tras la decisión en *Coker v. Georgia*, en el que se manifestó un rechazo a l castigo capital -en relación a casos de violación, secuestros o robos a mano armada- en base al valor de la vida del acusado, se acompañaron de aquellos que están de acuerdo con los magistrados Brennan o Marshall, para los que la pena de muerte es, en todos los casos y circunstancias "un

¹⁷⁸ ROSENBERG, G. *The Hollow hope: can courts bring about social change?*, University of Chicago Press. 2ª Edición, 1991 / 2008, pp. 43 - 169.

¹⁷⁹ SIGLER, M, "Contradiction, Coherence, and Guided Discretion in the Supreme Court's Capital Sentencing Jurisprudence", *American Criminal Law Review*, vol 40, 2003, pp. 1151-1194.

castigo cruel e inusual"¹⁸⁰. Lo mismo ocurrió tras el caso *Ford v. Wainwright*, el cual afirmó que la norma era "pequeña pero sustancial", venciendo los opositores del castigo capital y definiéndolo como "espectáculo bárbaro y medieval de ejecutar a personas sin la absoluta seguridad de lo realmente ocurrido".

Los mandatos del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte tienen un carácter único, o al menos, significativamente diferente de otras causas sociales pues, entre otras cosas, requieren una mínima implementación. Concretamente requieren de la actitud pasiva de al menos la mitad de los partidarios a continuar con el castigo, y al mismo tiempo, que la acusación se abstenga de solicitarlo y el juez de condenar en ese sentido¹⁸¹. Podemos hablar de cuatro "niveles" que se encargan de aplicar el impacto de las políticas judiciales: en primer lugar la interpretación a cargo de los tribunales inferiores, seguidamente las agencias gubernamentales se encargan de su aplicación, las personas directamente afectadas por el dictamen supone el tercer nivel, y, finalmente, estarían aquellos que no estando afectados de manera directa, si tienen un interés (por ejemplo, la clase política)¹⁸². En los casos de pena de muerte, son especialmente relevantes las interpretaciones realizadas por tribunales inferiores, tanto estatales como federales, así como la abstención de la acusación en su solicitud.

X. VISIÓN ESTADÍSTICA SOBRE LA PENA DE MUERTE (1972-2004)

Con el caso *Furman*, el Tribunal Supremo concedió un periodo de moratoria en las ejecuciones en el cual descendió notablemente el número de personas en el corredor de la muerte. En 1971 había 642 personas. Para 1973 el número había descendido hasta los 134¹⁸³. Por tanto, el caso *Furman* supuso la invalidación del 80% de las sentencias (508), esta bajada marcará el mayor descenso desde entonces hasta hoy. Desde 1973, el número de condenados en el corredor de la muerte ha ido incrementándose año a año.

¹⁸⁰ BERGER, V. "Death penalty for rape", vol. 91 *Harvard Law Review*, 1977, pp 123 - 128.

¹⁸¹ STEIKER, C, "Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades on Constitutional Regulation of Capital Punishment", *Harvard Law. Review*, vol 29, 1995, pp 355-404.

¹⁸² JONHSON, C. "The Supreme Court and policy reform: The Hollow Hope Revisited", Nueva York, , David A. Schultz ed., CRC Press, 1998, pp 215 -222.

¹⁸³ Death Penalty Inforamtion Center, 2015. [www.deathpenalty.org/number-executions-1973, consultado 9 de mayo, 2016]

El 1 de Octubre de 2004 había 3.471 personas, lo que significa que entre 1973 y 2004, 3337 personas entraron en el corredor, lo que supone un ratio en torno a las 108 personas por año.

Lógicamente no se produjeron ejecuciones entre 1967 y 1977 sino que ocurrieron después de la decisión en *Gregg v. Georgia*. Entre el 1 de Enero de 1977 y el 1 de Enero de 2005 se produjeron 944 ejecuciones (alrededor de 35 personas al año). Haciendo el cálculo desde 1973, con el descenso de condenados que supuso, el ratio será de 30,5 personas al año. Esto permite hacer una comparación entre el ratio de personas en el corredor de la muerte con el ratio de personas efectivamente ejecutadas cada año. Así, desde 1973 entraban en el corredor un total de 108 personas cada año en comparación con las 30,5 ejecuciones, supone que de cada 3,6 personas se ejecuta a 1.

Sin embargo este ratio no continuó. Entre 1990 y 1999, se produjo un incremento de 1171 internos (117 cada año). Esto significa que hubo 478 ejecuciones (47.8 cada año). En conclusión, en los años 90 de cada 2,44 personas que entraban en el corredor, 1 era ejecutada. En cualquier caso, el cambio en estos ratios no se debe a una disminución de personas en el corredor sino que es producto del incremento del número de ejecuciones.

La diferencia entre aquello y los datos de 1973 (117 a 108) son en realidad tan solo 9 personas al año, lo que no supone a simple vista puede no parecer un cambio muy dramático¹⁸⁴. Sin embargo, al tener en cuenta el hecho de que son las ejecuciones efectivas las que distorsionan el número total de internos, el ratio si es más "dramático". En 1998, por ejemplo, había 3.452 personas condenadas a muerte. Para el final de 1999, había 3527. Igualmente el número solo ha crecido en 105 personas, en cambio se produjeron 98 ejecuciones, lo que significa que el número creció en realidad en al menos 203.

Los datos anteriores se obtienen del total de personas en el corredor en 1999, restando los que ya estaban en 1998 y añadiendo a ese número las personas ejecutadas en ese año 1999 (sin tener en cuenta las personas que han de abandonado el corredor por clemencia, recursos de apelación o muerte natural).

¹⁸⁴ LIEBMAN, J. "The overproduction of death", *Columbia Law Review*. vol.100, 2000, pp 2030 - 2053.

Además, las ejecuciones están comenzando a ser más frecuentes pues, tanto el Tribunal Supremo como el Congreso han tendido a incrementar las garantías procesales mediante la limitación de creencias post-proceso. Así, "no se trata de una voluntad de matar, sino que el aumento de personas de último cuarto de siglo han hecho que se cree una acumulación en espera de ejecución quienes sumado al incremento gradual sus apelaciones, han hecho que el número se incremente"¹⁸⁵. Solo cabe añadir que, además, el Tribunal Supremo ha venido otorgando un menor número de suspensiones a la ejecución. En 2002 y 2003, solo se suspendieron el 3,2% de los casos, en comparación con 1993 o 1994, que se suspendieron en un 23,7%.¹⁸⁶

Estas estadísticas contradicen la idea de que hayan sido ciertas decisiones del Tribunal Supremo las han provocado la restricción de la pena de muerte. Como puede observarse, el Tribunal Supremo tiene poder para influir sobre el castigo capital, y en base a esto, mucha gente parece creer que el Tribunal lo ha estado utilizando, desde Furman, para limitar severamente el alcance de la pena, por ello analizaremos ciertos casos para ver como el Tribunal Supremo ha influido en la lucha contra la pena capital.

XI. CASOS ESPECÍFICOS

A. Coker v. Georgia

Solo un año después de reinstaurar la pena de muerte, El Tribunal Supremo comenzó a reducir su alcance. En *Coker v. Georgia*, una mayoría del Tribunal concluyó que "la sentencia de muerte era sumamente desproporcionada y el castigo resultaba excesivo por el delito de violación en base a la prohibición de la Octava Enmienda"¹⁸⁷. Ahora bien, esta idea de desproporción era muy amplia, especialmente después de las circunstancias del caso Gregg, y es por ello el Juez Powell difiere al respecto señalando:

¹⁸⁵BISKUPIC, J. "Supreme Court Granting Fewer Stays of Execution", *USA Today*. Vol 122. Oct. 28, 2003

¹⁸⁶ KOBYLKA, J. *The Supreme Court and legal change: abortion and the death penalty*. University of North Caroline Press. vol 85,1992.

¹⁸⁷ BRACE, P. "The preemptive power of State Supreme Courts: adoption and abortion and death penalty legislation", *Policy Studies Journal*, Oxford University Press, 2005, pp 317 - 340.

"La decisión de la mayoría no limita su aplicación en el caso que nos ocupa o en otros casos similares, ya que se trata de una opinión que va más allá de lo necesario al sostener que la pena capital se prohíbe siempre, independientemente de las circunstancias, como un castigo desproporcionado por el delito de violación".

