

LA PENA DE MUERTE EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿UNA LENTA AGONÍA?

Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: *Baze v. Rees* y *Kennedy v. Luisiana*

Ramón Ragués i Vallès

Profesor Titular de Derecho Penal, Universitat Pompeu Fabra

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: *Baze v. Rees* y *Kennedy v. Luisiana*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-01, p. 01:1-01:26. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-01.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 11-01 (2009), 14 ene]

RESUMEN: En el segundo trimestre de 2008 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dictado dos importantes sentencias sobre la constitucionalidad de la pena de muerte en aquel país. La primera, sobre el caso *Baze v. Rees*, se pronuncia sobre la licitud de la inyección letal como método de

ejecución; la segunda, relativa al asunto *Kennedy v. Luisiana*, analiza la compatibilidad con el texto constitucional de la imposición del castigo capital a los culpables del delito de violación de niños. Ambas resoluciones son importantes elementos de juicio para determinar cuál es el actual equilibrio de fuerzas dentro del Tribunal entre magistrados opuestos y partidarios de la pena de muerte y valorar las probabilidades de una futura declaración de inconstitucionalidad de dicho castigo.

PALABRAS CLAVE: Pena de muerte; Tribunal Supremo de los Estados Unidos; Octava Enmienda; inyección letal; violación.

Fecha de publicación: 14 enero 2009

SUMARIO: I. Introducción. II. El debate sobre la constitucionalidad de la pena de muerte: 1976-2007. III. La constitucionalidad de la inyección letal: Baze v. Rees. IV. La pena de muerte como castigo del delito de violación de niños: Kennedy v. Luisiana. V. El Tribunal Supremo y el futuro de la pena de muerte: dificultades de un pronóstico. Bibliografía citada.[?]

[?] Abreviaturas empleadas: U.S.: United States Reports (Repertorio oficial de jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, citada por volumen, página inicial de cada resolución y año. Aquellas resoluciones en las que figura el símbolo “—” tienen todavía pendiente la asignación de página, si bien pueden ser localizadas en la página *web* del Tribunal: <http://www.supremecourtus.gov> ; v.: *versus*.

I. Introducción

Durante el segundo trimestre de 2008 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha dictado dos importantes resoluciones sobre la aplicación de la pena de muerte en aquel país. La primera, relativa al caso *Baze versus Rees* (dictada el día 16 de abril), analiza la constitucionalidad de la inyección letal como método de ejecución de dicha sanción; la segunda, sobre el caso *Kennedy versus Luisiana* (de 25 de junio), se enfrenta a la cuestión de la proporcionalidad de la pena capital, analizando en particular si cabe admitir su imposición a los reos del delito de violación de niños. Como seguidamente se expondrá, en ambas sentencias se evidencia una importante división entre los miembros del Tribunal acerca de la constitucionalidad de este castigo y, sobre todo, de los límites de su imposición.

Antes de entrar, no obstante, a exponer y valorar el contenido de estas dos sentencias se procederá a resumir cuál había sido hasta 2008 la jurisprudencia del Tribunal estadounidense acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte (apartado II). Seguidamente (apartados III y IV) se analizará el contenido de ambas resoluciones y, finalmente, se dedicará un último apartado (V) a valorar las perspectivas de que en años venideros pueda llegar a dictarse un pronunciamiento judicial que declare la inconstitucionalidad de dicha pena o, en sentido contrario, de que se produzca una modificación en el vigente equilibrio de fuerzas en el seno del Tribunal Supremo que elimine algunos de los límites que a lo largo de los últimos tiempos, y no sin dificultades, la jurisprudencia de la Corte ha ido imponiendo a la aplicación de este castigo.

II. El debate sobre la constitucionalidad de la pena de muerte: 1976-2007

La interpretación judicial hoy imperante en los Estados Unidos acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte data de 1976 y, más concretamente, de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Gregg v. Georgia*¹. En esta resolución el Tribunal sostuvo, por una amplia mayoría de siete magistrados contra dos discrepantes –los abolicionistas *William J. Brennan* y *Thurgood Marshall*– que la pena de muerte tenía perfecta cabida en el sistema constitucional estadounidense como consecuencia del delito de asesinato. Con esta decisión se disiparon algunas de las dudas que cuatro años antes había suscitado la sentencia del caso *Furman v. Georgia*², en la que, si bien no se sostuvo la inconstitucionalidad del castigo capital en sí mismo, una ajustada mayoría de cinco magistrados puso en entredicho las condiciones de su aplicación práctica a la luz de la legislación entonces vigente, que fue tachada de arbitraria y discriminatoria por motivos raciales. A resultas de esta última sentencia la aplicación de la pena quedó en suspenso durante varios años hasta que los estados fueron modificando su legislación para adaptarla a las exigencias de la Corte, introduciendo nuevos límites y garantías a su aplicación³. Tras este proceso de adaptación, la sentencia del caso *Gregg*

¹ 428 U.S. 153 (1976).

² 408 U.S. 238 (1972).

³ Una valoración crítica de los efectos de *Furman* en SMITH, *ValRev*, 94 (2008), p. 288 ss, quien atribuye a

supuso un fuerte espaldarazo a la vigencia del castigo, al dar el Tribunal el beneplácito a la legislación reformada y confirmar, en general, su plena constitucionalidad⁴. En las décadas de 1990 y 2000 (hasta 2007, por lo menos) la pena volvería a aplicarse con una frecuencia similar a la de la década de 1950⁵.

En ambas resoluciones la disposición constitucional cuya posible vulneración había sido objeto de discusión era la Octava Enmienda, que dispone que “no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles e inusuales”. A juicio de la mayoría de los magistrados que resolvieron en su momento *Gregg v. Georgia*, la citada Enmienda prohíbe las penas excesivas, entendiendo por tales las que causan un dolor innecesario y gratuito, así como las que resultan gravemente desproporcionadas en relación con la severidad del delito cometido. Sin embargo, en la medida en que la pena de muerte no ha sido prohibida por el texto de la Constitución y se ha aplicado durante aproximadamente dos siglos, la mayoría de los magistrados que dictaron dicha resolución entendió que su uso tiene perfecta cabida en el marco constitucional estadounidense cuando su imposición, como sucede en supuestos de asesinato, no resulta desproporcionada. En todo caso, según el propio Tribunal, la última palabra sobre la necesidad de recurrir a esta pena corresponde a los legisladores tras valorar los posibles fines que pueden perseguirse con ella, como la retribución y la intimidación⁶.

Con posterioridad a la sentencia de *Gregg v. Georgia* el Tribunal no ha vuelto a pronunciarse directamente acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte, sino sólo sobre algunos aspectos de su aplicación a ciertas clases de delitos y delincuentes, cuyo castigo, a juicio de la Corte, resultaba desproporcionado o no estaba respaldado por un auténtico consenso nacional⁷. Así, por lo que respecta a las modalidades delictivas, en 1977 se consideró inconstitucional la imposición de la citada pena a los reos del

esta sentencia el haber convertido la pena de muerte en objeto directo del debate político estadounidense en un momento en el que había entrado por sí sola en un claro declive. De hecho, hasta 1976, según señala GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), p. 355 ss, los Estados Unidos iban a la vanguardia de los países abolicionistas. Según este último autor (*ibidem*, p. 358) *Furman* fue recibida como una invitación a reformar las leyes y no a abolir la pena capital, además de provocar la reacción de sectores conservadores, que la vieron como una extralimitación judicial.

⁴ Un resumen de los ajustes realizados por los estados en su legislación a resultas de la sentencia del caso *Furman*, que posteriormente serían convalidados en *Gregg*, en SIGLER, *AmCrimLRev*, 40 (2003), pp. 1151-1154 y SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 290 ss. Entre éstos destacan la distinción, dentro del juicio, entre una fase de declaración de culpabilidad y otra de determinación de la pena; la identificación legislativa de las circunstancias agravantes y atenuantes relevantes para la imposición del castigo; y la posibilidad automática de apelación del fallo. Sobre estas dos importantes sentencias ver igualmente STEIKER/STEIKER, *HarvLRev*, 109 (1995), p. 361 ss.

⁵ Pueden encontrarse datos oficiales sobre las ejecuciones por año en <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/exetab.htm>

⁶ A juicio de algunos autores, estos criterios no siempre se han mantenido de una manera unívoca en resoluciones dictadas con posterioridad: cfr., por ejemplo, STEIKER, *OhioStJCrimL*, 5 (2007), p. 291.

⁷ En general, sobre estos pronunciamientos posteriores SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), pp. 341-346; RYAN, *NCLRev*, 85 (2007), p. 848 ss y p. 855 ss; SALINAS, *AmJCrimL*, 34 (2006), pp. 49-57; TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), pp. 257-267; y OREM, *CapDefJ*, 12 (2000), pp. 351-359. Sobre el estándar empleado en este ámbito cfr. *infra* IV.

delito de violación de una mujer adulta (*Coker v. Georgia*⁸) y en 1982 a aquellos partícipes que, sin ejecutar directamente la muerte, colaboran en un robo en cuya perpetración se produce un asesinato (*Enmund v. Florida*⁹). Por el contrario, en 1987 se sostuvo que la pena capital era admisible desde un punto de vista constitucional en aquellos casos en los que, sin ser ejecutor directo de la muerte, el grado de participación del acusado en la ejecución del delito hubiera sido notable, habiendo mostrado una gran indiferencia hacia la vida ajena (*Tison v. Arizona*¹⁰).

En relación con las características personales de los sujetos susceptibles de ser reos de este castigo, en 1985 se prohibió su aplicación a personas que sufren un trastorno mental en el momento de la ejecución de la pena (*Ford v. Wainwright*¹¹) y en 2002 y 2005, respectivamente, se estableció, después de algunos pronunciamientos en sentido contrario, que su imposición era inconstitucional cuando el acusado padecía un retraso mental o era menor de dieciocho años (*Atkins v. Virginia* y *Roper v. Simmons*¹²). Además, a estos pronunciamientos se han ido sumando algunos otros que han tenido como común denominador la concreción de las garantías procesales que deben respetarse para la efectiva imposición de esta pena¹³. En todos ellos las mayorías que han permitido dictar tales sentencias han sido, por lo general, muy ajustadas.

Así, a modo de resumen de estas tres décadas cabe afirmar que la aceptación por parte del Tribunal Supremo en 1976 de que la pena de muerte es un castigo posible en el marco constitucional estadounidense no ha sido obstáculo en los últimos años para imponer restricciones a su utilización. Precisamente en este contexto el Tribunal se ha visto obligado a pronunciarse en 2008 sobre dos cuestiones hasta ahora no tratadas: la licitud de la inyección letal como método de ejecución y la legitimidad de las condenas a muerte de los responsables de los delitos de violación de niños.

