

ESTUDIOS

PENA DE MUERTE EN ESTADOS UNIDOS Reflexiones en torno al caso *Atkins v. Virginia*

LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES

*Instituto de Criminología
y Área de Derecho Administrativo.
Universidad de Alicante*

*SUMARIO: 1. Introducción.—2. Antecedentes históricos: evolución de la pena capital en Estados Unidos.—3. La discriminación en la aplicación de la pena. 4. El caso de los enfermos mentales.—5. El caso de los retrasados mentales: la sentencia *Atkins v. Virginia*.—6. Reflexiones prospectivas.*

1. Introducción

El pasado mes de junio el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dictado dos importantes decisiones en relación con la pena de muerte. La primera, caso *Atkins v. Virginia*⁽¹⁾, con un alcance incuestionablemente sustancial y sobre la que versará lo fundamental del contenido de este trabajo, declara la inconstitucionalidad de la pena de muerte en delincuentes retrasados mentales. La segunda tiene una dimensión básicamente procedural; la sentencia dictada en el caso *Ring v. Arizona*⁽²⁾ declara la inconstitucionalidad de la pena de muerte impuesta por un juez, al considerar únicamente admisible aquella resolución condenatoria a la pena capital que –cumplidos los restantes requisitos constitucionales y legales– es impuesta por un jurado⁽³⁾.

⁽¹⁾ *Atkins v. Virginia*, 000 U.S. 00-8452 (2002). La decisión se adoptó el 20.6.2002, y la causa elevada al Tribunal Supremo es la 260 Va. 375, 534 S.E. 2d 312 (2000).

⁽²⁾ *Ring v. Arizona*, 000 U.S. 01-488 (2002). La decisión se adoptó el 24.6.2002, y la causa elevada al Tribunal Supremo es la 200 Ariz. 267, 25 P. 3d 1139 (2001).

⁽³⁾ No me detendré en este caso, pero baste señalar los indudables puntos de conexión de la argumentación en él contenida con una doctrina previamente formulada por el TS de EE.UU., por ejemplo en *Furman v. Georgia* y en *Gregg v. Georgia*. En estos casos se postula que sea el legislador quien, en representación de la sociedad, configure lo que han de entenderse por valores sociales predominantes. Y, tras el legislador el jurado. En cualquier caso no corresponde tal determinación a los jueces, como se describirá en el cuerpo de este artículo.

Es cierto, que periódicamente los medios de comunicación norteamericanos dan noticia de decisiones judiciales muy controvertidas en este campo. Lo dramático de la decisión abona el impacto de la noticia y, en consecuencia, su propio valor periodístico. Pero en este caso, lo espectacular no ha sido la ratificación de fallos condenatorios o la ejecución de condenados –hechos a los que lamentablemente ya estamos casi acostumbrados–, sino la adopción de dos decisiones importantes⁽⁴⁾ que revisan en cierta medida –no cabe hablar propiamente de «vuelco»– una línea jurisprudencial demolidoramente conservadora, y por ende favorable a la pena capital.

En el presente artículo, partiendo de un breve recordatorio histórico de lo que ha sido la pena de muerte en Estados Unidos (apartado 2), analizaremos a continuación la cuestión del carácter discriminatorio de la propia pena capital (apartado 3), nos adentraremos después en la particular problemática y evolución que ha tenido la aplicación de esta pena en enfermos (apartado 4) y retrasados mentales (apartado 5), finalizando con algunas consideraciones, en clave prospectiva (apartado 6).

2. Antecedentes históricos: evolución de la pena capital en Estados Unidos

La pena de muerte es tristemente célebre, tanto en su esencia como en su presencia. En su esencia, la eliminación física de una vida humana remite a consideraciones filosóficas –en el más amplio sentido de la palabra– que aquí no se abordarán⁽⁵⁾. En su presencia es una trágica «constante histórica» que también requeriría un análisis monográfico que tampoco será objeto de nuestra atención⁽⁶⁾. Nuestro objetivo aquí es mucho más limitado, la descripción de la evolución histórica de la pena capital en Estados Unidos, básicamente en relación al que pudiéramos llamar «factor psíquico», descripción que se llevará a cabo teniendo a la vista la reciente sentencia del caso *Atkins*.