Lo que preocupaba al magistrado es que pudieran darse casos apropiados en los que condenar a un violador a muerte, por ejemplo una "violación escandalosa con notables y duraderas lesiones en la víctima". Sin embargo, estadísticamente, tal circunstancia sería altamente inusual. De acuerdo con el Tribunal, Georgia era el único estado que, en ese momento, aún autorizaba la pena capital para delitos de violación de una mujer adulta. Solo cinco personas estaban condenadas por ese tipo delictivo en ese momento, siendo Coker uno de ellos. Dentro del total de 423 en el corredor, Coker tan solo suponía el 1,1% de los internos.¹⁸⁸ Por otro lado, en términos de composición racial, la sentencia si benefició a la raza negra, pues entre 1930 y el caso en cuestión, 455 personas fueron ejecutadas por violación, "y casi el 90% de ellas eran hombres negros acusados de violar a mujeres blancas"¹⁸⁹

Aunque no podemos deducir el número de personas que hubieran sido condenadas a muerte si el Tribunal se hubiera manifestado de otra manera, lo cierto es que desde Coker el número de condenados se vio relativamente reducido. En los años siguientes, solo se impuso en 1 de cada 10 casos de violación. Esta tendencia a la reducción del máximo castigo también puede apreciarse en las estadísticas de ejecuciones de Georgia. Entre 1940 y 1949 se ejecutaron 26 personas; entre 1950 y 1959 se ejecutaron 16 y entre 1960 y 1969 tan solo 2 personas.

¹⁸⁸ BRIGHT, S. y KEENAN, P. "Judges and the politics of death: Bill of Rights and capital cases", *Boston University Law Review*. vol. 75, 1995, pp. 781 y ss.

¹⁸⁹ GREENBERG, J. "Capital Punishment as a system", *Yale Law Journal*, vol 91, 1982, pp 908 - 912.

B. Ring v. Arizona

En *Ring v. Arizona*, el Tribunal extendió el fallo de *Apprendi v. New Jersey*¹⁹⁰ (esta sentencia supuso un hito respecto de las circunstancias modificativas de delitos citando como base la Sexta Enmienda) a los casos capitales mediante el requerimiento de un jurado, y no de jueces, para determinar circunstancias agravantes que pudieran indicar la imposición de la pena¹⁹¹. Ring alteró el procedimiento para determinar quien obtiene una sentencia de muerte y quien no mediante la protección de una cierta clase de personas. En este sentido, el caso encaja con la opinión que mantiene la mayoría de personas respecto del íter procedimental para estos casos¹⁹². Sin embargo, la relevancia de la sentencia de Ring ha de tenerse en cuenta por dos razones: por un lado, porque el disidente fue capaz de llevar a la mayoría a realizar el cálculo del número de internos que se beneficiarían de la supuesta norma. Y en segundo lugar, porque el impacto de Ring podría haber sido mayor que el de cualquier otro caso si se hubiera aplicado retroactivamente (y es que la retroactividad no suele aplicarse para este tipo de casos, sino para "aquellos que prohíben la imposición de determinados castigos a determinadas personas por su status social¹⁹³).

El fondo de la sentencia era que un jurado, y no un juez, debía encontrar una duda razonable que fuera más allá de un factor agravante, y que condujera a la imposición de la pena capital. El juez O' Connor, por su parte, como voto disidente, parecía más preocupado por el título de Tribunal, que por el derecho sustantivo.

De acuerdo con el magistrado, había ocho estados que, además de Arizona, podían verse potencialmente afectados por la sentencia de Ring; cuatro de ellos con un resultado previsiblemente igual (Colorado, Idaho, Montana y Nebraska) y los otros cuatro con una mezcla que, bajo Ring, permitía declarar una invalidez (Alabama, Delaware, Florida e Indiana). La aplicación en estos estados suponen un total de 697 prisioneros en el corredor, es decir, alrededor del 19% en 2002 del total nacional (3692).

¹⁹⁰ *Apprendi v. New Jersey*. 530 U.S. 466 (2000).

¹⁹¹ WYNARCZYK, P. "The political economy of Capital Punishments. Economic Affairs", *American Law and Economic Review*, vol 19, 1999, pp 344 - 376.

¹⁹³ Por ejemplo, *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 330 (1989)

Incluso en esos casos, Ring solo habría tenido un impacto si se hubiera aplicado retroactivamente. Sin embargo los únicos que han establecido esta posibilidad de retroactividad son el "Court of appeals for the Ninth Circuit "¹⁹⁴ y el Tribunal de Missouri, lo que permitiría que el fallo de Ring alcanzara a los 160 internos pertenecientes a la jurisdicción del "ninth circuit" (Arizona, Idaho, Montana y Missouri¹⁹⁵), lo que supondría un 4,3% del total de internos.

En cualquier caso, aunque un interno se hubiera podido ver beneficiado por el fallo de Ring, no sería suficiente para, automáticamente, ser inmune a la imposición de la pena, pues podría haber otra sentencia, que mediante un procedimiento constitucional, se la impusiera.

El potencial impacto de Ring estaba sobrevalorado pero en realidad no se confirmó nada hasta que el Tribunal Supremo entró al debate. En *Schriro v. Summerlin*¹⁹⁶, la Sala sostuvo la imposibilidad de una aplicación retroactiva que podría haber ayudado a un 19% de personas, pero que en cambio, no ayudó a ninguna.

Por otra parte, el impacto de Ring es más difícil de medir prospectivamente. Esto es, actualmente al menos cinco jurisdicciones deberían cambiar sus ideales respecto de la pena, y entonces ¿sería sustancial el número de personas a las que no les afecte la pena?. Lógicamente, porque los demás estados ya tienen una planificación sobre un sistema de jurado, y , si en los demás se tiene a personas en espera de ejecución, es difícil llegar a la conclusión de que ningún jurado volverá a condenar a muerte tras Ring. El debate parece estar realmente en si un jurado es más tendente a condenar a muerte que un juez o no, y hay puntos válidos para ambas posiciones¹⁹⁷. En cualquier caso una cosa es clara, Ring puede suponer una responsabilidad para un Tribunal, pero no supondrá un cambio en el registro del número total de internos en el corredor o del número de ejecutados.

¹⁹⁴ *United States Courts for the Ninth Circuit*, 2015. [<http://www.ca9.uscourts.gov/information/>, consultado 17 de Mayo, 2016]

¹⁹⁵ *The Death Penalty Information Center*, 2015. [<http://www.deathpenaltyinfo.org> , consultado 17 de Mayo, 2016]

¹⁹⁶ *Schriro v. Summerlin*. 542 U.S. 348 (2004)

¹⁹⁷ HOLEWINSKI, I. "Inherently Arbitrary and Capricious: An Empirical Analysis of Variations Among State Death Penalty Statutes", *Cornell Journal Law*. vol 12, 2002, pp 231, 240 - 241.

C. Enmund v. Florida

En este caso el Tribunal Supremo sostuvo que quien estaba acusado de asesinato, pero cuya intención no había sido matar a la víctima, no podía ser sentenciado a muerte. Enmund es un caso complicado, ya no solo por el debate analítico entre la mayoría y los disidentes sobre como clasificar la variedad de leyes estatales y las circunstancias de los internos en el corredor¹⁹⁸ sino también por la influencia al caso *Tison v Arizona* había modificado al propio Enmund. En cualquier caso, en base a la decisión de la mayoría del Tribunal, solo tres personas condenadas a muerte, incluyendo al propio Enmund, obtuvieron una revocación de su sentencia, pero hubo otras en las que la decisión del Tribunal no fue tenida en cuenta.

De acuerdo con la Sala, otros ocho Estados¹⁹⁹ (California, Florida, Georgia, Mississippi, Nevada, South Carolina, Tennessee, y Wyoming.) tenían estatutos que permitían castigar potencialmente a un acusado con una conducta similar a la de Enmund. De manera que la influencia del caso Enmund dependía, en realidad, de cómo cada uno de estos Estados interpretara la conducta del acusado concreto, con respecto a la del propio Enmund²⁰⁰. En este sentido, estudios muestran como la sentencia de Enmund sería responsable de la revocación de cuatro penas de muerte.

En 1982, que fue la fecha de este caso, había 1050 personas internas en el corredor, de manera que Enmund afectó al 0,7% de ellos²⁰¹.