III. La constitucionalidad de la inyección letal: *Baze v. Rees*

Muy pocas veces a lo largo de su historia el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha enfrentado a la cuestión relativa a qué concretos métodos de ejecución de la

⁸ 433 U.S. 584 (1977).

⁹ 458 U.S. 782 (1982). Se trataba del caso del conductor de un vehículo con el que pretendían huir los autores de un robo en cuya ejecución murieron dos víctimas de edad avanzada.

¹⁰ 481 U.S. 137 (1987).

¹¹ 477 U.S. 399 (1985). Más recientemente, en *Panetti v. Quarterman* (551 U.S. ____ [2007]) el Tribunal reiteró la idea de que no puede ejecutarse a quien no está en condiciones de entender las razones de su ejecución. Sobre este último caso STEIKER, *OhioStJCrimL*, 5 (2007), pp. 285-300.

¹² 536 U.S. 304 (2002) y 542 U.S. 551 (2005), respectivamente. Con anterioridad, el Tribunal había declarado inconstitucional el castigo de menores de dieciséis años en *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815 [1988]), pero había rechazado la inconstitucionalidad de la ejecución de personas con retraso mental en *Penry v. Lynaugh* (492 U.S. 302 [1989]) y de menores de dieciocho en *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361 [1989]).

¹³ Así se han introducido, entre otras, exigencias relativas a los mínimos que debe cumplir el abogado defensor (más detalles y referencias en BORENSTEIN, *CardozoPubLPol'y&EthicsJ*, 2 [2004], pp. 388-390 y SMITH, *ValRev*, 94 [2008], p. 346 ss) y a la necesidad de que las circunstancias agravantes que dan lugar a la imposición de la pena capital se sometan a la consideración del jurado: *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002). Para más detalles cfr. OREM, *CapDefJ*, 12 (2000), pp. 348-351.

pena capital tienen cabida en el marco constitucional y, más concretamente, en la prohibición de castigos crueles e inusuales recogida en la Octava Enmienda¹⁴. En las últimas décadas cabe destacar, como único precedente significativo, el caso *Glass v. Luisiana* (1985), a propósito de la constitucionalidad de la silla eléctrica, cuyo uso había sido aceptado un siglo antes por el propio Tribunal¹⁵. Aunque la mayoría de la Sala se mostró contraria a estudiar siquiera el recurso sobre esta cuestión interpuesto por el reo *Jimmy L. Glass*, finalmente ejecutado en 1987, el caso se haría famoso por la opinión discrepante emitida por el juez *Brennan*, con la adhesión de su colega *Marshall*, en el que se describe con todo lujo de detalles los graves padecimientos que la aplicación de la silla eléctrica –el método más extendido entonces– provocaba a los reos: “la fuerza de la corriente es tal” –expone *Brennan*– “que a veces los globos oculares de los presos salen de sus órbitas y ‘quedan sobre las mejillas’”; “el reo a menudo defeca, orina y vomita sangre y saliva”; “a veces el cuerpo del ejecutado arde en llamas, sobre todo cuando suda en exceso”; “los testigos refieren oír un ruido fuerte y sostenido ‘como de *bacon* friéndose’ y el ‘dulce olor de la carne asada’ perfuma toda la sala”¹⁶.

Según *Brennan*, diversos estudios médicos de la época afirmaban que la muerte por electrocución no era, ni mucho menos, el castigo indoloro que decía aplicarse. Una circunstancia a la que se añadía en la práctica el hecho de que a menudo problemas técnicos obligaban a reiterar la aplicación de las descargas, con los consiguientes padecimientos provocados en cada intento fallido¹⁷. A juicio de este magistrado la inconstitucionalidad de este método de ejecución se veía acentuada por el hecho de que existieran ya entonces otros medios disponibles más indoloros, como “formas de gas letal o barbitúricos de acción rápida”¹⁸. Precisamente la constitucionalidad de uno de estos métodos –la inyección letal– ha sido el objeto de la reciente sentencia del caso *Ralph Baze y Thomas C. Bowling, recurrentes, contra John D. Rees comisionado del Departamento de Prisiones de Kentucky y otros* (abrev. *Baze v. Rees*), resuelto por el Tribunal Supremo el 16 de abril de 2008¹⁹.

A día de hoy, la inyección letal –prevista por vez primera en 1977 en Oklahoma, aunque no empleada hasta 1982 en Texas– es el método de aplicación de la pena

¹⁴ Sobre los precedentes más significativos, 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, pp. 2-3. El trabajo académico más completo sobre la constitucionalidad de los métodos de ejecución es DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 319-449, que se centra en la electrocución (p. 352 ss) y la inyección letal (p. 373 ss). Para una perspectiva histórica ver también *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1306 ss y DENNO, *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 71 ss.

¹⁵ 471 U.S. 1080 (1985). El caso en el que el Tribunal autorizó por vez primera el uso de la silla eléctrica, introducida en el estado de Nueva York en 1888, fue el asunto *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890). Para más información sobre este caso DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), p. 334. En general, sobre los problemas aplicativos de la electrocución cfr. DENNO, *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 137 ss e *Id.*, *Fordham LRev*, 76 (2007), pp. 62-63.

¹⁶ 471 U.S. 1080 (1985), p. 1087, citando fuentes diversas.

¹⁷ 471 U.S. 1080 (1985), pp. 1088-1089.

¹⁸ 471 U.S. 1080 (1985), p. 1093. Argumenta DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 368 y 371, que aunque el Tribunal Supremo nunca ha llegado a declararlo, en la década de 1990 fue formándose entre los legisladores un auténtico consenso de que la electrocución y los gases letales eran contrarios a la Constitución.

¹⁹ *Baze v. Rees*, 553 U.S. ____ (2008).

capital más extendido, empleándose en treinta y seis estados, así como en la justicia federal²⁰. Sin embargo, bajo el término común “inyección letal” se incluyen procedimientos diversos, cuyos concretos detalles están más o menos regulados normativamente²¹. Así, el sistema más habitual, empleado concretamente en treinta estados, consiste en la aplicación en determinadas dosis de tres sustancias: una primera, el tiopentato de sodio o pentotal sódico, que es un derivado del ácido barbitúrico y que sirve para provocar la inconsciencia del ejecutado y garantizar que no experimentará ningún sufrimiento a consecuencia del uso de las otras dos drogas suministradas *a posteriori*. Éstas son, por este orden, el bromuro de pancuronio y el cloruro de potasio, cuyo efecto respectivo es la inhibición de todos los movimientos musculares, incluida la paralización del diafragma y la respiración, y la provocación de un paro cardíaco²². El uso de la primera sustancia tiene como fin adicional asegurar “la dignidad del proceso” evitando convulsiones²³.

Aunque hasta hace unos años se entendía que el concreto método de ejecución no podía ser objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo, en 2006 se produjo un cambio unánime de opinión al respecto que ha propiciado un elevado número de recursos sobre esta cuestión²⁴. Tales recursos se han basado a menudo en el argumento de que la inyección letal puede ser contraria a la Octava Enmienda al existir la posibilidad, científicamente refrendada, de que el pentotal sódico no produzca los deseados efectos anestésicos, así como el riesgo de que ciertos errores en la inyección de las sustancias puedan acabar provocando sufrimiento al reo²⁵. De hecho, ya en 1997 la profesora *Deborah W. Denno* publicó un artículo recogiendo hasta veintidós casos conocidos en los que la aplicación de la inyección había ocasionado importantes padecimientos a los reos, debidos fundamentalmente a las dificultades para localizar una vena adecuada para realizar la punción, especialmente en el caso de adictos a la heroína²⁶. Aunque por estos motivos ningún tribunal había llegado a declarar explícitamente inconstitucional ningún protocolo, en los últimos años se habían suspendido

²⁰ Una perspectiva histórica sobre la introducción de este método de ejecución en DENNO, *FordhamLRev*, 76 (2007), p. 64 ss. Esta autora pone de manifiesto cómo en el diseño de los métodos más extendidos de inyección letal la intervención de especialistas médicos ha sido muy reducida. Ver asimismo *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1301 ss.

²¹ *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1302 y DENNO, *OhioStLJ*, 63 (2002), pp. 92-95.

²² 553 U.S. ___ (2008), opinión de los jueces *Roberts, Kennedy y Alito*, pp. 4-5. También sobre las sustancias empleadas y sus efectos DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), p. 379 ss; ID., *FordhamLRev*, 76 (2007), p. 55; ID., *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 95 ss; y *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1302.

²³ 553 U.S. ___ (2008), opinión de los jueces *Roberts, Kennedy y Alito*, p. 19.

²⁴ *Hill v. McDonough* 547 U.S. 573 (2006). Cfr. al respecto *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1301 y DENNO, *FordhamLRev* 76 (2007), p. 102 ss.

²⁵ Algunas de estas afirmaciones se basan en un artículo publicado en 2005 por KONARIS Y OTROS en el número 1412 de la prestigiosa revista médica *The Lancet* afirmando la existencia de razones para pensar que muchos reos se encontraban deficientemente anestesiados en el momento de serles administradas las sustancias letales. Cfr. igualmente DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 380-381 y *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), pp. 1302-1303.

²⁶ DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 428-438. Otra relación de casos en los que fue problemática la aplicación de la inyección letal o se observó sufrimiento en el reo en ID., *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 139.

algunas ejecuciones y, por ello, se consideraba cada vez más necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo²⁷.

Precisamente en los anteriores argumentos se basaba el recurso planteado por *Ralph Baze y Thomas C. Bowling*, ambos condenados a muerte por doble homicidio en el estado de Kentucky y cuya impugnación dio lugar a la esperada decisión del Tribunal Supremo en abril de 2008. La alegación de ambos recurrentes, desestimada por todas las instancias judiciales previas, cuestionaba la compatibilidad con la Octava Enmienda de la inyección letal precisamente por los riesgos de errónea administración de las sustancias prescritas. En tal sentido, los recurrentes proponían un método de ejecución alternativo, no aplicado en ningún otro estado aunque sí en animales, que consideraban menos peligroso y que consistía en la inyección de un único anestésico en una dosis que por sí sola resultara letal o, en todo caso, la exigencia de que personal cualificado controlara a través de los correspondiente monitores -y no los celadores a simple vista, como se hacía en Kentucky- que la primera droga había conseguido efectivamente anestesiarse al reo.

Esta última alegación tenía especial importancia teniendo en cuenta que el único personal cualificado para interpretar los resultados de los instrumentos electrónicos que determinan la inconsciencia humana son médicos anestesiistas, pero éstos, como todos los facultativos estadounidenses -así como las enfermeras y enfermeros- tienen prohibido, por consideraciones éticas asumidas por sus respectivas asociaciones profesionales, participar en la ejecución de seres humanos, lo que explica en buena medida las dificultades prácticas para aplicar adecuadamente la inyección letal²⁸. Sin ir más lejos, la exigencia judicial de que intervinieran médicos en la ejecución de la pena había provocado desde 2006 en California la imposibilidad práctica de aplicarla en aquel estado²⁹.