La primera ejecución de la que se tiene noticia en Estados Unidos pudiera haber sido la de Daniel Frank, quien en 1622 fue ejecutado en la colonia de Virginia, convicto de un delito de robo⁽⁷⁾. La pena capital se hallaba por aquel tiempo asumida sin dificultad por los más ilustres pensadores de la época. Dentro del pensamiento anglosajón, quien ha llegado a ser calificado como «el» filósofo inglés por excelencia⁽⁸⁾, John Locke (1632-1704), afirmará por ejemplo que «todo hombre tiene en el estado

⁽⁴⁾ *The New York Times* de 20 de junio de 2002 calificó la sentencia del caso *Atkins* como una de las más importantes decisiones sobre la pena capital de los últimos años. El *Washington Post* del 21 de junio de 2002 entendió que esta decisión es una de las más significativas restricciones a la pena de muerte desde la reimplantación de la pena de muerte en *Gregg v. Georgia* en 1976.

⁽⁵⁾ Cfr., por ejemplo, BERISTAIN, Antonio: *Aspectos filosóficos y religiosos de la pena de muerte: su no-dualidad*, en CARIO, Robert (Comp): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al Profesor Beristain)*, Ederesa, Madrid, 1996, pp. 75-101.

⁽⁶⁾ Cfr., por ejemplo, SUEIRO, Daniel: *La Pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza, Madrid, 1974.

⁽⁷⁾ No debe sorprender tan desproporcionada penalidad en aquella época. Por poner un ejemplo comparativo, en España una Pragmática de Felipe V de 23 de febrero de 1734 permite ahorcar a los mayores de 17 años por hurtos «de poca o mucha cantidad» que hubieran sido cometidos en la Corte o en las cinco leguas de su Rastro; BARBERO SANTOS, Marino: *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 128.

⁽⁸⁾ HIRSCHBERGER, Johannes: *Historia de la Filosofía*, Herder, Barcelona, 1976, t. II, p. 112.

de Naturaleza poder para matar a un asesino, a fin de apartar a otros de cometer un delito semejante...»⁽⁹⁾. Más obsérvese como en este caso —además de la finalidad de prevención general explicitada— se respeta al menos la proporcionalidad (aplicación de la pena capital por delito de asesinato).

Sin embargo, la proporcionalidad no existe —utilizando los parámetros actuales— cuando tenemos a la vista algunos de los primeros textos norteamericanos en materia de derechos y libertades. Entonces la persecución ideológica justificará sin mayores dificultades la máxima pena. Es el caso del Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641, cuya norma 94 establece la pena de muerte por la creencia en otro Dios distinto de «Dios Señor nuestro» o para la blasfemia contra el nombre de «Dios, Padre, Hijo o Espíritu Santo de una forma directa, expresa, presunta o excesiva, o [para quien] maldice a Dios de la misma forma». Y también lo es el Acta de Tolerancia de Maryland (1649) que castiga asimismo con la pena de muerte la blasfemia o negación de Dios o de la Santísima Trinidad⁽¹⁰⁾. Y la proporcionalidad tampoco existe en aquellos tiempos a la vista del incomprensible alto número de tipos delictivos que conllevan la máxima pena, fenómeno este que bien puede calificarse de universal.

Ninguna referencia explícita se encuentra a la pena de muerte en la Constitución de Estados Unidos de 17 de septiembre de 1787⁽¹¹⁾, pero el primer Congreso autorizó la imposición de la pena capital en algunos (solo doce) de los tipos de delitos especialmente graves (entre ellos, traición, asesinato, piratería y falsificación).

A lo largo del XIX se iría incrementando tanto el número de Estados en implantar la pena capital, cuanto el repertorio de figuras delictivas para su aplicación. Pero a la vez surgen movimientos abolicionistas; así, en 1845 se fundó la *American Society for the Abolition of Capital Punishment*, siendo Michigan el primer Estado en abolir la pena capital (salvo para el delito de traición), aunque en 1917 la cifra de Estados abolicionistas alcanzaba ya el número de 17. Y el número no dejará de incrementarse a lo largo del siglo hasta que llegue un momento de inflexión (caso *Furman*), muy poco duradero en sus consecuencias, como pronto veremos.