¹⁹⁸ FINKEL, N. "Capital Felony Murder, Objective Indicia, and Community Sentiment", *Arizona Law Review*, vol 32, 1990, pp. 819 - 833.

¹⁹⁹ BURT, R. "Disorder in the Court: the death penalty and the Constitution", *Yale Law Review*, Faculty Scholarship Series, vol 85, 1987, pp 1741 - 1819.

²⁰⁰ HIRSCHMAN, A. *The rhetoric of reaction: futility, perversity, jeopardy*. Cambridge, Harvard University Press, 2005.

²⁰¹ DICKSON, J. *The Supreme Court Conference: the private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*. Nueva York, vol 610. Oxford University Press, 1985.

D. Thompson v. Oklahoma

En este caso la mayoría del Tribunal sostuvo la inconstitucionalidad de condenar a un menor de 15 años. Se señaló que algunos estados tenían explícitamente prevista la edad en los 16, pero otros no hacían referencia a ninguna²⁰². Entonces, a pesar de que el potencial impacto de Thompson era muy grande, las estadísticas muestran el limitado impacto de la decisión.

A la fecha del caso, 1988, había tres menores de 15 años en el corredor junto a Thompson. Las cuatro sentencias fueron revocadas, lo que supuso un impacto del 0,18% respecto de los 2124 internos que ese año estaban en el corredor.

En cualquier caso, el impacto del Thompson fue relativamente pequeño debido a la tendencia de la nación de no condenar, directamente, a menores de 15 años. En total, 13 jóvenes por debajo de los 16 años fueron condenados a muerte entre 1974 y 2003²⁰³, y 7 de ellos ya habían obtenido la revocación antes de Thompson.

E. Roper v. Simmons

En *Roper v. Simmons*, el Tribunal anuló un caso de 1989, *Stanford v. Kentucky*²⁰⁴, teniendo en consideración la culpabilidad disminuida existente en delincuentes juveniles (menores de 18 años) para establecer un menor merecimiento de las penas más severas. La sentencia hace referencia a una falta de madurez y sentido de la responsabilidad disminuido en comparación con un adulto. Sin embargo, una vez más, las estadísticas muestran que el impacto de la decisión en el corredor fue mínima.

En Septiembre de 2004, aproximadamente el 2% del total de las personas del corredor eran menores de 18 (concretamente 72 de ellas²⁰⁵). En conjunto, desde 1973 ha habido 22 ejecuciones de menores de esta edad, lo que constituye un 2,6% de las

²⁰² STREIG, V. *The Juvenile Death Penalty Today*, 2002. [<http://www.law.onu.edu/faculty/streib/documents/JuvDeathSept302004.pdf>, consultado 15 de mayo, 2016]

²⁰³ BRENNAN, W. "Constitutional Adjudication and the death penalty: a view from the Court," *Harvard Law Review*, vol 100, 1986, pp 313 - 331.

²⁰⁴ HOLEWINSKI, I. "Inherently Arbitrary and Capricious": An Empirical Analysis of Variations Among State Death Penalty Statutes. *Cornell Journal Law*, vol 12, 2002, pp 240-241.

²⁰⁵ STREIB, V. *The Juvenile Death Penalty Today*, Ohio Northern University, Ada, Ohio, 1990.

ejecuciones totales de la época. Podemos concluir con una tendencia que se aleja de la condena de estos menores²⁰⁶.

Desde una sentencia en 1989 (*Stanford v. Kentucky*)²⁰⁷ cinco estados han prohibido la ejecución de menores de 18 años y otros tanto han considerado, al menos, la posibilidad. Además, desde *Stanford*, de los estados que han permitido estas ejecuciones, tan solo seis, tres de ellos lo han hecho en los últimos 10 años.

Por supuesto estos datos son susceptibles de interpretación²⁰⁸, no como una tendencia que se aleje de la ejecución sino como un indicativo de un castigo "extrañamente" impuesto²⁰⁹. El magistrado Scalia, por ejemplo, argumentó que "el número menores condenados al máximo castigo, aunque siendo menos que los adultos, se ha mantenido o incrementado desde *Stanford*". Roper, sin embargo, se preocupó únicamente de realizar la interpretación respecto de este tipo de acusados de esta clase, pues cuando se realiza la interpretación respecto de la escala nacional, este tipo de condenas resultan, en efecto, insignificantes.

F. A modo de conclusión

Tomando todos estos casos en conjunto puede observarse tan solo un poco del impacto general que tiene el Tribunal en relación a la pena máxima. Con los casos más antiguos, podemos ver que el número actual de personas directamente afectadas y como éste queda maquillado respecto del porcentaje total de población. Además, se puede trazar una tendencia temporal y notar que, incluso cuando el Tribunal no había actuado, quien se reservó el derecho a recurrir podría haberse ahorrado ese tiempo, pues el resultado hubiera sido el mismo. Así, por ejemplo, un menor de 15 años no hubiera sido ejecutado aún sin el fallo de Thompson. Esta tendencia mostraba que como la nación se deshacía muy despacio de sus ideales, poniendo de manifiesto el poco

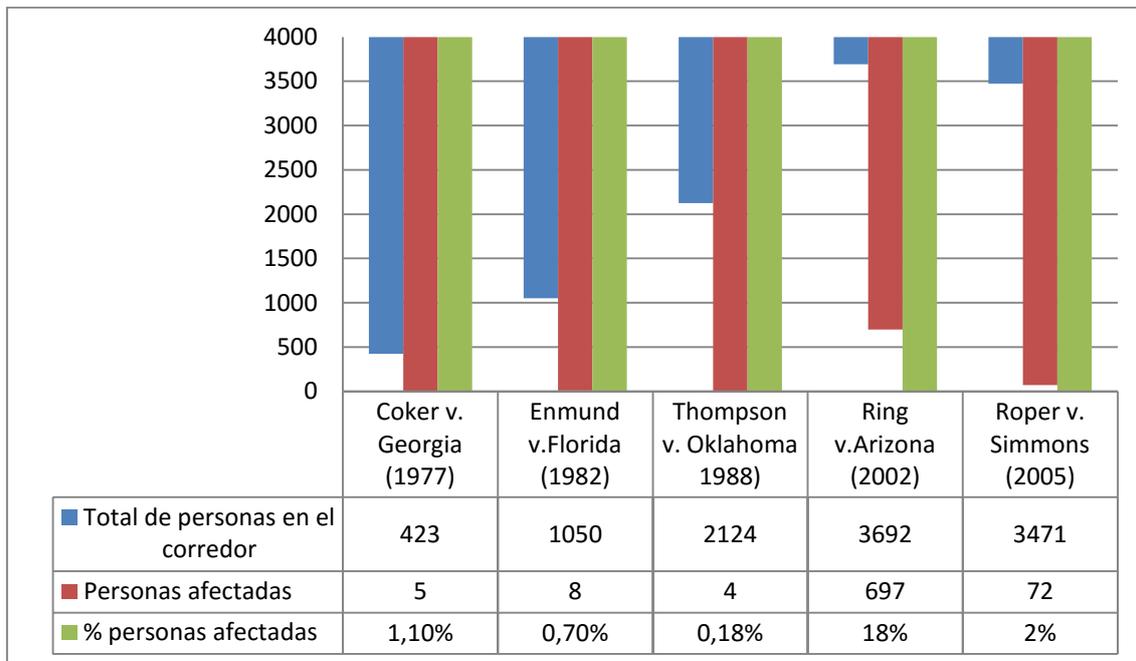
²⁰⁶ GRAHAM, F. "Warren defends Johnson's Naming of a successor", *New York Times*, vol 42, 6 de Julio 1968.

²⁰⁷ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)

²⁰⁸ VILE, R. J. "The Constitutional amending process in American political thought", *Michigan Law Review*, Nueva York, 1992, pp. 205.

²⁰⁹ BURT, R. "Disorder in the Court: the death penalty and the Constitution", *Michigan Law Review*. vol. 85, 1987, pp. 145.

impacto de las decisiones del Tribunal²¹⁰. Con los casos más recientes, solo podemos especular como será su impacto por ahora. Por lo alto, un caso como Ring podría revertir, teóricamente, 697 sentencias (o un 18% de afectados). Sin embargo, la realidad es que Ring o Roper no parecen tener un fuerte impacto como muestran los pocos casos de apelación que esas decisiones han supuesto.



Fuente: elaboración propia²¹¹.