En respuesta a los recursos de *Baze y Bowling* los nueve miembros del Tribunal Supremo llegarían a emitir hasta siete opiniones distintas, motivadas tanto por su desacuerdo con el sentido del voto mayoritario como, aun estando conformes en algunos casos con tal sentido, por discrepar de las concretas razones aducidas para fundamentarlo. La opinión que aglutinó mayor número de votos fue la emitida por *John Roberts*, presidente del Tribunal, a la que se adhirieron *Anthony Kennedy* y

²⁷ Cfr. *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), pp. 1304-1305, con las referencias oportunas, que incluyen datos sobre la suspensión judicial de algunas ejecuciones en estados como California y Misuri.

²⁸ 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Roberts, Kennedy y Alito*, p. 21. En tal sentido refiere DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), p. 373, cómo la negativa de los médicos estadounidenses a intervenir en la aplicación de la pena capital fue decisiva para que a finales del siglo XIX se optara por la electrocución y no por la inyección letal. Cfr., sobre esta misma cuestión, *ibidem*, pp. 385-387 e Id., *OhioStLJ*, 63 (2002), pp. 90-92. En general sobre los problemas que la negativa de los médicos ha ocasionado en la aplicación de la inyección letal, ver el completo trabajo de DENNO, *FordhamLRev*, 76 (2007), pp. 49-128, quien expone los principales argumentos de las asociaciones profesionales (*ibidem*, p. 79 ss), entre los que destaca la idea de que quienes ejercen una profesión cuyo fin es salvar vidas no pueden intervenir en su extinción. Sobre los enfermeros, 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Alito*, p. 3.

²⁹ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Alito*, p. 4, que incluye referencias del caso que creó esta situación (*Morales v. Hickman*).

Samuel Alito. Estos tres magistrados partieron de la premisa - no cuestionada en el presente caso- de la constitucionalidad de la pena de muerte y, por tanto, de la necesidad de contar con medios que permitan ejecutarla, admitiendo en tal sentido que “un cierto riesgo de dolor es inherente a cualquier método de ejecución, por muy humano que resulte, aunque sólo sea por la posibilidad de error en la aplicación del procedimiento requerido”³⁰. Consecuentemente, la Constitución no podía exigir, a su juicio, la evitación de cualquier riesgo posible en la ejecución de este castigo.

Con todo, en el presente caso la alegación de los recurrentes no se basaba tanto en una pretendida exigencia constitucional de riesgo nulo de ocasionar dolor, sino en la prohibición de asumir “riesgos innecesarios”, lo que exigía determinar, entre otros factores, la existencia en cada caso de métodos alternativos menos peligrosos. A juicio del estado de Kentucky, sin embargo, la asunción del estándar propuesto por los recurrentes podía poner en jaque constitucional cualquier método escogido, obligando permanentemente a revisar por vía judicial la posible existencia de sistemas que entrañen menos riesgos. Por ello, la parte recurrida consideraba más adecuado utilizar como estándar el criterio de que sólo son inconstitucionales aquellos métodos que generan un “riesgo sustancial” de causar dolor.

La respuesta de los tres magistrados a las alegaciones de ambas partes se inclinaría del lado de la parte recurrida, afirmando en tal sentido que, “por el mero hecho de que un método de ejecución pueda provocar dolor, ya sea por accidente o como una ineludible consecuencia de la muerte, no suscita la clase de ‘riesgo de daño objetivamente intolerable’ que lo convierta en cruel e inusual”³¹. En tal sentido, según *Roberts, Kennedy y Alito* “un reo no puede cuestionar con éxito cualquier método de ejecución de un estado limitándose a mostrar una alternativa que sea sólo leve o marginalmente más segura”, pues ello, entre otras cosas, forzaría a los jueces a entrar en debates científicos que les son ajenos, obligándoles asimismo a inmiscuirse en un ámbito de decisión que corresponde a los legisladores³².

En tal sentido, la conclusión de *Roberts, Kennedy y Alito* se decantó por el criterio del “riesgo sustancial”, afirmando que la Octava Enmienda sólo se ve vulnerada cuando un Estado, sin que exista una justificación penológica legítima, se niega a adoptar un método alternativo que sea viable, fácilmente aplicable y que reduzca significativamente un riesgo sustancial de daño grave³³. Partiendo de esta premisa, estos tres jueces votaron contra los recursos de *Baze y Bowling* por entender que los recurrentes no habían acreditado que el método empleado en Kentucky no cumpliera con las exigencias derivadas de este estándar, pese a que las punciones no se realicen en aquel estado por médicos, sino sólo por personal sanitario previamente formado (un practicante titulado y un técnico en emergencias médicas), y que la confirmación de que el pentotal sódico ha ocasionado la inconsciencia del reo sólo se lleva a cabo por los guardias a través de una mera observación visual.

³⁰ 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Roberts, Kennedy y Alito*, p. 8.

³¹ *Ibidem*, p. 11.

³² *Ibidem*, p. 12.

³³ *Ibidem*, p. 13.

Una opinión opuesta a la anterior fue la suscrita por *Ruth Bader Ginsburg* con el apoyo de *David Souter*, miembros del llamado “sector liberal” del Tribunal. Según estos jueces, dos de las drogas empleadas en el método de ejecución cuestionado –el bromuro de pancuronio y el cloruro de potasio– pueden ocasionar un dolor terrible a un reo que se encuentre consciente, pues la primera provoca una lenta asfixia y la segunda tiene efecto abrasivo al circular por el cuerpo. Por ello, a su juicio la clave para dilucidar la constitucionalidad de este método pasaba por valorar las medidas establecidas para garantizar la inconsciencia del reo. Desde su perspectiva, de la Octava Enmienda cabía extraer la prohibición de crear un riesgo adverso (*untoward*) fácilmente evitable de causar un dolor severo e innecesario, un estándar que se incumple siempre que se renuncia a la utilización de medidas fácilmente aplicables que incrementan la probabilidad de no ocasionar ningún dolor³⁴.

A juicio de *Ginsburg* y *Souter* tales exigencias no se respetaban en el uso de la inyección letal por el estado de Kentucky, cuyo procedimiento de ejecución no está regulado legalmente, sino que se basa en un protocolo desarrollado por funcionarios de prisiones, sin estudios médicos y en el que la comprobación de que el reo efectivamente está anestesiado recae en las observaciones informales de los celadores, que carecen de formación sanitaria, sin que antes de inyectar las sustancias efectivamente letales, y a diferencia de otros estados, se adopten cautelas tan básicas como estimular al reo llamándole por su nombre o sacudirle para ver si responde³⁵. A la vista de estas omisiones, estos magistrados entendieron que lo más adecuado habría sido devolver el caso a los tribunales estatales a fin de revisar el método de ejecución efectivamente aplicado a la luz del estándar más exigente por ellos propuesto.

Por su parte el magistrado conservador *Clarence Thomas* se adhirió a la opinión de los tres primeros jueces acerca de la constitucionalidad del método empleado pero discrepando de los argumentos esgrimidos y, en particular, del estándar adecuado para determinar la constitucionalidad de los métodos de ejecución. Desde su punto de vista personal, dicho estándar debía fijarse atendiendo a las razones que históricamente justificaron la aprobación de la Octava Enmienda y a los previos pronunciamientos del Tribunal, que en varios precedentes había considerado conformes con el texto constitucional el fusilamiento, la silla eléctrica e, incluso, el sometimiento del reo a una segunda descarga eléctrica cuando hubiera fallado la primera³⁶. A su juicio, estas fuentes llevaban a sostener un estándar de naturaleza eminentemente subjetiva, según el cual “un método de ejecución sólo vulnera la Octava Enmienda si está diseñado deliberadamente para infligir dolor”³⁷, lo que no cabía predicar de la inyección letal. Según *Thomas*, pretender que los jueces tengan que pronunciarse sobre qué método es el más

³⁴ 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, p. 2. Este estándar presenta similitudes con el propuesto en *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1314 ss, según el cual “no debería estar permitido a los estados utilizar un método doloroso o peligroso siempre que dispongan con facilidad de un método alternativo que cause menos dolor”.

³⁵ 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, pp. 7-8.

³⁶ Más concretamente, estos precedentes son *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890); y *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).

³⁷ 553 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Thomas* y *Scalia*, p. 1.

adecuado para ejecutar la pena capital es una hábil táctica de los opositores a dicha pena para conseguir, mientras no llega su abolición, que las ejecuciones se dilaten indefinidamente cuestionando cualquier aspecto del método aplicado³⁸. En la medida en que el estándar de *Roberts*, *Kennedy* y *Alito* obliga a valorar posibles métodos, en opinión de este magistrado tendrá como consecuencia un aumento de la litigiosidad de los presos que esperan el cumplimiento de la sentencia en el corredor de la muerte.

Aun habiendo votado junto con *Roberts* y *Kennedy*, *Samuel Alito* emitió también una opinión particular que tenía como objetivo rebatir las críticas del juez *Thomas* y, en especial, la objeción de que el estándar fijado por los tres magistrados citados *supra* tendría como consecuencia un aumento de la litigiosidad previa a la ejecución de la pena capital. A juicio de *Alito*, para que fructifiquen en el futuro los recursos cuestionando un determinado método de ejecución será necesario acreditar por los recurrentes que existe un consenso científico bien asentado acerca de la posibilidad de contar con medios que reduzcan de manera significativa un riesgo sustancial de grave dolor³⁹. Desde su punto de vista particular, este estándar es mucho más claro que el propuesto por la juez *Ginsburg*, quien, con conceptos tan abiertos como “riesgo adverso” (*unto-ward risk*), abre las puertas de par en par a la litigiosidad sin fin, un objetivo que –insinúa *Alito*– seguramente pretendían algunos magistrados del sector liberal de la Corte como una manera de acabar en la práctica con la aplicación de la pena⁴⁰.