Existen algunos pronunciamientos aislados que pretenden fijar unos límites, algunas fronteras infranqueables, para la aplicación de la pena de muerte. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia en *Lousiana ex re. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947). Aquí el sentenciado a la pena capital fue electrocutado en una primera ocasión, aunque un fallo mecánico impidió la consumación de la ejecución. Por segunda vez se emitió orden para llevar a cabo la pena de muerte. El Tribunal Supremo afirma que es difícil asumir mentalmente una doble ejecución por una solo delito, pues «nuestras mentes se rebelan ante la posibilidad de que se pueda castigar doblemente

(9) LOCKE, John: *Ensayo sobre el gobierno civil*, cap. II, § 11, Aguilar, Madrid, 1976, p. 10.

(10) En realidad no debe sorprender esta penalidad aplicada en el ámbito religioso, cuando para el primer empírico inglés, Thomas Hobbes (1588-1579), «todo delito es un pecado»; HOBBS, Thomas: *Leviatán*, parte II, cap. XXVII, Sarpe, Madrid, 1983, vol. I, p. 294.

(11) Aunque sí la encontramos en el art. 2 (Carta de Derechos), sec. 7.^a de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 6 de febrero de 1952 que señala textualmente: «Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte...».

por una misma ofensa», y es que el doble enjuiciamiento es análogo a la doble ejecución, clara aplicación del principio *non bis in idem* a la materia que aquí nos ocupa.

No se discute en este tiempo –como en realidad tampoco se discute en el actual– la legitimidad de la pena de muerte como hipótesis punitiva, si bien se deja sentado que por imperativos de la VIII Enmienda es inquestionable que el ejercicio del poder sancionador del Estado ha de ser ejercido dentro de los límites y de los estándares que impone la civilización⁽¹²⁾. Sobre estos estándares de civilización y sobre la conciencia social subyacente girarán las polémicas –y los avances y retrocesos– en relación a la aplicación de la pena de muerte a colectivos específicos (en lo que aquí particularmente interesa, enfermos y retrasados mentales).

En 1972 se produce una auténtica revolución, tan radical en sus planteamientos como breve en su vigencia. En el caso *Furman v. Georgia*⁽¹³⁾ se produce *de facto* la abolición de la pena de muerte, aunque sin llegar a invocar la inconstitucionalidad de esta medida penal por su oposición a la VIII enmienda de la Constitución. La sentencia destaca por la plural riqueza de las argumentaciones de los diferentes Magistrados y está referida a tres casos de imposición de la pena de muerte, uno por asesinato y otros dos por violación. Los Magistrados Brennan y Marshall consideraron que la pena de muerte era contraria a la Constitución, en cualquier circunstancia. Brenan dirá: «*Hoy en día la pena de muerte es el más severo de los castigos. Si la examinamos bajo los principios de la cláusula de castigos crueles e insólitos, inevitablemente ofende a la dignidad humana. Por tanto, la pena de muerte es “cruel e insólita” y los Estados no pueden seguir imponiéndola por más tiempo*». Los Magistrados Stewart, Douglas y White, consideraron que la violación de la Constitución solo tenía lugar si se realizaba sin una guía para el Jurado. El Presidente Burger y los jueces Blackmun, Powell y Rehnquist entendieron, por su parte, que eran precisamente las legislaciones estatales las que debían definir los valores sociales imperantes, no debiendo desplazarse tal decisión a los jueces.

La sentencia de *Furman v. Georgia* invalidó las sentencias capitales «arbitrarias o caprichosas»⁽¹⁴⁾, impuestas sin respetar unos criterios o estándares objetivos prefijados. Tuvo un directo efecto sobre la legislación estatal de Georgia directamente, e indirectamente pero de forma totalmente inequívoca, influyó para que otros 35 Estados revisaran sus legislaciones hasta adaptarlas a las pautas de Georgia⁽¹⁵⁾.

En esencia la regla de Georgia supone que durante la fase ejecutoria ha de analizarse la concurrencia de factores agravantes antes de imponer la pena capital. Dichos factores son: 1) condena anterior a delito castigado con pena capital o historial deli-

(12) Así se reconocerá en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 (1958).