²¹⁰ VILE, R.J. "A companion to the United States Constitution and its amendments", Springfield, *University of Illinois Law Review*, 3ª Edición, 1984, pp. 933-958.

²¹¹ TENNEN, E. "The Supreme Court's influence on the death penalty in America", *California Law Review*, 2005, pp. 201.

XII. EL TRIBUNAL SUPREMO Y POSIBLE REVISIONISMO DE LA PENA DE MUERTE

A lo largo del siglo anterior, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha revisado su concepción a cerca de la pena capital, considerando tanto a la persona como la forma de ejecución. Vista la evolución sobre las ideas al respecto, se debe a la flexibilidad en la interpretación de la Octava Enmienda²¹².

En términos genéricos, la jurisprudencia²¹³ del Tribunal ha venido limitando el poder del Estatal en favor de los derechos de los condenados, y, al mismo tiempo, la doctrina ha seguido una evolución paralela a la de otros países occidentales.

A día de hoy, resulta difícil establecer una predicción sobre cuál es el momento idóneo para que el Tribunal Supremo declare definitivamente la inconstitucionalidad de la pena capital. Si bien es cierto que algunos de los que en su momento votaron a favor de la misma, ya se han ratificado al respecto²¹⁴. Es el caso, por ejemplo, de Harry Blackmun, quien en 1994, señaló que no volvería a aportar su voto para crear una "maquinaria de muerte" (*Callins v. Collins*)

En cualquier caso, son los Estados los que tienen competencia sobre la aplicación de la pena, de manera que su eliminación definitiva solo podrá llegar mediante un fallo que prohíba su imposición²¹⁵. Sin embargo, vistas las nuevas legislaciones de los Estados, la tendencia no es precisamente la reducción de la imposición del castigo. De hecho, solamente Nueva Jersey la prohibió en el año 2007.

Vista la competencia estatal en la materia, cabría una segunda vía que permitiría la restricción de la pena de muerte, y es a través de una reforma constitucional, sin

²¹² MURPHY, W. F., "Consent and constitutional change: (pp. 123-146) Human Rights and Constitutional Law", Dublín, *The Round Hall Press*, 1992, pp.123 - 146.

²¹³ MCPHERSON, J. *A Sociology of Death and Dying*. Nueva York, Oxford University Press, 1989.

²¹⁴ LEIGH, B, "What We Write About When We Write About the Death Penalty," Chicago, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol.89, 1999, pp 757.

²¹⁵ GARLAND, D. *Peculiar Institution. Death penalty in an age of abolition*. The belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2010, pp 300 - 350.

embargo, esta manera de actuar es aún más complicada cuando los partidarios a la misma son los propios candidatos a la presidencia del país (2008)²¹⁶.

Aunque no haya un cese previsiblemente definitivo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras 1976 si ha sido tendente a una limitación de su uso. Así, a lo largo de más de tres décadas, se ha declarado la inconstitucionalidad en diversas situaciones, por ejemplo, respecto de menores de edad o discapacitados, delitos de violación o en supuestos de complicidad en homicidios o asesinatos. Estas limitaciones se justifican, en su mayoría, en un uso más limitativo del requisito de la proporcionalidad inmerso en la Octava Enmienda.²¹⁷ Estas nuevas interpretaciones son las que dan un giro sustancial a la jurisprudencia de la Corte hasta 1990, fecha en la que se comienza a buscar la prohibición a través del recurso.

Evidentemente, a pesar de que la tendencia fuera la restricción, no todas las decisiones del Tribunal tomaron esa dirección. Por ejemplo, en el caso *Kansas v. Marsh* (2006) se estimó constitucional la imposición de la pena en delitos de asesinato cuando concurrieran, al mismo tiempo, agravantes y atenuantes. Además, hay que tener en cuenta que esas sentencias favorables a la restricción lo han sido siempre por mayorías muy justas, normalmente de cinco jueces. Actualmente, cuatro de los magistrados del Tribunal están a favor tanto de la constitucionalidad del castigo capital como de un uso discrecional del mismo (son el presidente Roberts y los magistrados Scalia, Thomas y Alito). De otro lado, los otros cuatro (Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer) son contrarios a ella, o por lo menos partidarios de una restricción de su aplicación, aunque no en la manera en la que lo eran sus precedentes, claramente abolicionistas, Brennan o Marshall²¹⁸.

Con este panorama, será el Juez Kennedy quien tenga la capacidad suficiente para inclinar la balanza entre los dos bloques. A pesar de que su trayectoria denote cierta tendencia a la restricción, actualmente es considerado como moderado, habiendo

²¹⁶ SARISKY, K. *History and controversies of capital punishment*, 2001.[<https://www.csustan.edu/sites/default/files/honors/documents/KSarisky.pdf>, consultado 6 de mayo, 2016]

²¹⁷ SMITH, F. S. "The abolition of capital punishment from an international law perspective", *International Bar Association*, Londres, 2005, pp 336 - 342.

²¹⁸ JORDAN, R. "Studies in ethics, law and technology", *Medical Law Review*. vol. 58, 2006, pp.128

mostrado decisiones en ambos sentidos²¹⁹. Por ejemplo, se mostró a favor de la imposición de la pena aún con la concurrencia de agravantes y atenuantes simultáneamente en delitos de asesinato (*Kansas v. Marsh*), pero en contra en casos de ejecuciones de menores o discapacitados (*Roper v. Simmons* o *Atkins v. Virginia*). En cualquier caso, mientras se mantenga el balance entre los bloques no parece probable una decisión definitiva que prohíba la pena de muerte en el sistema constitucional estadounidense, aunque si una notable restricción de su aplicación.

Resulta complicado predecir que sucederá cuando haya un cambio, sea por relevo o por fallecimiento, en los miembros del Tribunal. Tal imposibilidad viene dada tanto por las ajustadas mayorías que existen actualmente como por el desconocimiento de la adscripción política del presidente que, en su momento, los propondrá, pues en los Estados Unidos, tanto el Presidente como los demás magistrados del Tribunal Supremo son nombrados a propuesta del presidente, debiendo contar con la aprobación del Senado para su efectivo nombramiento.

En cualquier caso, la práctica viene demostrando como los magistrados nombrados a proposición de presidentes demócratas son más reacios al castigo capital que los propuestos por republicanos, que tienden a ser más favorables al mismo. Teniendo en cuenta este rol, la mandato de Barack Obama permite predecir un mantenimiento de la actual tendencia restrictiva.

En el caso de las propuestas demócratas, a regla mencionada se viene cumpliendo estrictamente: la proposición de Bill Clinton de los magistrados Breyer y Ginsburg forma parte del ala más desfavorable a la pena capital. En el caso de los republicanos, las manifestaciones no son tan claras. A pesar de que las propuestas de Gerald R. Ford, Ronald y George W. H. Bush de los magistrados Stevens, Kennedy y Souter deberían decantarse a favor de la imposición del castigo, ninguno de los tres dudó en asumir planteamientos poco favorables hacia él. Esto ha supuesto que varias de las recientes propuestas republicanas hayan buscado perfiles más conservadores (como

²¹⁹ STEIKETR, S. C. "Partial list of criminal justice", *Ohio Journal Criminal Law*. vol.5, 2007, pp.285.

John Roberts o Samuel Alito) que no abran la posibilidad a un cambio en una materia con tanta repercusión política como la pena de muerte²²⁰.

En este sentido, resulta relevante la edad de los miembros del Tribunal. Así, tanto la parte más "liberal". que eran más partidaria la restricción, datan de la década de 1930 - exceptuando al juez Stevens, nacido en 1925- (concretamente, Ginsburg nació en 1933, Kennedy en 1936, Breyer en 1938 y Souter en 1939). Por contra, aquellos magistrados más favorables al castigo son, mayoritariamente, más jóvenes (Scalia nació en 1936; Thomas en 1948, Alito en 1950 y el presidente Roberts en 1955).

En base a lo anterior, para que se formara una mayoría reticente a la pena de muerte sería necesario que se produjera un relevo del ala más conservador en los próximos cuatro años, una posibilidad que parece bastante remota a la vista de las edades de los magistrados²²¹.