Una séptima opinión, ciertamente llamativa, fue la suscrita por el veterano magistrado *John Paul Stevens*, que en 1976 había votado a favor de la constitucionalidad de la pena de muerte en la sentencia del caso *Gregg v. Georgia* (cfr. *supra* II). Treinta y dos años después, el juez *Stevens* ha cambiado radicalmente de postura, afirmando ahora que el mantenimiento de la pena de muerte en los Estados Unidos es sólo el resultado de “la fuerza de la costumbre y la desatención y no de un proceso deliberativo razonable que pondere los costes y los riesgos de administrar esta pena con aquellos beneficios susceptibles de ser identificados, basándose en buena medida en una errónea asunción de la fuerza retributiva de dicha pena”⁴¹. Desde su punto de vista, las tres razones que en 1976 justificaron la reanudación de las ejecuciones –incapacitación, intimidación y retribución– no se satisfacen en la práctica: en cuanto a la incapacitación, la frecuente aplicación de las penas de prisión de cumplimiento íntegro ha demostrado que este fin puede alcanzarse sin acabar con la vida del reo; en cuanto a la intimidación, tras más de treinta años de investigación los académicos han sido incapaces de demostrar los efectos preventivos de este castigo; y, finalmente, en cuanto a la retribución, el propio hecho de que el Estado busque formas cada vez menos indoloras de ocasionar la muerte demuestra lo anacrónico de esta finalidad y, al mismo tiempo, supone una renuncia a ella, pues se busca evitar infligir al reo el mismo sufrimiento que ha padecido la víctima⁴². A todo ello se añade, desde su punto de vista, el hecho de

³⁸ *Ibidem*, p. 12.

³⁹ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Alito*, p. 5.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴¹ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Stevens*, p. 8.

⁴² *Ibidem*, pp. 9-12. La contradicción que puede suponer la exigencia de métodos de ejecución cada vez más

que desde 1976 hayan disminuido las garantías para el reo en caso de pena capital, el riesgo de sentencias erróneas y el que en la práctica no se haya logrado eliminar una aplicación discriminatoria de este castigo⁴³.

En relación con el caso concreto, *Stevens* consideró injustificado el empleo de una sustancia como el bromuro de pancuronio, que puede ocasionar gran dolor al reo y cuyo único fin es “dignificar” su muerte y hacerla menos desagradable para los testigos, concluyendo en tal sentido que los estados deberían reconsiderar su uso⁴⁴. Sin embargo, lo más sorprendente de su voto es que, pese a proclamar explícitamente su rechazo personal a la pena de muerte y reconocer que se le hacía “muy difícil” emitir una conclusión sobre el recurso estudiado, en el párrafo final de su opinión el juez *Stevens* afirmó sentirse vinculado por los precedentes que en su momento declararon constitucional dicho castigo y, partiendo de tal premisa, decidió unirse a la mayoría conservadora votando a favor de la constitucionalidad del método concretamente empleado en Kentucky⁴⁵.

Finalmente, en el mismo sentido que *Stevens* votaron también los magistrados restantes, *Antonin Scalia* y *Stephen Breyer*. *Scalia*, seguramente el miembro más conservador del Tribunal, además de mostrar su adhesión a la opinión del juez *Thomas*, suscribió un voto separado con el único fin de rechazar la argumentación del juez *Stevens*, que tachó literalmente de “insostenible” pese a acabar votando ambos en un mismo sentido⁴⁶. Así, según *Scalia*, la valoración acerca de si los beneficios que aporta la pena de muerte son suficientes para justificar su imposición - como había negado su colega- es una apreciación que corresponde a los legisladores elegidos democráticamente y no a los jueces, siendo a su juicio una premisa incuestionable que la Constitución reconoce implícitamente en varios pasajes que la pena de muerte es un castigo que tiene cabida dentro del ordenamiento de los Estados Unidos⁴⁷: “*el pueblo* ha decidido que existe una contribución adecuada a fines sociales o públicos y, por tanto, no compete a unos jueces que no han sido votados obviar tal decisión”⁴⁸. Por otra parte, según *Scalia* resultaba paradójico que el juez *Stevens* afirmara que causar dolor al reo contraviene la Octava Enmienda y, al mismo tiempo, argumentara que, cuando la muerte es indolora deja de cumplir el fin retributivo que la justifica, criticándole asimismo por no aportar, pese a sus críticas a las garantías del sistema vigente, un solo ejemplo de un reo injustamente ejecutado⁴⁹.

humanos con la retribución es planteada en la discusión académica por KAUFMAN-OSBORN, *YaleLJ*, 111 (2001), p. 704. En general, sobre la frecuente justificación de la pena de muerte a través de la retribución y los problemas que plantea FINKELSTEIN, *CrimJustEthics*, 21 (2002), pp. 12-21, quien también concluye que ni los más acérrimos partidarios de esta teoría de la pena están dispuestos a llevarla hasta sus últimas consecuencias (*ibidem*, p. 20). Cfr. igualmente BORENSTEIN, *CardozoPubLPol’y&EthicsJ*, 2 (2004), pp. 377-383; SIGLER, *AmCrimLRev*, 40 (2003), p. 1178 ss y la propia FINKELSTEIN, *NYULRev*, 81 (2006), pp. 1299-1306.

⁴³ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Stevens*, p. 13 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 3 y 8.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Scalia*, p. 1.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 1-2. Sobre aquellos pasajes de la Constitución que mencionan la pena capital cfr. *infra* V.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 3 (cursiva en el original).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

Finalmente, el juez *Breyer*, alineado habitualmente con el llamado “sector liberal” y tradicional partidario de restringir el uso de la pena de muerte, afirmó compartir las apreciaciones de sus colegas *Ginsburg* y *Souter*, pero acabaría adhiriéndose al voto de la mayoría, al entender que los estudios aportados por los recurrentes en el sentido de que el pentotal podría a menudo no anestesiarse debidamente a los reos carecían de una base empírica lo bastante sólida como para cuestionar el sistema empleado en Kentucky debido a la posible creación de “un riesgo sensible de causar un sufrimiento innecesario”⁵⁰. A ello se añadía, a su juicio, que las medidas propuestas para garantizar la inconsciencia del reo no parecieran aportar una seguridad mucho mayor a la que ya proporcionan los métodos actualmente aplicados⁵¹. Aunque el magistrado admitió ser consciente de los graves problemas del castigo capital, “no es la legalidad de la pena de muerte lo que tenemos antes nosotros” y, en consecuencia, se adhirió al voto de la mayoría⁵².

El resultado de las opiniones expuesta fue que una amplia mayoría de siete magistrados acabó dando su voto a favor de la constitucionalidad de la inyección letal tal como ésta se aplica en Kentucky, rechazando en consecuencia tanto oponerse a la aplicación de la pena capital en sí -una cuestión que, ciertamente, no se había planteado- como acoger un estándar tan exigente que pudiera llevar en la práctica a la imposibilidad de aplicar el método de ejecución “menos cruel” conocido, lo que habría supuesto *de facto* impedir la aplicación del castigo capital. En consecuencia, y si bien no cabe afirmar que la sentencia del caso *Baze v. Rees* suponga un cambio de sentido en la tendencia restrictiva de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, sí supone una significativa renuncia por parte de la gran mayoría de los miembros de la Corte a bloquear en la práctica la aplicación efectiva de este castigo.

IV. La pena de muerte como castigo del delito de violación de niños: *Kennedy v. Luisiana*

Unas semanas después del anterior pronunciamiento -concretamente el 25 de junio de 2008- el Tribunal Supremo volvía a analizar, en una sentencia también muy esperada, otra importante cuestión relacionada con la constitucionalidad de la pena de muerte: la posibilidad de imponer tal castigo como consecuencia jurídica del delito de violación de niños⁵³. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió en el caso de la inyección letal, en el que -como se ha visto- surgieron importantes discrepancias incluso entre aquellos magistrados que acabaron votando en un mismo sentido, en este segundo supuesto la Sala se dividió en dos grandes bloques y la decisión final se acabó adoptando por una apretada mayoría de cinco votos contra cuatro.

⁵⁰ 553 U.S. ____ (2008), opinión del juez *Breyer*, p. 7.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Como muestra de la expectación que el caso había levantado en ambientes académicos y en la opinión pública en general cfr. SALINAS, *AmJCríml*, 34 (2006), p. 100, con referencias adicionales.

El recurrente ante la Corte Suprema, *Patrick Kennedy*, había sido condenado en Luisiana por la brutal violación de su hijastra de ocho años de edad, que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para recuperarse de las graves lesiones ocasionadas por el acusado en la zona vaginal y anal. Con la inicial ayuda de la propia víctima, *Kennedy* trató de engañar a la policía haciéndole creer que los autores de la violación eran dos jóvenes desconocidos, hasta que, después de una exhaustiva investigación y varias exploraciones médicas, la menor acabó reconociendo los hechos. *Kennedy* fue condenado unánimemente por el jurado a la pena de muerte, prevista en el estado de Luisiana para violaciones de niños menores de doce años cuando existe penetración anal o vaginal.

Al igual que en *Baze v. Rees*, en el recurso de *Patrick Kennedy* también se cuestionaba la constitucionalidad de la pena impuesta a partir de la prohibición de penas crueles e inusuales contenida en la Octava Enmienda, una prohibición que, según varios precedentes del Tribunal Supremo, impide la imposición de penas excesivas a partir del principio de justicia según el cual las consecuencias de una ofensa deben guardar proporción con la gravedad de ésta⁵⁴. Según había manifestado el propio Tribunal en algunos precedentes, la Octava Enmienda “obtiene su significado de los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, que deben “abarcar y expresar el respeto por la dignidad de la persona” y que sólo justifican el castigo si se persiguen alguna de las tres finalidades siguientes: rehabilitación, intimidación y, con algunas reservas, retribución⁵⁵. Partiendo de todas estas premisas, la jurisprudencia de la Corte había declarado que la pena de muerte debía reservarse para los delitos más graves y los sujetos que, en la comisión de tales delitos, hubieran mostrado una mayor culpabilidad⁵⁶.

Pese a la anterior doctrina las alegaciones del recurrente *Patrick Kennedy* habían fracasado en todas las instancias judiciales previas, al entender los tribunales que se habían ocupado de su caso que precedentes del Tribunal Supremo como *Coker v. Georgia* - que declaró inconstitucional la imposición de la pena capital por la violación de una mujer adulta- no eran aplicables a este supuesto al ser la víctima una niña menor de doce años. Precisamente la edad de la víctima había permitido sostener a dichos tribunales que la gravedad del delito cometido era suficiente para justificar la pena capital. Así, aun reconociendo que no era frecuente la imposición de la pena

⁵⁴ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, p. 8.

⁵⁵ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, pp. 8-9. La expresión “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”, a menudo utilizada por el Tribunal en sus precedentes sobre la constitucionalidad de la pena de muerte, fue formulada inicialmente en el caso *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86 (1958). Sobre este criterio cfr. el interesante trabajo de RYAN, *NCLR*, 85 (2007), pp. 874-875, quien pone de manifiesto cómo la propia naturaleza del estándar, *per se* abierta al cambio, ha permitido al Tribunal ir ampliando el catálogo de prohibiciones de la pena de muerte sin tener necesariamente que revocar de manera explícita la vigencia de sus propios precedentes. Cfr. igualmente GLAZER, *AmJCrL*, 25 (1997), p. 93 ss.