(13) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). Decisión adoptada el 29.6.1972. En el mismo sentido y en el mismo día, se expresaron otros dos fallos del TS: *Moore v. Illinois*, 408 U.S. 786 (1972) y *Stewart v. Massachusetts*, 408 U.S. 845 (1972).

(14) La cuestión de la excesiva discrecionalidad y consiguiente arbitrariedad en la imposición de la pena de muerte en Estados Unidos ha llamado continuamente la atención de la doctrina. *Vid.* por ejemplo: BLACK, Charles: *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, W.W. Norton & Co., New York, 1981. Y también sobre los problemas de arbitrariedad cfr. NATHANSON, Stephen: *Does It Matter If the Death Penalty Is Arbitrarily Administered?*, en *Punishment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, pp. 308-323.

(15) CAVISE, Leonard L.: *La pena de muerte en los Estados Unidos en los albores del tercer milenio*, en CÁRIO, Robert (Comp.): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 58-59.

tivo grave, 2) antecedentes de alguno de los delitos en los que concurran alguna de las presentes circunstancias agravantes, 3) puesta en peligro de muerte de una o más personas en un lugar público, 4) obtención de un beneficio financiero por el delito, 5) asesinato de funcionario judicial, fiscal o abogado en ejercicio de sus funciones, 6) actuar como agente contratado por otro para cometer el delito, 7) asesinato especialmente ultrajante, odioso o inhumano, 8) asesinato de un empleado de policía, penitenciario o bombero en el ejercicio de sus funciones, 9) asesinato cometido durante una evasión, 10) asesinato cometido para escapar o impedir una detención legal (Ga. Code Ann. Sec. 27-534 (b) (Supp. 1975).

De todos modos hay que tener presente que el Tribunal Supremo decidió un caso en el que la legislación aplicada permitía optar entre la imposición de una pena privativa de libertad y la pena de muerte (*era discretionary*) y no uno de los escasos supuestos de pena única (*mandatory*). Sobre la inconstitucionalidad de esto último volveré en breve.

La «percepción» judicial abolicionista duraría poco⁽¹⁶⁾. En la sentencia *Gregg v. Georgia*⁽¹⁷⁾, se produce un vuelco en el tímido proceso abolicionista emprendido en 1972. El brusco giro se justifica por razones históricas y contextuales. Históricamente, se afirmará, no puede llegarse a la conclusión de que la pena de muerte sea inconstitucional por violación de las enmiendas VIII y XIV de la Constitución norteamericana, pues la aceptación de tan radical medida punitiva es patente tanto en Inglaterra como en los propios Estados Unidos y constan numerosos pronunciamientos favorables a la misma a lo largo de la historia. Pero, además, en el contexto en el que se dicta la resolución (1976) la percepción popular acerca de la necesidad de la pena ha cambiado, por eso si bien en *Furman v. Georgia* se argumentó en favor de la prohibición constitucional en base a los «standards of decency», ahora nuevamente se acude a este parámetro de valoración, aunque se deja constancia del incremento en la proporción de personas que consideran que la pena capital es apropiada y necesaria en determinados casos. Una misma cosa (la opinión –convicción moral– pública), como se ve, sirve para una cosa (la abolición) y para su contraria (la reanudación) de una misma medida (la pena de muerte).

En *Gregg v. Georgia* se aborda un tema que recurrentemente aparece en las resoluciones que tratan de la pena de muerte. A la vista del contenido de la VIII enmienda, es indiscutible que la pena que se imponga en ningún caso ha de ser «cruel». Puede parecer entonces que la imposición de la «máxima» pena sería una crueldad innecesaria, pero sin embargo el TS norteamericano supera este obstáculo acudiendo a una doctrina que ya había sido perfilada en resoluciones anteriores. La «crueldad» a la que se refiere la VIII enmienda no se refiere tanto a la pena capital propiamente dicha cuanto al método de ejecución empleado en cada caso, dirán los Magistrados Stewart, Powell y Stevens: «*La crueldad contra la que protege la Constitución a los condenados es una crueldad inherente al método de castigo*». Y, como acabo de decir, a

⁽¹⁶⁾ Vid. PAGNIUCI, SAIPE, SCHÖENBERGER y MURPHY: *Capital punishment after Furman*, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1973, vol. 64, núm. 3, pp. 281 y ss.