A estas consideraciones, hemos de añadir argumentos jurídicos. En primer lugar, una de las principales victorias del sector contrario a la imposición de la pena de muerte se ha debido a su argumentación sobre su retribución social en base a las alegaciones del sector opuesto, que sostiene una contribución a fines sociales y preventivos. Así, razonan que la imposición del castigo no puede legitimarse únicamente con el argumento de una supuesta inocuidad y que esa retribución social resulta insuficiente y carente de conclusiones empíricas²²². En este punto, la argumentación del ala favorable a la pena de muerte dejó de enfocarse hacia su posible utilidad y pasó a basarse en una cuestión de competencia sobre la idea de que es el legislador, y no el juez, quien ha de decidir si el castigo es o no útil a su fin, pues solo ellos están legitimados para decidir si la pena cabe o no el marco constitucional. En este sentido, si llegado el momento llegara a expulsarse la pena capital del sistema estadounidense por una incompatibilidad con la Octava Enmienda, las dificultades interpretativas de la misma serían aún mayores,

²²⁰ SALINAS, J. *Journal Criminal Law*, vol 34, 2006, pp 41 - 42. [www.johnmccain.com/Informing/Issues/b8529d0e-381e-4a299c39-6a57c7e182c9.htm.c, consultdo 7 de Mayo, 2016.]

²²¹ DREHLE, D. "Among the Lowest of the Dead: The Culture of Capital Punishment", *Times Books*, University of Michigan Press, Nueva York, 1995, pp 393 - 395.

²²² DONOHUE J. y WOLFERS J. "Uses and abuses of empirical evidence in the death penalty debate", *Stan Law Review.*, vol. 58, 2006, pp 821 - 833.

especialmente si se opta por métodos indoloros de aplicación de la pena (como por ejemplo la inyección letal). A estos efectos, en una lectura del texto constitucional, son sus propios preceptos los que presuponen la existencia de una pena de este tipo y consecuentemente, por ejemplo, la Quinta Enmienda proclama el derecho al debido proceso o la Decimocuarta la obligación de los estados de respetar los derechos de todos los ciudadanos reconocidos por la Constitución. Visto el contenido constitucional, cabe destacar que, en el caso Furman, el entonces residente del Tribunal, Warren E. Burger, manifestó que de estar en su mano se aboliría o, al menos, restringiría al máximo, la pena capital, pero dadas sus competencias, había de limitarse únicamente a la interpretación del texto, admitiendo entonces su constitucionalidad²²³.

Visto que es la propia Constitución la que crea como posible el castigo, la negación de su constitucionalidad no es una tarea fácil. Sólo en *Gregg v. Georgia* se ha cuestionado, como tal, la constitucionalidad de la pena, llegando a concluir afirmativamente por una mayoría de siete votos. Consecuentemente, los partidarios de la abolición han tenido que recurrir, durante años, a vías indirectas de ataque. Es lo que sucedió con el caso Furman en 1972-que consiguió una moratoria durante algunos años-, donde se cuestiona no la constitucionalidad de la pena en sí misma sino ciertos aspectos de su aplicación práctica. Es por esto que, a pesar de que actualmente los opositores al castigo capital tengan a su favor el ejemplo de la corriente occidental, nada cambia el respaldo que el texto ofrece a los partidarios del castigo. En este sentido, en *Roper v. Simmons* cuestionó hasta que punto debían de influir los denominados "criterios de decencia" en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esto es, hasta donde podía influir el hecho de que la pena de muerte se hubiera restringido o incluso abolido en la sociedad internacional²²⁴.

Algunos autores, como el abogado Eric Tennen, han llegado a afirmar que algunas de las decisiones del Tribunal en las que supuestamente se restringe el uso de la pena capital no permiten hablar de una previsible declaración de inconstitucionalidad.²²⁵ Primero porque los únicos supuestos en los que se ha excluido el castigo son tan

²²³ FEDERMAN, C., & HOLMES, D. "Breaking bodies into pieces: Time, torture and bio power ". *Critical Criminology*, vol. 13, 2005, pp 327-34.

²²⁴ *Roper v. Simmons* 542 U.S. 551 (2005)

²²⁵ TENNEN, E. "The Supreme Court's influence on the death penalty in America: a hollow hope?", *Public interest Law Journal*, 2005, pp. 251 - 275.

infrecuentes que la aplicación de la pena es, en sí misma, casi imposible y por tanto su restricción no ha influido en el número de condenados (es el caso por ejemplo de la prohibición de condenar a los discapacitados, los supuestos son tan excepcionales que, según Tennan, no afectan al supuesto). Además, según el abogado, si se eliminara la pena en aquellos caso que, por sus características, son más cuestionables, es muy posible que la misma expulsión sirviera para que la opinión pública reafirmara la justicia del castigo.²²⁶

A su parecer, la única contribución a que los estadounidenses cuestionen la aplicación de la pena ha sido el conocimiento del número de condenas erróneas que ha provocado (lo cual ha sido posible mediante identificaciones de AND). Este factor ha llegado a provocar en algunos Estados incluso la aprobación de moratorias. En cualquier caso, el papel de Tribunal Supremo en relación a estos casos es insignificante, llegando a mostrarse indispuestos a revisar ciertas condenas firmes por esos motivos.

Por lo anteriormente expuesto, resulta complicado pronunciarse a cerca de una prohibición definitiva, pues ni siquiera es posible saber si tal prohibición podrá realizarla un magistrado o necesariamente será el legislador. En cualquier caso, la elección del candidato demócrata en las elecciones de 2012 permite, al menos, mantener la tendencia restrictiva de la imposición de la pena y no dar por descartada la posibilidad de una definitiva expulsión²²⁷.

²²⁶ BLECKER, R. "*America's Experiment with Capital Punishment: Reflections on the Past, Present, and Future of the Ultimate Penal Sanction*", New York: Oxford University Press, cap. 6, 2ª edición, 2003, pp.169-231.

²²⁷ BLECKER, R. "The Death Penalty: Where are We Now?", *New York Law School Journal of Human Rights*, vol 19, 2003, pp. 295-304.

XIII. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ha puesto de manifiesto la complejidad de una institución cuya pretensión no es otra que la privación de un derecho fundamental: el derecho a la vida. Los abanderados de la defensa de la pena capital, entre otros muchos aspectos, tienen presente el elemento disuasorio de la misma, incluso en el caso de que pudiera llegar a demostrarse, como ha sucedido, que en ocasiones, se produjo un error para el que ya no cabe remedio, poniéndose de relieve el alcance que pudiera tener un error judicial en este contexto.

Vistas las variaciones en las legislaciones de los Estados (desde 2010 son 35 Estados, más el Distrito de Columbia, los que mantienen en ella la pena) podemos concluir que la interpretación del Tribunal Supremo sobre la Octava Enmienda, como eventual límite a la imposición del castigo, resulta clave tanto en la legislación como en la práctica de la institución. Para analizar el contenido de la Enmienda: "nor cruel and unusual punishment inflicted" el Tribunal ha utilizado dos métodos: por un lado una interpretación estática según la cual estarán prohibidas aquellas penas que lo estaban en el momento de redacción de la cláusula (cuyo precedente se remonta al *Bill of Rights* inglés de 1689). Por tanto, solo serán consideradas dentro del contenido de la Enmienda como crueles y desusadas aquellas que así lo fueran en la época en que se aprobó la Constitución. Consecuentemente, dio lugar a un procedimiento de análisis de la constitucionalidad de la pena que no se preocupaba por analizar la crueldad o el desuso en sí mismas, sino en el método que en la práctica se utilizaba a la hora de aplicar el castigo capital y lo que concluyó que todas aquellas penas que no llegaran a significar tortura serían acordes a la Octava Enmienda (ahorcamientos, la silla eléctrica, gas letal...).

Por otro lado, la interpretación dinámica, que no llegó a utilizarse hasta 1910, pretendía interpretar el texto en función del periodo en el que se fuera a aplicar el castigo. A consecuencia de este método de análisis el Tribunal Supremo acogió la proporcionalidad como criterio para determinar si el castigo es o no acorde a la cláusula constitucional.

Atendiendo a estos dos criterios y a consecuencia del lenguaje incierto del texto, el Tribunal se ha servido de la historia para determinar el alcance del mismo. Por ello, podemos diferenciar dos finalidades en el uso de la historia por parte del Tribunal: por

una lado, una finalidad estática, considerando la Constitución como un texto aislado e invariable, y por otro lado, una finalidad dinámica que entiende la historia como detonante del desarrollo constitucional.