⁵⁶ En tal sentido se pronunció la Corte en *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002), p. 319 y *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005), p. 568.

capital por estos delitos sexuales, cinco estados la habían introducido en los últimos años, pudiendo constatarse una auténtica voluntad de cambio en tal sentido⁵⁷.

Pese a estos argumentos, la mayoría del Tribunal Supremo, formada esta vez por el bloque de jueces habitualmente calificados como “liberales” (*Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer*), junto con el “moderado” *Anthony Kennedy*, que actuó como ponente, consideraron contrario a la Octava Enmienda el castigo impuesto al recurrente⁵⁸. La razón básica de dicha declaración se basó en la regla según la cual sólo es legítimo imponer la pena de muerte -“que no es necesariamente inconstitucional”, como se dijo en *Gregg*- “a aquellos delincuentes que incurren ‘en el reducido catálogo de crímenes más graves’ y cuya extrema culpabilidad les convierte en ‘los principales merecedores de la ejecución’”⁵⁹. Según la mayoría, este criterio era el mismo que había llevado en los últimos años a considerar inconstitucional el castigo de menores de dieciocho años o personas con retraso mental y, anteriormente, a prohibir la imposición de dicha pena por la violación de una mujer adulta o por la participación en un robo con rehenes en el que acaba produciéndose una muerte en cuya ejecución no había intervenido el acusado⁶⁰. A su juicio, la determinación de dicho estándar debía basarse en dos factores: en primer lugar, en la existencia de un auténtico consenso nacional contra dicho castigo; y, en segundo término, y por encima del eventual consenso, en “los estándares fijados en precedentes vinculantes y en la concepción e interpretación por parte del Tribunal de la Octava Enmienda, su texto, historia, significado y fines”⁶¹.

Según los cinco magistrados, ambos criterios obligaban a negar la constitucionalidad de la pena de muerte en estos casos. Así, y en relación con la existencia de consenso nacional, la última vez que en los Estados Unidos alguien había sido ejecutado por violar a un niño fue en Misuri en 1964. Después de la suspensión de la pena de muerte provocada por la sentencia del caso *Furman* en 1972 y la obligada revisión de las leyes reguladoras de la pena capital, sólo seis estados la habían introducido de nuevo para los delitos de violación (Georgia, Carolina del Norte, Luisiana, Florida, Misisipí y Tennessee), pero desde que en 1977 el Tribunal Supremo declaró, en la sentencia del caso *Coker*, que dicho castigo era inconstitucional en los casos de violación de mujeres adultas, todas estas leyes acabaron quedando sin efecto. En 1995 Luisiana introdujo de nuevo la pena de muerte, aunque esta vez sólo para las violaciones de niños, y en los años sucesivos se aprobaron leyes similares en Georgia, Montana, Oklahoma, Carolina

⁵⁷ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, p. 7. En diversas publicaciones se había defendido también la constitucionalidad de la reforma de Luisiana, por no tratarse del mismo caso analizado en *Coker*. En tal sentido cfr. MEISTER, *ArizLRev*, 45 (2003), pp. 197-224 y GLAZER, *AmJCrimL*, 25 (1997), pp. 79-114. En contra de la constitucionalidad BAILEY, *Wash&LeeLRev*, 55 (1998), pp. 1335-1372.

⁵⁸ Dicha mayoría es exactamente la misma que tres años antes en *Roper v. Simmons* (cfr. *supra* II) había votado a favor de declarar inconstitucional la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años, también actuando el juez *Kennedy* como ponente.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 9, citando *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 568, que, a su vez, citó *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), p. 319.

⁶⁰ Las sentencias en las que, respectivamente, se proclamaron estas declaraciones de inconstitucionalidad fueron *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Atkins v. Virginia*, 536, U.S. 304 (2002); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) y *Emmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

⁶¹ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, p. 10.

del Sur y Texas, aunque no llegaran a aplicarse de manera efectiva. Sin embargo, los restantes cuarenta y cuatro estados y la jurisdicción federal no contemplan la pena capital para este delito, lo que, unido al hecho de que nadie hubiera sido ejecutado por violación desde 1964, según la mayoría permitía constatar la existencia de un auténtico consenso nacional, pese a las recientes reformas, contra la imposición de la pena de muerte en estos supuestos⁶².

Pasando seguidamente a analizar los precedentes, así como su propia interpretación de la Octava Enmienda, la mayoría de la Sala sostuvo también que, sin ignorar la gravedad de estos hechos, la imposición de la pena de muerte era una respuesta desproporcionada. Así, a juicio de los cinco magistrados la imposición del castigo capital sólo resulta proporcionada, en lo que respecta a los crímenes contra personas, cuando se comete un asesinato intencionado en primer grado, pues, sin negar importancia a los delitos sexuales, éstos no son comparables al asesinato en su “gravedad e irrevocabilidad”⁶³. Esta exigencia de proporcionalidad deriva de los ya citados “cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, que, según la mayoría, obligan a la “moderación y la contención” en la aplicación de la pena capital⁶⁴.

A la anterior circunstancia se añade –según los cinco magistrados– la frecuencia con la que se cometen estos delitos: casi el doble que el número de asesinatos. A juicio de la mayoría, admitir en tales casos la pena capital sería contrario a los citados “estándares de decencia” y a la necesidad de restringir el uso de dicho castigo, añadiendo en tal sentido que, si tal incremento tratara de reducirse previendo agravantes específicas para los casos más graves, en la medida en que aquéllas podrían ser compensadas con atenuantes existiría un claro peligro de aplicación arbitraria del castigo⁶⁵. Aunque, ciertamente, en relación con el asesinato la Sala ha ido introduciendo límites y requisitos para que su imposición resulte constitucional, “iniciar un proceso idéntico respecto de delitos por los que nadie ha sido ejecutado en más de cuarenta años exigiría experimentar en un área en la que un experimento fallido tendría como resultado la ejecución de una persona que no fuera merecedora de la pena de muerte”⁶⁶.

Asimismo, los cinco magistrados de la mayoría consideraron que su perspectiva resultaba también sólida atendiendo a las justificaciones de la pena capital. Así, a su juicio la retribución no podía justificar un castigo más grave que el daño causado ni el

⁶² 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, pp. 15 y 23. Otro dato a tener en cuenta además de las ejecuciones efectivas –también citado por la mayoría– es que desde 1964 sólo otra persona había sido condenada a la pena capital por violación de niños, lo que había sucedido precisamente en Luisiana el año 2007 (cfr. *ibidem*, p. 23). Sin embargo, el Tribunal Supremo de este Estado había proclamado la constitucionalidad de la ley ya en 1996 (cfr. al respecto MEISTER, *ArizLRev*, 45 [2003], p. 218 y BAILEY, *Wash&LeeLRev*, 55 [1998], p. 1360 ss).

⁶³ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, p. 27. Sobre la exigencia de proporcionalidad que el Tribunal Supremo extrae de la Octava Enmienda, cfr. SMITH, *ValLRev*, 94 (2008), p. 346. Esta exigencia es especialmente severa en el caso de la pena de muerte, pero muchísimo más laxa, según la jurisprudencia del Tribunal, respecto de otros castigos, como la reclusión perpetua: cfr., al respecto, CASTIÑEIRA/RAGUÉS, *RDPC*, 14 (2004), pp. 59-85.

⁶⁴ 554 U.S. ____ (2008), opinión del Tribunal, p. 25.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 30.

hecho de que el menor con su testimonio –a menudo la única prueba de cargo– debiera asumir la grave responsabilidad de condicionar decisivamente la ejecución de otra persona⁶⁷. A ello se añaden los riesgos de error propios de dicho medio de prueba, al resultar los menores especialmente vulnerables ante posibles manipulaciones en su testimonio y existir riesgo de fabulaciones⁶⁸. Desde el punto de vista de la intimidación, entendida como fin de la pena, tan severo castigo podría tener como consecuencia un menor número de condenas, debido a la decisión de la víctima, no infrecuente en estos casos, de no denunciar por temor a las consecuencias que puede sufrir el agresor, a menudo una persona de su entorno familiar⁶⁹. A ello se añade el hecho –según *Kennedy, Ginsburg, Stevens, Souter y Breyer*– de que, imponiendo la pena de muerte ya por la violación, se retirarían importantes incentivos al violador para que respete la vida de la víctima en la comisión del delito⁷⁰.

La suma de todos los factores mencionados y, en especial, la exigencia de proporcionalidad, obligaba, según los cinco magistrados de la mayoría, a proclamar la incompatibilidad de la pena de muerte, como consecuencia de la violación de niños, con la Octava Enmienda constitucional. Con semejante conclusión, reconocieron los propios magistrados, el Tribunal se expone a la crítica de no ser un mero observador de los consensos sociales, sino de inmiscuirse en ellos e impedir incluso su propia formación. Sin embargo -prosiguen- con semejante crítica se pasa por alto el consolidado principio de que la Octava Enmienda está definida por “los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, un principio que obliga a un uso restrictivo de la pena de muerte que no se aprecia en casos como el analizado: “muy a menudo no se sirve mejor a la justicia acabando con la vida del autor en vez de recluirle preservando la posibilidad de que él mismo y el sistema encuentren medios que le permitan comprender la enormidad de su ofensa”, concluyen los cinco jueces⁷¹.

Las anteriores conclusiones serían objeto de una dura réplica por parte de los cuatro magistrados que integran el “ala conservadora” del Tribunal: el presidente *John Roberts* y los jueces *Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito*, actuando este último como redactor del voto disidente. Desde su punto de vista, la negación de la pena de muerte en cualquier caso de violaciones de niños, “sin que importe la edad, el número de violaciones, el número de niños violados, el grado de sadismo del delito, el trauma físico o psicológico ocasionado y sin que importe el grado de atrocidad del curriculum criminal del violador”, no podía compartirse. Tal discrepancia se basaba en lo que, a juicio de los disidentes, suponía una incorrecta interpretación, por parte de la mayoría de la Sala, de dos concretos factores: la existencia de un consenso nacional contrario a la imposición de la pena capital en estos casos y el principio según el cual la

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 31-32. Un argumento criticado en GLAZER, *AmJCrImL*, 25 (1997), pp. 111-112.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁷⁰ *Ibidem*. Una crítica a este (habitual) argumento para no castigar el homicidio y la violación con la misma pena en GLAZER, *AmJCrImL*, 25 (1997), pp. 105-107.

⁷¹ *Ibidem*, p. 36.

aplicación de semejante castigo en estos supuestos se opone a “los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”⁷².

En cuanto al primer elemento cuestionado - la existencia de “un consenso nacional”- la minoría argumentó que el hecho de que pocos estados hubieran introducido hasta la fecha dicho castigo para las violaciones de niños se explicaba en muchos casos por una incorrecta interpretación por parte de los poderes legislativos de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Coker*, aunque ésta no prohibió sancionar con la muerte la violación de niños, sino sólo expresamente de “mujeres adultas”⁷³. Según estos cuatro jueces, “cuando los legisladores de los estados piensan que la aprobación de nuevas leyes previendo la pena capital probablemente será en vano, su inactividad no puede interpretarse razonablemente como una expresión de su concepción de los valores socialmente prevalentes”⁷⁴.