⁽¹⁷⁾ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). La resolución es de fecha 2.7.1976 y la causa sometida a revisión es la 233 Ga. 117, 210 S.E. 2d 659. Cfr. KARGE, Stewart: *Capital punishment: death for murder only*, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1978, pp. 179 y ss.

similar conclusión ya había llegado una sentencia, diametralmente contraria a la anterior, la *Furman v. Georgia*: «*Venimos afirmando en nuestras decisiones que la pena de muerte no es cruel en sí misma, sino en tanto en cuanto la manera de ejecución sea bárbara e inhumana*». La conexión entre crueldad y proporcionalidad ya se puso de relieve en *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 371 (1910), al afirmar que la VIII enmienda se conecta con la prohibición de penas crueles e inusuales ya dirigida «*contra todo tipo de castigos que por su excesiva duración o severidad sean desproporcionadas a las ofensas inferidas*».

Pero al margen del aspecto sustantivo –la posible «crueldad» de la pena de muerte–, en la resolución *Gregg v. Georgia* se aborda una cuestión ciertamente novedosa, al menos por lo sistemático de su planteamiento. Se estableció una pauta para la imposición de la pena de muerte denominada «discrecionalidad guiada» (*guided discretion*). Aún referida al caso de Georgia, sus conclusiones tendrán hondas repercusiones en todo el territorio de la Unión. En realidad, lo que hace el Tribunal Supremo estadounidense es asumir las innovaciones legislativas que han centrado y delimitado los casos, las formas y las circunstancias para imponer la pena capital. Por eso:

– Se considera que la pena de muerte no puede admitirse para cualquier delito («Es la sanción máxima para el más grave de los crímenes»). En la legislación de Georgia se señala esta pena para los delitos de asesinato (*murder*), violación (*rape*), secuestro (*kidnapping*), atraco a mano armada (*armed robbery*), traición (*treason*) y secuestro de aviones (*aircraft hijacking*).

– Se afirma que la imposición de la pena de muerte no puede desconocer ni las circunstancias del delito, ni la personalidad del delincuente ni el procedimiento que se ha seguido.

– En el plano procesal se diferencian dos estadios: en el primero se decide sobre la culpabilidad o inocencia del imputado y en el segundo sobre las circunstancias concurrentes en el caso. Es este un importante avance legal –dirá el Tribunal Supremo– que controlará la discrecionalidad del jurado. En definitiva, *las directrices legales han de impedir las decisiones arbitrarias o caprichosas del jurado*.

– Para la imposición de la pena capital ha de concurrir alguna de las agravantes legalmente previstas⁽¹⁸⁾, se concluirá.

En los siguientes años la doctrina legal norteamericana –ratificada la constitucionalidad de la pena de muerte– se centrará en cuestiones procedimentales, bien de la fase de enjuiciamiento bien de la fase de revisión de la sentencia en sede jurisdiccional superior. La delimitación objetiva y subjetiva de la pena también ocuparán la atención de los tribunales. Se discute el cómo (procedimiento de ejecución) y el cuánto (tipos delictivos de aplicación) de la pena capital, no la propia esencia de la misma.

En el caso *Woodson v. North Carolina*⁽¹⁹⁾, por ejemplo, se planteó un tema que ya dejé apuntado *supra*, el problema de los *mandatory*, es decir los supuestos en los que las legislaciones estatales imponían, de forma imperativa, una única modalidad

(18) Las descritas en *Furman v. Georgia*.