Paralelamente, el Tribunal se ha basado en dos criterios para determinar un castigo como "cruel o desusado". Por un lado, su proporcionalidad, lo que supone que la pena debe graduarse de acuerdo al ilícito (*Graham v. Florida* o *Kennedy v. Luisiana*). Ello puede realizarse bien teniendo en consideración las concretas circunstancias del caso y con ellas determinar si el castigo es o no proporcional, o bien establecer unas reglas genéricas de proporcionalidad a las que deban ajustarse todas las penas.

Por otro lado, la constitucionalidad de la pena. A este respecto marca un hito fundamental la sentencia *Furman v. Georgia*, al ser la primera vez en la que se planteó la duda sobre la constitucionalidad de este castigo. Con un fallo de cinco contra cuatro, la pena de muerte se consideró como un castigo cruel, dentro del contenido de la Enmienda, suponiendo la paralización de los procesos de pena de muerte en los diferentes Estados, dando a entender una definitiva abolición del castigo. Sin embargo, la realidad es que lo que el Tribunal consideró como "cruel" no fue el castigo en sí, sino la normativa que giraba alrededor de la pena, y por tanto, los Estados comenzaron a imponer nueva normativa que regulara la pena de acuerdo a las exigencias del Supremo. Consecuentemente, solo 4 años más tarde del fallo de *Furman*, se declaró de nuevo la constitucionalidad del castigo y algunos Estados que la habían abolido, la reintrodujeron, hasta el total de 35 Estados desde 2010.

En cualquier caso, la influencia de las decisiones del Tribunal en cuanto a la constitucionalidad del texto sobre el número de condenados es realmente mínima, de manera que las personas beneficiadas de esas decisiones sólo han llegado a suponer, en el mayor de los casos, un 18%.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de cambios sobre la abolición de la pena capital en esos Estados que todavía la mantienen en su ordenamiento jurídico, ha de tenerse en cuenta que, lo que pueda afirmarse es mera especulación, y, además, tener presente la forma de elección –más bien designación–, de los miembros del Tribunal Supremo (designados por el Presidente de turno). Esta forma conlleva, por lo general, que pueda presumirse que el electo responda a la línea de pensamiento de quien ocupa la Presidencia en un momento determinado. En líneas generales, todo parece indicar que

el Partido Republicano se manifiesta proclive al mantenimiento de la pena y el Demócrata a su abolición. No obstante, la propia composición del Partido Demócrata – más una coalición o movimiento que un partido político-, tampoco asegura que todos sus responsables se manifiesten proclives a una supresión, como la casuística nos enseña. La historia reciente de los Estados Unidos está cargada de ejemplos de que la división señalada, en muchos casos, no corresponde con la realidad practicada en los diferentes Estados.

La separación de poderes puede darse como cierta en el ámbito del Legislativo y del Ejecutivo. Sin embargo, cuando en ocasiones se ha explicado la composición de quiénes forman parte del Tribunal Supremo, uno de los elementos considerados es el Presidente que los designó. Y a partir de ahí, deducir, caso por caso, hacia donde se inclinan. Resulta evidente que al andar del tiempo, las sustituciones pueden ofrecernos una nueva perspectiva del Tribunal Supremo ante la pena capital. Y de idéntico modo, el color político de quien ocupe la Presidencia de los Estados Unidos, y los nombramientos que efectúe, inclinarán la balanza. Pero, como comentamos, los posibles cambios se encuentran más en la conjetura que en lo que al final podrá suceder.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, J, *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*, Bellaterra, Gedisa, 1997.
- AMAR, A: *America's Constitution. A biography*. Londres, Random House, 2010.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Estados Unidos. Menores condenados a muerte*. <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/>, consultado 15 febrero, 2016].
- ANDERSON, R. "Criminal Law and procedure", *Criminal Law Review*, Nueva York, Vol. V, 1957.
- ANDREWS, W. "Old Time punishment", Londres, William Andrews & Co, 1890
- ARMSTRONG, K & POSSLEY, M, *The verdict: Dishonor. Trial and Error: how prosecutors Sacrifice Justice to win*. Chi Reader. 10 de Enero, 1999 [Fecha de consulta 26/02/2016].
- ARMSTRONG, K. & MILLS, S. "Ryan suspends Death Penalty". *Chi Reader*. 31 de Enero, 2000.
- ARMSTRONG, K. & POSSLEY, M. "The verdict: Dishonor. Trial and Error: how prosecutors Sacrifice Justice to win", *Chi Reader*, 10 de Enero, 1999 [http://www.chicagoreader.com/chicago/anita-alvarez-cook-county-states-attorneys-office/Content?oid=19119102, consultado 26 Febrero,2016].
- AXTMAN, K. "US Milestone: 100th Death row inmate Exonerated", *Christian Science Monitor*, 12 de Abril, 2002. [http://www.csmonitor.com/2002/0412/p01s02-usju.html, consultado 11 de Marzo, 2016].
- AYERS, E. *Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th Century American South*, New York: Oxford University Press, 1984.
- BAILEY, J. C. Death is different, even on the bayou : The disproportionality of crime and punishment in Louisiana. *Washington and Lee Law Review*, vol. 55, 1998.
- BALDUS, D. C. "Racial Discrimination and the Death Penalty in the Post-Furman Era: an empirical and legal overview", *Cornell Law Review*, vol 83, 2002.
- BALLROOM, E. *The Oregonian, An Oregon Century. La vida en 1960*. Oregón, 1989. [http://www.oregonlive.com/century/1969_life.html, consultado 11 de marzo, 2016].

- BANNER, S. *The Death Penalty: an American history* Harvard University Press, 2009.
- BANNER, S. *Traces os slavery: race and death penalty in historical perspective*, "Lynch mobs to the killing State: Race and death penalty in America", New York University Press, 2006.
- BARBÉ, E, *Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BARBERO, M, *La pena de muerte: 6 respuestas*, Madrid, 1978.
- BARBERO, M. "Pena de muerte (el ocaso de un mito)". Editorial de Palma, Buenos Aires, 1985.
- BARBERO, L. *El País*, [http://politica.elpais.com/política/2016/02/04/actualidad/1454609303_012895.html, consultado 21 Junio, 2016].
- BARNETT, R. E. *Restoring the lost Constitution*. Princeton University Press, 2005.
- BECCARIA, C, *Dels Delictes i de les Penes*, Barcelona, Ed. 62, 1989.
- BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid: ediciones S.M., Joachin Ibarra ed., 1974.
- BENSEL, R. *Sectionalism and American Political Development: 1880– 1980*, Madison: University of Wisconsin Press, 1984.
- BERGER, V. "Death penalty for rape", vol. 91 *Harvard Law Review*, 1977.
- BISHOP, J. *On criminal law*. Oxford University Press, Nueva York 9º Edición, 1923.
- BISHOP, J. P. *Commentaries on the Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1923 [<http://www.gale.com/ModernLaw>, consultado 22 de Marzo, 2016].
- BISKUPIC, J. "Supreme Court Granting Fewer Stays of Execution", *USA Today*. Vol 122. Oct. 28, 2003.
- BLACK, C. "Capital punishment and respect for persons: super due process for death", *California Law review*, vol 53, 1979 - 1980.
- BLACKERBY, J. "Life After Death Row: Preventing Wrongful Capital Convictions and Restoring Innocence After Conviction", vol. 56, *Vanderbilt Law Review*, 2003.
- BLAUSTEIN, A, *Constitutions of the World*, New York: Fred B. Rothman & Company, 1993.