Además, prosiguen estos magistrados, pese a tales dudas en pocos años cinco estados habían introducido ya el castigo para estos delitos y otros cinco estaban debatiendo su introducción cuando se admitió a trámite el recurso de *Patrick Kennedy*, lo que podía suponer, a su juicio, el germen de un futuro consenso nacional a favor del castigo motivado por la preocupación ocasionada por el importante incremento de los delitos sexuales que tienen a los niños como víctimas, que ya se había plasmado en la introducción de medidas como los registros públicos de delinquentes sexuales, su internamiento forzado y la introducción de restricciones de residencia para esta clase de sujetos⁷⁵. Según los magistrados, todos éstos podrían ser indicios de un cambio cuya realidad, sin embargo, no podrá llegar nunca a confirmarse porque lo que verdaderamente había importado a la mayoría del Tribunal era su propia valoración sobre la aceptabilidad de la pena de muerte⁷⁶.

En tal sentido, los cuatro magistrados criticaron que el Tribunal hubiera basado su decisión en criterios que debían considerarse de estricta oportunidad política y que nada tenían que ver con la literalidad de la Octava Enmienda, como las relacionadas con los incentivos que la pena capital supone tanto al autor como al sujeto pasivo, unas valoraciones que, desde el punto de vista de los disidentes, suponían una invasión de competencias de los legisladores. A este respecto, criticaron también el que la mayoría se negara, con el argumento basado en el eventual riesgo de arbitrariedad, a analizar la posibilidad de restringir la aplicación de la pena a las violaciones más graves, tomando en consideración elementos tan objetivos como, por ejemplo, el número de previas condenas, las lesiones corporales causadas a la víctima o el número de agresiones⁷⁷. Y, finalmente, también mostraron su disconformidad con la apelación a posibles proble-

⁷² 554 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Alito, Roberts, Scalia y Thomas* p. 1.

⁷³ Autores como SALINAS, *AmJCrimL*, 34 (2006), p. 100, ya interpretaban antes de esta resolución que los razonamientos de *Coker* impedían extender la pena capital a los delitos sexuales que tienen a los niños como víctimas.

⁷⁴ 554 U.S. ____ (2008), opinión de los jueces *Alito, Roberts, Scalia y Thomas* p. 8.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 9-12, con las oportunas referencias.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 15. La idea de que existía una tendencia al cambio era compartida también por MEISTER, *ArizL-Rev*, 45 (2003), p. 224.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 16-18.

mas de prueba en el testimonio de los menores, que desde la perspectiva de la minoría podrían haberse resuelto, sencillamente, siendo más exigentes en relación con la prueba de cargo necesaria para condenar⁷⁸.

Según la minoría, una vez descartados los anteriores argumentos, sólo quedaban dos razones por las que la mayoría había declarado inconstitucional la pena de muerte en estos casos. En primer lugar, la supuesta necesidad de actuar restrictivamente en relación con el uso de dicho castigo, un deber que –a juicio de los disidentes– en modo alguno se extrae de la literalidad de la Octava Enmienda. Y, en segundo término, la consideración de que sólo el asesinato merece la pena capital, al ser un delito único tanto en términos de depravación moral como en atención a la severidad del daño que causa a la víctima y a la sociedad. Una valoración, sin embargo, que los magistrados de la minoría combatieron proponiendo una comparación entre dos casos: “en el primero, el acusado está robando en un supermercado cuando ve cómo su acompañante dispara al propietario. El acusado ha actuado desconsideradamente (*recklessly*), pero no ha apretado el gatillo ni tenía intención de matar. En el segundo caso un violador reincidente rapta, viola repetidamente y tortura a varios niños: ¿tan claro está que el primer acusado resulta moralmente más depravado que el segundo?”⁷⁹. Añade *Alito*: “tengo pocas dudas de que a los ojos de los americanos normales el peor violador de niños –depredadores que buscan e infligen un grave daño físico y emocional a niños indefensos– son el arquetipo de la depravación moral”⁸⁰.

Para fundamentar su afirmación, los cuatro magistrados aportaron asimismo datos sobre el grave daño que las violaciones causan a los niños que las padecen y los serios perjuicios que tales delitos ocasionan a su normal desarrollo como personas, citando estadísticas que cifran en un 40% el número de niños violados entre los siete y los trece años que más tarde sufren algún trastorno mental grave y que acreditan un importante incremento de las probabilidades de que el niño violado sea también un agresor sexual en el futuro (cinco veces superior al de niños no violados)⁸¹.

Por todas estas razones, *Roberts*, *Scalia*, *Thomas* y *Alito* concluyeron afirmando que, según su parecer, las cargas que pesan sobre todo aquel que alega la inconstitucionalidad de una ley no había sido satisfechas en el presente caso, por lo que a su juicio debía haberse confirmado la validez de la ley de Luisiana. Desde su punto de vista, “el Tribunal no ha aportado ninguna explicación convincente sobre por qué debe invalidarse esta decisión legislativa. En tal sentido, las cuestionables referencias a la ‘decencia’, la ‘moderación’, la ‘contención’ el ‘pleno progreso’ y la ‘decisión moral’ resultan insuficientes”⁸².

⁷⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

⁸² *Ibidem*, p. 23.

V. El Tribunal Supremo y el futuro de la pena de muerte: dificultades de un pronóstico

En su voto discrepante sobre el caso *Callins v. Collins* (1994), el magistrado del Tribunal Supremo *Harry Blackmun*, que en su momento había votado a favor de la pena capital en sentencias tan decisivas como *Gregg v. Georgia*, proclamó solemnemente que desde aquel día se negaba a contribuir con sus decisiones a continuar ajustando “la maquinaria de la muerte” y, seguidamente, añadió:

“(…) tal vez llegue el día en que este Tribunal elaborará reglas procesales o fórmulas verbales que realmente den consistencia, imparcialidad y fiabilidad a un modelo que admite la pena capital, pero no lo considero probable. Soy más optimista, en cambio, en que finalmente este Tribunal llegará a la conclusión de que los esfuerzos por eliminar la arbitrariedad y preservar la imparcialidad ‘en la causación de [la muerte] están tan claramente condenados al fracaso que debe desistirse de ellos y abandonar, al mismo tiempo, la pena de muerte’ (*Godfrey v. Georgia*, 1980⁸³). No viviré para ver ese día, pero tengo fe en que finalmente llegará”.

Los dos pronunciamientos que acaban de exponerse son un punto de partida aparentemente idóneo para valorar hasta qué punto se halla próxima en el tiempo la fecha esperada por el juez *Blackmun* –fallecido en 1999– en la que el Tribunal Supremo acabe declarando la inconstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos. Sin embargo, debe anticiparse, cualquier pronóstico en este ámbito está condicionado por eventualidades de difícil determinación que, hoy por hoy, complican en gran manera la fiabilidad de cualquier predicción. En todo caso, lo que sí parece claro, dadas las competencias de los estados para decidir acerca de la previsión y aplicación de esta pena, es que en tiempos próximos un final generalizado de este castigo sólo podrá llegar por medio de un fallo judicial que prohíba su imposición⁸⁴. Como demuestran leyes como la que propició el asunto *Kennedy v. Luisiana*, la actual tendencia en muchos poderes legislativos estatales no es precisamente la de reducir el ámbito de aplicación del castigo capital⁸⁵. Por otra parte, una reforma constitucional en este ámbito parece actualmente poco menos que impensable: en tal sentido, baste con señalar que los dos principales candidatos a la presidencia de los Estados Unidos en las elecciones de 2008 se declararon favorables a mantener el castigo capital, criticando públicamente la decisión de la Corte Suprema de prohibir su aplicación a los violadores de niños⁸⁶.

⁸³ Cita textual del voto del juez *Marshall* en dicha resolución, cuya referencia es 446 U.S. 420 (1980).

⁸⁴ En este punto se coincide con el análisis de GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), pp. 361-363.

⁸⁵ De hecho, en los últimos cuarenta años sólo un estado -Nueva Jersey en 2007- ha abolido la pena de muerte en su legislación y la gran mayoría la mantiene en sus respectivos sistemas jurídicos; cfr. al respecto SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 299. Las amplísimas competencias de los estados en materia penal son citadas como una de las causas principales que explican el mantenimiento de la pena en Estados Unidos; al respecto ver GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), p. 363 y STEIKER, *OrLRev*, 81 (2002), pp. 121-122.

⁸⁶ Cfr. por ejemplo <http://www.msnbc.msn.com/id/25379987/>>. Sobre las razones que explican la excepcional pervivencia de esta pena en los Estados Unidos cfr. GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), pp. 347-376 y STEIKER, *OrLRev*, 81 (2002), pp. 97-130 con referencias adicionales acerca del interesante debate de los últimos años sobre esta cuestión.

Como se ha expuesto anteriormente (cfr. *supra* II), desde que en 1976 la sentencia del caso *Gregg v. Georgia* diera su beneplácito a la aplicación de las nuevas leyes reguladoras del castigo capital, la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de restringir progresivamente su uso. Así, en las más de tres décadas transcurridas desde dicha sentencia, y particularmente en los últimos años, el Tribunal ha declarado inconstitucional la imposición del castigo capital a delincuentes menores de edad y retrasados mentales, en ciertos casos de complicidad en asesinatos y, además, como consecuencia del delito de violación, ya sea de adultos o niños. *Obiter dictum*, en la sentencia del caso *Kennedy v. Luisiana* se ha añadido que la imposición de dicha pena también sería inconstitucional en el caso de delitos contra bienes jurídicos personales distintos del asesinato (cfr. *supra* IV). Según señala *Stephen F. Smith*, profesor de la Universidad de Virginia, esta tendencia restrictiva -basada, en sus propias palabras, “en un uso más agresivo del requisito de proporcionalidad extraído de la Octava Enmienda”⁸⁷ - supone un cambio sustancial en relación con la jurisprudencia del Tribunal entre las décadas de 1970 y 1990, cuando la limitación de la pena de muerte se buscó fundamentalmente por medio de recursos procesales⁸⁸.

Sin embargo, en el tiempo transcurrido desde *Gregg* no todas las decisiones de la Sala se han situado en esta dirección restrictiva. Sin ir más lejos, en 2006 se consideró conforme a la Constitución -en la sentencia del caso *Kansas v. Marsh*- la imposición de la pena capital en supuestos en los que concurren simultáneamente circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de un delito de asesinato⁸⁹. Y no cabe pasar por alto que, aunque en *Baze v. Rees* ciertamente no se discutía sobre los presupuestos de aplicación de la pena, sino acerca del método de ejecución, sólo dos magistrados - *Ginsburg* y *Souter*- se decantaron por la fijación de un estándar tan exigente que, en la práctica, complicara notablemente la aplicación efectiva del castigo ofreciendo al reo amplias posibilidades de recurso en relación con la inyección letal.