(19) *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976). Decisión de 2 de julio de 1976. La causa revisada es la 287 N.C. 578, 215 S.E. 2d 607.

punitiva, la pena capital. Se trataba de un caso en el que en el curso de un atraco a una tienda de comidas rápidas, los asaltantes acabaron con la vida de un cajero y dejaron gravemente herido a un cliente. Los recurrentes, ambos condenados a muerte, en un atraco en el que participaron además otras dos personas argumentaron en primer lugar la inconstitucional del fallo por considerar que la imposición de la pena de muerte bajo cualquier circunstancia, al ser una medida cruel e insólita, violaba las enmiendas VIII y XIV de la Constitución, argumentación que fue rechazada en base a la doctrina establecida en *Gregg v. Georgia*. Pero el nudo gordiano en este caso era otro. Cuando fue dictada la decisión en *Furman v. Georgia*, la legislación estatal del Estado de Georgia admitía en los casos de asesinato la opción entre pena de muerte y cadena perpetua. Pero tras el fallo del Tribunal Supremo de la Unión aquella legislación sufrió importantes cambios en 1974. El N.C. Gen. Stat. 14-17 (Cum. Supp. 1975) estableció que en el caso de homicidio en primer grado (asesinato) era de aplicación necesaria la pena de muerte, mientras que para el resto de homicidios cabía imponer una pena que comprendía desde los 2 años de prisión hasta la cadena perpetua. Tal legislación es inconstitucional –concluirá el Tribunal Supremo– y varias argumentaciones justifican tal decisión: tanto las decisiones de los jurados como las normativas estatales rechazan contundentemente la imposición automática de la pena de muerte es imprescindible respetar un cierto margen de discrecionalidad en las alternativas punitivas a que pueden optar los jurados [tesis ya anunciada en *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968)] y es pertinente que los jurados puedan valorar los aspectos y circunstancias personales de los enjuiciados⁽²⁰⁾.

En la misma línea de delimitar los casos para la imposición de la pena de muerte es citable asimismo la sentencia del caso *Coker v. Georgia*⁽²¹⁾. Lo que se discute aquí son los límites objetivos de la pena de muerte, es decir, la tipología de casos a los que es aplicable. Y se llega a la conclusión de que la imposición de la pena de muerte en un caso de violación de una mujer adulta es inconstitucional, por desproporcionada⁽²²⁾. La decisión, que indirectamente afectó a otros veinte inquilinos de corredores de la muerte (*death row*), no supera por tanto el tamiz de la VIII enmienda de la Constitución. En esta línea también se desenvuelve el caso *Godfrey v. Georgia*⁽²³⁾ en el que se debate acerca de la circunstancia agravante de actuar de un modo especialmente vil e inhumano. En *Beck v. Alabama*⁽²⁴⁾, por su parte, se trató sobre las consecuencias procesales por decaimiento de una de las circunstancias agravatorias que anudaban la pena máxima.

En *Lockett v. Ohio*⁽²⁵⁾ se plantean los límites subjetivos de la aplicación de la pena capital en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

⁽²⁰⁾ Desde antiguo se ha insistido en la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes del caso. Así en *Pennsylvania ex rel. Sullivan v. Ashe*, 302 U.S. 51, 55 (1937), se insiste en la necesidad de valorar los aspectos tanto del ofensor como de la ofensa infringida.

⁽²¹⁾ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977). Decisión adoptada el 29 de junio de 1977. La causa revisada es 234 Ga. 555, 216, S.E. 2d 782.

⁽²²⁾ Por tanto de lo que se trata es de la valoración en sede constitucional del Georgia Code Ann. 26-2001 (1972) que establecía la pena de muerte, la cadena perpetua o -cuando menos- una pena de 20 años de prisión para los convictos de violación.

⁽²³⁾ *Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420 (1980). Decisión adoptada el 19.5.1980. La causa revisada es la 243 Ga. 302, 253 S.E. 2d 710.

⁽²⁴⁾ *Beck v. Alabama*, 447 U.S. 625 (1980). Decisión adoptada el 20.6.1980. La causa revisada es la 365 So. 2d 1006.

⁽²⁵⁾ *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978). La decisión es de 3.7.1978. La causa revisada es la 49 Ohio St. 2d 48, 358 N.E. 2d 1062.