- BLECKER, R. *"America's Experiment with Capital Punishment: Reflections on the Past, Present, and Future of the Ultimate Penal Sanction"*, New York: Oxford University Press, cap. 6, 2º edición, 2003.
- BLECKER, R. "The Death Penalty: Where are We Now?", *New York Law School Journal of Human Rights*, vol 19, 2003.
- BOBITT, P. Constitutional interpretation. *The Oxford Companion to Supreme Court of the United States*. Nueva York: Oxford University Press, 2º Edición. 2005.
- BORK, R. H. "A time to speak. Selected writings and arguments". Delaware: Wilmington, Intercollegiate Studies Institute, 2008.
- BOYS, S. "The death penalty: An unusual punishment America is inflicting upon itself", *Critical Criminology*, vol. 19, 2010.
- BRACE, P. "The preemptive power of State Supreme Courts: adoption and abortion and death penalty legislation", *Policy Studies Journal*, Oxford University Press, 2005.
- BRAND, I. "The Bill of Rights", Londres, McGraw-Hill, 2º Edición, 1945.
- BRENNAN, W. "Constitutional Adjudication and the death penalty: a view from the Court," *Harvard Law Review*, vol 100, 1986.
- BRIGHT, S. y KEENAN, P. "Judges and the politics of death: Bill of Rights and capital cases", *Boston University Law Review*. vol. 75, 1995.
- BROWDY, J. & SALTZMAN, R. "The effectiveness of the Eighth Amendment", Nueva York, The Mcmillan C.O., 1971.
- BUC, P. *The dangers of ritual: between medieval texts and social scientific theory*, Princeton University Press, 2001.
- BURT, R. "Disorder in the Court: the death penalty and the Constitution", *Yale Law Review*, Faculty Scholarship Series, vol 85, 1987.
- CAMPBELL, J. "Revival of the eight amendment: development of cruel punishment doctrine by the Supreme Court", Nueva York, Routledge, vol II, 1964.
- CARIO, R, *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, Madrid, Edersa, 1996
- CAROLL, J. "American and the Death Penalty", *The Gallup polls*, 1965 - 2002. [<http://gallup.com/poll/content/login.aspx?ci=1437>, consultado 11 de Marzo, 2016].
- CARRARÁ, R. *Principios de sociología criminal y derecho penal*, México: ediciones Nauta, 1995.

- CARRARÁ, R. *Teorías sobre la pena de muerte*, 2007. [<http://lapenademuertekricia.blogspot.com.es/2012/07/teoria-de-la-pena-de-muerte.html>, consultado 5 de junio, 2016].
- CASTIÑEIRA, M. "Three strikes. El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Derecho y Criminología*, 2004.
- CLONINGER, R. "Execution and deterrence: a quasi-controlled Group Experiment"; *L& ECON*, vol. 344, 2003.
- COCHRAN, M. *McDuff likely to take Grisly Secrets to grave*, Associated press, Texas, 24 de Noviembre, 1996. [<http://www.lubbockonline.com/news/112496/mcduff.htm>, consultado 11 de marzo, 2016].
- CULVER, J. H. "Capital punishment politics and policies in the States, 1977-1997", *Crime, Law and Social Change*, 32 , 1999.
- CURRIE, D. P. *The Constitution in the Supreme Court*. University of Chicago Press, 1985.
- Death Penalty Information Center, 2015. [www.deathpenalty.org/number-executions-1973, consultado 9 de mayo, 2016].
- DENNO, D. "Getting to death: are executions constitutional", *Iowa Law Review*, vol.82, 1997.
- DENNO, D. "The lethal injection quandary: how medicine has dismantled the death penalty". *Fordham Law Review*. vol.76, 2007.
- DICKSON, J. *The Supreme Court Conference: the private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*. Nueva York, vol 610. Oxford University Press, 1985.
- DONOHUE J. y WOLFERS J. "Uses and abuses of empirical evidence in the death penalty debate", *Stan Law Review.*, vol. 58, 2006.
- DREHLE, D. "Among the Lowest of the Dead: The Culture of Capital Punishment", *Times Books*, University of Michigan Press, Nueva York, 1995.
- DUPONT, P, "The Rakoff Rule", *Wall Street Journal*. 10 de Julio, 2002. [<http://www.opinionjournal.com/columnists/pdupont>, consultado 11 de Marzo, 2016].
- EDWARDS, G. "Cruel, unusual and excessive punishments", *The law of Criminal Correction*, vol. IV. 1949.

- EINHORN, R. "American Taxation, American Slavery". Chicago: University of Chicago Press, 2006.
- ELLIOT, J. *Debates in the several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution*. Washington, Jonathan Elliot ed., vol 3, 1876.
- ELLIOT, J. "Debates in the several State Conventions", Washington, Jonathan Elliot ed., vol 3, 1876.
- FALCÓN, C. "La proporcionalidad de la pena a la luz de la Octava Enmienda", *Revista Chilena de Derecho*. vol 38, 2011.
- FEDERMAN, C., & HOLMES, D. "Breaking bodies into pieces: Time, torture and bio power ". *Critical Criminology*, vol. 13, 2005.
- FINKEL, N. "Capital Felony Murder, Objective Indicia, and Community Sentiment", *Arizona Law Review*, vol 32, 1990.
- FIRESTONE, D. "Absolutely, Positively for Capital Punishment". *New York Times*, vol. 19, 2003.
- FOCAULT, M, *Vigilar y Castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998
- FORTE, D. "The Supreme Court in Americans politics". D.C. Heath and Co. Massachusetts, 1972.
- GALBRAITH, J.K., *La Anatomía del poder*, Barcelona, Ariel, 1985.
- GALLIHER, J. *America without the death penalty*. Northeastern University Press. 2002.
- GARLAND, D. *America's Death Penalty. Between past and present*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
- GARVEY, J.H. & ALEINIKOFF, A. *Modern constitucional theory*. Chicago, Saint Paul/West Group, 4º Edición. 1999.
- GIFIS, S. H. "Barron's Law Dictionary", Nueva York: Barron's educational series, 1996.
- GOLDBERG, A. J. "Declaring the Death Penalty unconstitutional", Cambridge, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970.
- GRAHAM, F. "Warren defends Johnson's naming of a sucesor. Capital Punishment on Trial", *New York Times*. vol 42, 6 de Julio, 1968.
- GRANUCCI, A. "Nor cruel and unusual punishments inflicted. The original meaning", *California Law Review*, 3º Edición, 1969.

- GREEN, J. Historia del pueblo inglés. Ediciones de la Torre, Madrid, vol. 4, 1956.
- GREENBERG, J. "Capital Punishment as a system", *Yale Law Journal*, vol 91, 1982.
- HAINES, H. *Against Capital Punishment: The anti - Death Penalty Movement in America*. New York University Press, 1996.
- HALLAM, H: *Constitutional History of England*, Alex Murray & sons, eds., Londres, 2º Edición. Vol. III, 1827.
- HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, LexisNexis Butterworths, Londres, vol 7. 3º Edición, 1954.
- HAMILTON, A; JAY, J, & MADISON, J. "The Federalist", Indianópolis, Oxford University Press, 2001.
- HINDUS, M. *Prison and Plantation: Crime, Justice and Authority in Massachusetts and South Carolina, 1767–1878*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1980.
- HIRSCHMAN, A. *The rhetoric of reaction: futility, perversity, jeopardy*. Cambridge, Harvard University Press, 2005.
- HOLDSWOTH, K. "A history of English Law", *Criminal Law Review*, Cambridge, 1956.
- HOLEWINSKI, I. "Inherently Arbitrary and Capricious: An Empirical Analysis of Variations Among State Death Penalty Statutes", *Cornell Journal Law*. vol 12, 2002.
- JAMES, S. *Slow Dancing with Death*: New Jersey: Prentice Hall, 2003.
- JONHSON, C. "The Supreme Court and policy reform: The Hollow Hope Revisited", Nueva York, , David A. Schultz ed., CRC Press, 1998.
- JORDAN, R. "Studies in ethics, law and technology", *Medical Law Review*. vol. 58, 2006, pp.128
- KELLY, H, A. *Clio and Court: an illicit loce affaire*. Supreme Court Review, 1965.
- KEN ARMSTRONG & STEVE MILLS, *Ryan suspends Death Penalty*. Chi Reader. 31 de Enero, 2000.
- KOBYLKA, J. *The Supreme Court and legal change: abortion and the death penalty*. University of North Caroline Press, Vol 85,1992.