Otro importante dato a tener en cuenta es que, si bien la tendencia general en la jurisprudencia de la Corte ha sido la progresiva restricción del uso del castigo capital, las concretas sentencias que han fijado esta dirección han sido dictadas con mayorías muy ajustadas, casi siempre de cinco magistrados. En tal sentido dichas resoluciones permiten constatar cómo, a día de hoy, el Tribunal cuenta con cuatro jueces -el presidente *Roberts* y los magistrados *Scalia*, *Thomas* y *Alito*- claramente favorables, no sólo a la constitucionalidad del castigo capital, sino a permitir un uso discrecional de esta pena por parte de los legisladores de los estados. Por el contrario, otros cuatro miembros -*Stevens*, *Souter*, *Ginsburg* y *Breyer*- se declaran opuestos a la pena o, cuando menos, son partidarios de limitar fuertemente su aplicación, aunque de una manera más

⁸⁷ SMITH, *ValRev*, 94 (2008), p. 342.

⁸⁸ SMITH, *ValRev*, 94 (2008), p. 336 ss. Según este autor (*ibidem*, p. 339 ss), mientras que lo que en su momento se buscó con la sentencia del caso *Furman* fue mayor racionalidad y equidad en la imposición de la pena, el objetivo de la nueva tendencia es disminuir su utilización. En el ámbito procesal (*ibidem*, p. 340 ss) lo más destacable de los pronunciamientos de los últimos años han sido las exigencias relativas a la defensa de los acusados.

⁸⁹ 548 U.S. 163 (2006). Votaron a favor de la constitucionalidad *Roberts*, *Scalia*, *Kennedy*, *Thomas* y *Alito*.

matizada que algunos de sus predecesores en el Tribunal, como los declarados abolicionistas *Brennan* o *Marshall*, que durante sus años en la Corte proclamaron abiertamente en numerosas resoluciones sobre esta materia que, a su juicio, la pena de muerte era inconstitucional *per se*⁹⁰. Una afirmación esta última que en modo alguno se contiene en las sentencias analizadas *supra*, proclamando expresamente la mayoría en *Kennedy v. Luisiana* que dicha sanción no es “necesariamente inconstitucional”⁹¹.

En este contexto, la capacidad de inclinar la balanza entre estos dos bloques de magistrados queda actualmente en manos del juez *Kennedy*, habitualmente calificado de moderado y que a lo largo de su trayectoria en el Tribunal ha decantado su voto en sentidos diversos en relación con la pena capital, aunque con una cierta tendencia a unirse al sector menos favorable al castigo⁹². Así, aunque *Kennedy* votó a favor de la imposición de dicha pena en casos de concurrencia de atenuantes y agravantes (*Kansas v. Mash*), además de ser favorable a la constitucionalidad de la inyección letal (cfr. *supra* III), ha votado, en cambio, contra la constitucionalidad de la pena, además de su pronunciamiento en *Kennedy v. Luisiana*, en las sentencias que prohibieron la ejecución de menores de dieciocho años (*Roper v. Simmons*) o personas con retraso mental (*Atkins v. Virginia*). Sin embargo, pese a estos votos no parece demasiado probable que *Kennedy* apoyara una declaración de inconstitucionalidad del castigo en general. Consecuentemente, mientras se mantenga el actual equilibrio de fuerzas en el seno del Tribunal cabe esperar, tal vez, nuevas decisiones que restrinjan aún más el alcance de la pena capital, pero es poco probable una decisión que tenga como consecuencia su plena expulsión del sistema constitucional estadounidense.

Precisamente las ajustadas mayorías en las que se sustenta la tendencia restrictiva descrita hacen prácticamente imposible aventurar qué sucederá cuando se produzca alguna nueva incorporación al Tribunal por retiro o fallecimiento de sus actuales miembros, entre otras razones por la obvia imposibilidad de pronosticar cuándo se producirán las bajas y cuál será la adscripción política del presidente que propondrá a los nuevos miembros⁹³. En todo caso, si se da por buena la regla según la cual los magistrados propuestos por presidentes demócratas son poco favorables a la pena capital y los nominados por presidentes republicanos más bien favorables al castigo, la victoria de *Barack Obama* en las elecciones de noviembre de 2008 permite augurar, cuando menos, un mantenimiento del actual *status quo* durante los próximos cuatro años.

⁹⁰ Un interesante estudio sobre cómo los puntos de vista personales de los magistrados influyen en esta materia, más allá de la argumentación estrictamente constitucional, en RAEKER-JORDAN, *MeLRev*, 58 (2006), p. 128.

⁹¹ 554 U.S. ___ (2008), opinión del Tribunal, p. 9.

⁹² De hecho, algún autor como STEIKER, *OhioStJCrimL*, 5 (2007), p. 285, habla de una “sólida coalición de cinco magistrados” que actúa con la voluntad de limitar el castigo capital, incluyendo en ella al juez *Kennedy*, si bien reconoce (*ibidem*, p. 286) que en otros casos este magistrado no ha dudado en unirse a los jueces favorables al castigo.

⁹³ Tanto el presidente (*chief justice*) como los jueces miembros (*associate justices*) del Tribunal Supremo son propuestos por el presidente de los Estados Unidos y para su nombramiento efectivo deben contar con la aprobación del Senado.

La regla citada se cumple estrictamente en el caso de los magistrados designados por presidentes demócratas: así, los jueces *Breyer* y *Ginsburg* –propuestos en su momento por *Bill Clinton*– forman parte del ala menos favorable al castigo capital. La cuestión es más compleja en el caso de los magistrados propuestos por presidentes republicanos, cuyo número es muy superior. Así, pese a que *Stevens*, *Kennedy* y *Souter* fueron promovidos, respectivamente, por los presidentes *Gerald R. Ford*, *Ronald Reagan* y *George W. H. Bush*, con el tiempo no han dudado en asumir planteamientos poco favorables a la pena de muerte, sobre todo en el caso de los dos primeros. Ello ha llevado, según numerosos analistas, a que en las propuestas efectuadas en la última presidencia republicana se hayan buscado perfiles muy conservadores –como los del actual presidente *John Roberts* o *Samuel Alito*– que hagan poco probable un cambio de parecer en materias con gran repercusión política como la pena capital⁹⁴.

En tal sentido, un dato importante a tener en cuenta ha de ser, necesariamente, la edad de los miembros del Tribunal. Así, tanto los miembros del llamado “sector liberal”, más bien opuesto a la pena de muerte, como el “moderado” juez *Kennedy*, nacieron todos ellos en la década de 1930, con la excepción del veterano juez *Stevens*, nacido en 1920⁹⁵. Por su parte, los partidarios de la pena capital son en general más jóvenes: más concretamente, *Scalia* nació en 1936, *Thomas* en 1948, *Alito* en 1950 y el presidente *Roberts* en 1955. A la vista de estas edades se advierte que la formación de una mayoría contraria -o, en todo caso, poco favorable- a la pena de muerte pasaría por la producción de una o más bajas en el sector conservador-moderado durante los próximos cuatro años, un escenario cuyo acaecimiento no parece demasiado probable.

A todas estas consideraciones, basadas en las opiniones personales más previsibles de los miembros del Tribunal, se unen otros argumentos de naturaleza estrictamente jurídica. En tal sentido cabe constatar cómo una de las principales victorias en los últimos años del sector menos favorable de la Corte a la pena de muerte ha sido la renuncia del sector opuesto a fundamentar su constitucionalidad alegando la contribución efectiva de dicho castigo a la consecución de determinados intereses sociales. Así, la afirmación de quienes se oponen a la pena razonando que su imposición no puede legitimarse apelando a supuestos fines de inocuidad o intimidación, así como la insuficiencia legitimadora de la retribución, ya no es directamente cuestionada por los magistrados más favorables al castigo capital, que incluso admiten que la capacidad preventiva de la pena de muerte es una cuestión sobre la que no existen conclusiones

⁹⁴ Al respecto baste con citar un ilustrativo dato: en la página web de *John McCain*, candidato republicano a las elecciones presidenciales de 2008, tanto *Roberts* como *Alito* eran citados como ejemplos de la misma “filosofía judicial” que defendía dicho candidato (cfr. <<http://www.johnmccain.com/Informing/Issues/b8529d0e-381e-4a29-9c39-6a57c7e182c9.htm>>). Según SMITH, *ValRev*, 94 (2008), p. 292, todos los presidentes republicanos desde *Nixon* se han esforzado por posicionar al Tribunal “a la derecha en relación con cuestiones penales”. Por su parte, SALINAS, *AmJCrL*, 34 (2006), pp. 41-42, apela a circunstancias como el perfil de los miembros del Tribunal y a la influencia de la derecha religiosa para considerar poco probable una futura declaración de inconstitucionalidad de la pena capital.

⁹⁵ Concretamente, los años de nacimiento son 1933 (*Ginsburg*), 1936 (*Kennedy*), 1938 (*Breyer*) y 1939 (*Souter*).

empíricas fiables⁹⁶. Así las cosas, el principal argumento de los magistrados contrarios a restringir el uso de la pena ha dejado de ser su justicia intrínseca o su posible utilidad, para pasar a tener, por así decirlo, una naturaleza meramente “competencial”, basada en la idea de que quien debe decidir sobre si esta pena satisface adecuadamente algún fin son los legisladores democráticamente elegidos y no los jueces, que sólo están legitimados para pronunciarse acerca de la cabida de la pena en el marco constitucional⁹⁷.

En este último sentido, es importante tener en cuenta que si, llegado el caso, el motivo para expulsar a la pena de muerte del sistema constitucional estadounidense ha de ser su incompatibilidad con la Octava Enmienda –la prohibición de penas crueles e inusuales– las dificultades interpretativas son evidentes, máxime si dicho castigo se aplica recurriendo a métodos en principio indoloros como la inyección letal. A tal efecto no puede ignorarse, como recalcan a la mínima ocasión posible los partidarios del castigo, que el propio texto constitucional en algunos de sus preceptos no duda en presuponer la existencia de tal pena en el Derecho de los Estados Unidos: así, por ejemplo, en la Quinta Enmienda, que proclama el derecho al debido proceso, o en la Decimocuarta Enmienda, que impone a los estados el deber de respetar los derechos reconocidos a los ciudadanos por la Constitución. En tal sentido, es altamente significativo, por ejemplo, que un antiguo presidente del Tribunal, *Warren E. Burger*, manifestara en la sentencia del caso *Furman* que si él tuviera el poder de legislar, personalmente aboliría la pena de muerte o la restringiría al máximo, pero, dado que esta capacidad no formaba parte de las competencias del Tribunal, y que debía limitarse a interpretar la Constitución, no tenía otro remedio que admitir la constitucionalidad del castigo⁹⁸.