- LAZARUS, E. "*The Supreme Court and the juvenile death penalty*". [<http://www.cnn.com/2005/1aw/03/03/lazarus.death.penalty/index.html>. Consultado 23 de Enero 2016].
- LEIGH, B, "What We Write About When We Write About the Death Penalty," Chicago, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol.89, 1999.
- LERMAN, A. "Capital Punishment in Territorial Alaska", *Alaska Justice Forum*, vol. 13, 1998.
- LIEBMAN, J. "Error rates in capital cases", *A broken system*, 2000. [<http://www2.law.columbia.edu/instructionalservices/liebman>, consultado 10 de marzo, 2016].
- LIEBMAN, J. "The overproduction of death", *Columbia Law Review*. vol.100, 2000.
- LOFQUIST, W. "Putting them there, keeping them there, and killing them: an analysis os State level variations in death penalty intenssity". *Iowa Law Review*, vol 87, 2001 - 2002.
- MAILER, N. "The executioner's song", Chicago, Vintage Books USA, 1979.
- MARCUS, H. M. "The Death Penalty Cases", *Criminal Law Review*, vol. 56, 1968.
- MARQUIS, J. "Debating the death penalty. *Oxford Univerity Press of New York*, 2004.
- MARQUIS, J. "The Myth of Innocence", *The Journay of Criminal Law & Criminology*, vol. n° 95, 2004-2005.
- MAURICE POSSELY & STEVE MILLS. *Clemency for All. Chi Reader*. 12 de Enero, 2003.
- MCPHERSON, J. *A Sociology of Death and Dying*. Nueva York, Oxford University Press, 1989.
- MEDWED, D, *University of Illinois Law Review*. vol.97, 2000.
- MEDWED. D. "Innocentrism". *University of Illinois Law Review*, vol.97, 2000.
- MEISTER, M. Murdering Innocence: the constitutionality of capital child rape statutes. *Arizona Law Review*, vol 45, 2003.
- MILLER, A. C. *The Supreme Court and the uses of history*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1989.
- MOURULLO, R.G: " Comentaríos a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", tomo II, Madrid: Edersa, 1984.

- MURPHY, W. F., "Consent and constitutional change: Human Rights and Constitutional Law", Dublín, *The Round Hall Press*, 1992.
- O'CONNOR, M. & GIBSON, R. "Ryan Indicted", *Chi Reader*, 18 de Diciembre, 2003.
- ORDEIG, E. *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1985.
- PAPINI, G, *Juicio Universal*, Barcelona, Planeta, 1971.
- PHILIP, M. *Furman v. Georgia*: Cambridge: *Cambridge University Press*, 1974.
- POSSELY, M. & MILLS, S. "Clemency for All". *Chi Reader*. 12 de Enero, 2003.
- REDDEN, J. "Tumultuous Times fattened the files", *Portland Tribune*. 17 de Septiembre, 2002. [<http://www.portlandtribune.com/archold.cgi?id=13719>, consultado 11 de marzo, 2016].
- RIVERA, I, *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la Pena*, Signo, Barcelona, 1998.
- ROCABERT, P, *La rentabilidad de un proyecto público*, Bellaterra, UAB, 1998.
- RODRIGUEZ, J.M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid: Edersa, 1988,
- ROSENBERG, G. *The Hollow hope: can courts bring about social change?*, University of Chicago Press. 2º Edición, 1991 / 2008.
- ROSSI, R. "Capital Punishment and voices from Death Row", *The Recorder*, 19 de Enero, 1996. [<http://www.the-tidings.com/2001/0323/deathpenalty.htm>, consultado 11 de marzo, 2016].
- ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social o Principios de derecho político*, Barcelona, Edicomunicación, 1994.
- ROWE, G. "Curran Theatre does "exonerated" Justice", *Contra Costa Times*. 27 de Noviembre de 2003, [http://www.realcities.com/mld/cctimes/entertainment/permorning_arts/7362764.htm, consultado 10 de marzo, 2016].
- RUTLAND, A.. *The Birth of Rights*, Nueva York, Literary Licensing LLC, 1962, cap 3, 1972.
- RYLEY, S. "Historia del pueblo inglés", Londres, The Belknap Press of Harvard University, vol.3, 1949.
- SALINAS, J. *Journal Criminal Law*, vol 34, 2006, pp 41 - 42. [www.johnmccain.com/Informing/Issues/b8529d0e-381e-4a299c39-6a57c7e182c9.htm.c, consultdo 7 de Mayo, 2016.].

- SALOMÓN, M, *El sistema de Naciones Unidas*, Bellaterra, UAB, 1998.
- SARISKY, K. *History and controversies of capital punishment*, 2001. [<https://www.csustan.edu/sites/default/files/honors/documents/KSarisky.pdf>, consultado 6 de mayo, 2016].
- SARTORI, G, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Ariel, Barcelona, 1998.
- SAVELSBERG, J. "Knowledge, domination and criminal punishment", *American Journal of Sociology*, vol 99, 1994.
- SAVELSBERG, J. "Punitiveness in cross-national comparison: Toward a historically and institutionally grounded multi-factorial approach", University of Chicago, 2008.
- SCHAVAS, W, "The abolition of the Death Penalty in International Law", *Cambridge University Press*, 2002.
- SCHWARTZ, B. "A commentary on the Constitution of the United States", part III. *University of Chicago Law Review*, vol. 31, artículo 10, 1968. [<http://chicagounbound.uchicago.edu/ucirev/vol31/iss3/10>, consultado 30 de Marzo, 2016].
- SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights. A documentary history*. Yale University Press. Vol I. 1971.
- SCOTT, R. "The history of the torture throughout the ages", Luxor Press, Londres, 1949.
- SCOTT, R.G. "The history of capital Punishment, including an examination of the case for and against the Death Penalty", Londres, Torchstream Books, 1950.
- SHARP, S.F. *Capital Punishment*, 2003. [<https://marisluste.files.wordpress.com/2010/11/capital-punishment.pdf>, consultado 3 de Mayo, 2016].
- SIBLEY, C. "*House passes bill to reinstate the death penalty*". Atlanta Constitution. 14 Febrero, 1973.
- SIGLER, M, "Contradiction, Coherence, and Guided Discretion in the Supreme Court's Capital Sentencing Jurisprudence", *American Criminal Law Review*, vol 40, 2003.
- SINGH, R. *Governing America: The politics of a divided democracy*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- SMITH, F. S. "The abolition of capital punishment from an international law perspective", International Bar Association, Londres, 2005.

- SMITH, F. *The Supreme Court and the Politics of Death*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SMITH, R. J, *Is Southern California the new Deep South?* [<http://www.deathpenaltyinfo.org/node/6241>. Consultado: 29 de Febrero, 2016].
- STEIKER, C, "Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades on Constitutional Regulation of Capital Punishment", *Harvard Law Review*, vol 29, 1995.
- STEIKER, C. "The seduction of innocence: the attraction and limitations of the focus on innocence in capital punishment law and advocacy", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, 2005.
- STEIKER, S. C. "Partial list of criminal justice", *Ohio Journal Criminal Law*. vol.5, 2007.
- STORY, J. "Commentaries on the Constitution of the United States". Nueva York, *Da Capo Press*, vol.3, 1970.
- STREIB, V. *The Juvenile Death Penalty Today*, Ohio Northern University, Ada, Ohio, 1990.
- STREIG, V. *The Juvenile Death Penalty Today*, 2002. [<http://www.law.onu.edu/faculty/streib/documents/JuvDeathSept302004.pdf>, consultado 15 de mayo, 2016].
- SUGRUE, T. *The origins of the urban crisis: race and inequality in post-war*. Detroit: Princeton University Press, 2005.
- SWISHER, B. *The Supreme Court in modern role*, New York University Press, edición revisada, 1965.
- TENNEN, E. "The Supreme Court's influence on the death penalty in America: a hollow hope?", *New York: Oxford University Press*, 2005.
- TUROW, S. "Reversible errors", Chicago, Farrar, Straus and Giroux, 2004.
- VILE, R. J. "The Constitutional amending process in American political thought", *Michigan Law Review*, Nueva York , 1992.
- VILE, R.J ." A companion to the United States Constitution and its amendments", Springfield, *University of Illinois Law Review*, 3º Edición, 1984.
- WALKER, S. *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 1998.
- WAMBAUGH, J. *Echoes in the darkness*. Alabama, William Morrow & Co, 1987.

- WARDEN, R. "Illinois Death Penalty Reform: How it Happened, what it promises", *Crim. L & Criminology*. Vol 381, 2005.
- WARDEN, R. "Illinois Death Penalty Reform: How it Happened, what it promises". *Crim. L & Criminology*, vol 381, 2005.
- WYNARCZYK, P. "The political economy of Capital Punishments. Economic Affairs", *American Law and Economic Review*, vol 19, 1999.
- ZELIZER, J. "The Uneasy Relationship: Democracy, Taxation and State Building Since the New Deal," Meg Jacobs, William Novak & Julian Zelizer, eds., Princeton University Press, 2003.