Negar la constitucionalidad de una sanción que el texto constitucional presupone como posible no es, desde luego, tarea sencilla. De hecho, la única vez que el Tribunal se ha cuestionado la constitucionalidad de la pena como tal –la ya citada sentencia del caso *Gregg v. Georgia* (cfr. *supra* II)– respondió afirmativamente a dicha cuestión por una amplia mayoría de siete votos y a lo largo de la historia las conquistas abolicionistas han tenido que alcanzarse por vías indirectas, como cuestionar ciertos aspectos de su aplicación práctica –como sucedió en 1972 con la sentencia del caso *Furman*, que dio lugar a una moratoria de varios años– o restringir su ámbito de aplicación en situaciones muy concretas, como ha venido haciéndose últimamente. En consecuencia, cabe afirmar que, aunque los opositores a la pena capital puedan tener a su favor el espíritu de los tiempos de la llamada “cultura occidental”, los partidarios de dicho

⁹⁶ Una conclusión que parece confirmarse en recientes trabajos como DONOHUE/WOLFERS, *StanLRev*, 58 (2006), pp. 791-845, criticando la solidez de aportaciones previas (como SUNSTEIN/VERMEULE, *StanLRev*, 58 [2005], pp. 703-750), que pretenden acreditar con datos empíricos el efecto intimidatorio de la pena capital.

⁹⁷ En tal sentido cfr. *supra* la opinión de los magistrados de la minoría en *Kennedy v. Luisiana*, p. 16 y el voto de *Scalia* en *Baze v. Rees*, p. 4. Por el contrario, en algunos pasajes de *Gregg v. Georgia* (1976) el Tribunal no dudó en afirmar que la pena efectivamente podía contribuir a la contribución de ciertos fines. Así, por ejemplo, el voto de los jueces *Stewart, Powell* y *Stevens* (pp. 183-186) apelaba a las “finalidades sociales” de la retribución y la intimidación como justificaciones del castigo.

⁹⁸ Ver las oportunas referencias en SALINAS, *AmJCrimL*, 34 (2006), p. 44.

castigo cuentan con el respaldo del texto constitucional, lo cual, tratándose de los miembros de un tribunal de justicia, no es precisamente un apoyo menor⁹⁹.

En tono especialmente pesimista, algunos autores como *Eric Tennen* se atreven a cuestionar incluso que las concretas decisiones que el Tribunal ha ido dictando en los últimos años, prohibiendo en ciertos casos concretos el uso de la pena capital, merezcan ser vistas como pasos previos de una futura declaración de inconstitucionalidad¹⁰⁰. Desde su punto de vista ello se explica, en primer lugar, porque los supuestos que se han excluido del castigo (cfr. *supra* II) eran de previsión y aplicación poco frecuentes -con alguna excepción muy concreta, como el caso de las personas que padecen retraso mental- y, por tanto, su inconstitucionalidad apenas ha influido en el número de reclusos en el corredor de la muerte, que no ha dejado de crecer en las últimas décadas. Además, según *Tenner*, la eliminación de los casos más cuestionables del radio de aplicación efectiva de la pena muy posiblemente generará en la opinión pública un efecto de reafirmación en la justicia de dicho castigo¹⁰¹. A su entender, el único factor que en los últimos años ha contribuido a que los ciudadanos estadounidenses pongan en tela de juicio la aplicación de la pena de muerte ha sido el descubrimiento, mediante pruebas de ADN, de un número significativo de condenas erróneas, que en algunos estados ha llevado incluso a la aprobación de moratorias. Pero en relación con estos casos el Tribunal Supremo no sólo no ha desempeñado ningún papel relevante, sino que sus contadas decisiones han mostrado una predisposición más bien escasa a revisar por tales motivos condenas firmes¹⁰².

Por todas las razones expuestas, pronunciarse hoy sobre la proximidad de una posible decisión judicial que ponga fin a la pena de muerte en los Estados Unidos resulta francamente aventurado, pues no está claro siquiera que puedan ser magistrados, y no los legisladores, quienes deban acabar con dicho castigo. En todo caso, y pese a esta situación de gran incertidumbre, la victoria demócrata en las elecciones de 2008 permitirá, de momento, evitar una inversión en la actual tendencia a restringir el uso de dicha pena y no cabe descartar la posibilidad, si en los próximos años se producen bajas en el sector conservador-moderado, de que no esté tan lejano el día que en su

⁹⁹ La cuestión acerca de en qué medida debe influir en la jurisprudencia del Tribunal, al fijar los llamados “estándares de decencia”, el hecho de que a nivel internacional el uso de la pena de muerte se haya ido restringiendo cada vez más fue objeto de un intenso debate en la sentencia del caso *Roper v. Simmons* (542 U.S. 551 [2005]), que prohibió la condena a muerte de menores de dieciocho años. Mientras los cuatro magistrados del “sector liberal” y el juez *Kennedy* como ponente tuvieron en cuenta tal elemento, el bloque conservador -liderado por *Scalia*- se opuso vehementemente a tal posibilidad.

¹⁰⁰ TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), pp. 251-275.

¹⁰¹ TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), p. 271. Según fuentes citadas por este autor en 2004 los partidarios de la pena capital eran el 71% de los estadounidenses. También BLECKER, *NYLSchJHumRts*, 19 (2003), p. 300, se refiere al carácter ambiguo de estas resoluciones, que los abolicionistas ven como un paso más a la abolición general y los partidarios de la pena capital -entre los que se cuenta él mismo- como un “refinamiento” de la pena motivado por la intención del Tribunal de reservar el castigo sólo para “lo más grave dentro de lo grave”.

¹⁰² TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), pp. 273-275 y SMITH, *ValRev*, 94 (2008), pp. 373-375, citando *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993), en la que se rechazó la perspectiva de que la Constitución prohíbe la ejecución de acusados fácticamente inocentes que han sido condenados en un proceso justo.

momento augurase el Juez *Blackmun*, en el que la Corte ponga fin a la aplicación de la pena capital.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bailey, J. Chandler, "Death *Is* Different, Even on the Bayou: The Disproportionality of Crime and Punishment in Louisiana's Capital Child Rape Statute", *Washington and Lee Law Review*, 55 (1998), pp. 1335-1372.
- Blecker, Robert, "The Death Penalty: Where are We Now?", *New York Law School Journal of Human Rights*, 19 (2003), pp. 295-304.
- Borenstein, Jason, "The Death Penalty: Conceptual and Empirical Issues", *Cardozo Public Law, Policy, & Ethics Journal*, 2 (2004), pp. 377-399.
- Castiñeira, M.ª Teresa / Ragués, Ramon, "Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, 14 (2004), pp. 59-85.
- Denno, Deborah W., "Getting to Death: Are Executions Constitutional", *Iowa Law Review*, 82 (1997), pp. 319-449.
- Denno, Deborah W., "The Lethal Injection Quandary: How Medicine has Dismantled the Death Penalty", *Fordham Law Review*, 76 (2007), pp. 49-128.
- Denno, Deborah W., "When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behin State Uses of Electrocution and Lethal Injection and What it Says About Us", *Ohio State Law Journal*, 63 (2002), pp. 63-261.
- Donohue, John J. / Wolfers, Justin, "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", *Stanford Law Review*, 58 (2006), pp. 791-845.
- Finkelstein, Claire, "Death and Retribution", *Criminal Justice Ethics*, 21 (2002), pp. 12-21.
- Finkelstein, Claire, "A Contractarian Argument against the Death Penalty", *New York University Law Review*, 81 (2006), pp. 1283-1330.
- Garland, David, "Capital punishment and American Culture", *Punishment & Society*, 7 (2005), pp. 347-476.
- Glazer, Yale, "Child Rapists Beware! The Death Penalty and Louisiana's Amended Aggravated Rape Statute", *American Journal of Criminal Law*, 25 (1997), pp. 79-114.
- Hardvard Law Review* (nota sin indicación de autor), "A New Test for Evaluating Eighth Amendment Challenges to Lethal Injections", 120 (2007), pp. 1301-1323.
- Kaufman-Osborn, Timothy V., "Regulating Death: Capital Punishment and the Late Liberal State" (recensión del libro de Austin Sarat, *When the State Kills: Capital Punishment and the American Condition*, Princenton, 2001), *The Yale Law Journal*, 111 (2001), pp. 681-706.
- Meister, Melissa, "Murdering Innocence: The Constitutionality of Capital Child Rape Statutes", *Arizona Law Review*, 45 (2003), pp. 197-224.
- Orem, Kimberly A., "Evolution of an Eighth Amendment Dichotomy: Substantive and Procedural Protections within the Cruel and Unusual Punishment Clause in Capital Cases", *Capital Defense Journal*, 12 (2000), pp. 345-361.
- Raeker-Jordan, Susan M., "Parsing Personal Predilections: a Fresh Look at the Supreme Court's Cruel and Unusual Death Penalty Jurisprudence", *Maine Law Review*, 58 (2006), pp. 100-128.

- Ryan, Meghan J., “Does Stare Decisis Apply in the Eighth Amendment Death Penalty Context?”, *North Carolina Law Review*, 85 (2007), pp. 847-884.
- Salinas, Lupe S., “Is it Time to Kill the Death Penalty?: A View from the Bench and the Bar”, *American Journal of Criminal Law*, 34 (2006), pp. 39-108.
- Sigler, Mary, “Contradiction, Coherence, and Guided Discretion in the Supreme Court’s Capital Sentencing Jurisprudence”, *American Criminal Law Review*, 40 (2003), pp. 1151-1194.
- Smith, Stephen F., “The Supreme Court and the Politics of Death”, *Virginia Law Review*, 94 (2008), pp. 283-383.
- Steiker, Carol S., “Capital Punishment and American Exceptionalism”, *Oregon Law Review*, 81 (2002), pp. 97-125.
- Steiker, Carol S., “*Panetti v. Quarterman*: Is There a ‘Rational Understanding’ of the Supreme Court’s Eighth Amendment Jurisprudence?”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5 (2007), pp. 285-300.
- Steiker, Carol S. / Steiker, Jordan M., “Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades of Constitutional Regulation of Capital Punishment”, *Harvard Law Review*, 109 (1995), pp. 355-438.
- Sunstein, Cass R. / Vermeule, Adrian, “Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs”, *Stanford Law Review*, 58 (2005), pp. 703-750.
- Tennen, Eric, “The Supreme Court’s Influence on the Death Penalty in America: a Hollow Hope?”, *Boston University Public Interest Law Journal*, 14 (2005), pp. 251-275.