El Tribunal Supremo de EE.UU. concluye que a tenor de lo establecido en las enmiendas VIII y XIV de la Constitución, el órgano sentenciador no ha de ver limitada su capacidad de mitigar la cualidad de la pena en atención a los factores modificativos de la responsabilidad penal, pues el carácter individualizador de la pena es más intenso cuando de la máxima medida penal se trata, y el riesgo que conlleva ignorar tales circunstancias modificativas es inaceptable. De ello se infiere que la legislación estatal –en este caso Ohio Rev. Code Ann. 2929.03, 2929.04 (1975)– no cubre el estándar de constitucionalidad de las enmiendas VIII y XIV, ya que aquella solo prevé la modificación de la responsabilidad en base a tres únicos motivos (inducción o provocación de la víctima, que hubiera mediado fuerte coacción o provocación para el victimario o que fuere probada la enfermedad o deficiencia mental del acusado), lo cual se considera insuficiente. «*Para ser acorde con la Constitución, una ley estatal que admite la pena de muerte no puede excluirse la consideración de factores de mitigación de tal pena*», afirmará el Magistrado Burger recogiendo el sentir del Tribunal⁽²⁶⁾. Y un factor especialmente relevante a la hora de imponer o no la pena de muerte es el de la concurrencia de culpabilidad en el victimario, cuestión que se aborda extensamente en *Enmund v. Florida*⁽²⁷⁾ (asesinato de un matrimonio de ancianos en el curso de un robo en el que la mujer atracada disparó a los asaltantes, hiriendo a uno de ellos, y luego estos acabaron con la vida del matrimonio asaltado).

En otros casos se ha tratado un tema de capital importancia en el sistema judicial norteamericano, el reclutamiento de los jurados, cuestión que no es precisamente de menor entidad. En *Witherspoon v. Illinois*⁽²⁸⁾ se estableció el principio de la inconstitucionalidad de la exclusión de los jurados contrarios a la pena de muerte de aquellos casos en los que eventualmente pudiera imponerse esa medida penal. La exclusión en este caso por el Estado de Illinois de todo jurado contrario a la pena capital sobrepassó cualquier frontera elemental de neutralidad: «en su búsqueda de un jurado capaz de imponer la pena capital, el Estado llegó a configurar un jurado especialmente propiciatorio para la pena de muerte».

3. La discriminación en la aplicación de la pena

El factor discriminación ha ocupado la atención de numerosos pronunciamientos judiciales en Estados Unidos. Baste recordar que la desigualdad en la aplicación de la pena de muerte es citada por la sentencia *Furman v. Georgia*: «La aplicación de la pena de muerte ha sido desigual: gran parte de los ejecutados han sido pobres, jóvenes e ignorantes». Discriminación que hemos de considerarla aquí en sus diferentes modalidades. Por un lado, en cuanto que factor negativo, es palpable la incidencia del factor racial. Por otro, desde una óptica de discriminación positiva, es igualmente notable la menor incidencia de la pena capital en el colectivo de mujeres delincuentes. Junto a

(26) La necesidad de valoración tanto de los aspectos subjetivos como objetivos (ofensa infringida) centró la atención del TS en *Pennsylvania ex rel. Sullivan v. Ashe*, 302 U.S. 51, 55 (1937) y medio siglo después en *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987), se llegó a la conclusión de que era inevitable la valoración de las circunstancias concurrentes personales.

(27) *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982). La decisión es de 2.7.1982. La causa revisada es la 399 So. 2d 1362.

(28) *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510. La decisión es de 3.6.1968. La causa revisada es la 36 Ill. 2d, 471, 224, N.E. 2d 259.

estas perspectivas, aunque en un plano sustancialmente distinto, se encuentra la cuestión de la imposición de la pena de muerte a jóvenes.

Aunque nuestra atención va a centrarse en este artículo en el factor «psíquico» (enfermedad y retraso mental), no está de más mencionar siquiera la incidencia de la discriminación en Estados Unidos, o si se quiere sobre la virtualidad de diferentes prácticas en relación a colectivos especiales.

En lo que al factor racial se refiere, las estadísticas del Departamento de Justicia de Estados Unidos son a estos efectos una fuente de información irrenunciable⁽²⁹⁾. En el año 2000 de las personas con condena capital, 1.990 eran blancos, 1.535 negros, 29 indios, 27 asiáticos y 12 de raza indeterminada. Habida cuenta de la proporción de individuos de raza negra respecto a la población total de la Unión es manifiesta la «sobre-representación» del colectivo de raza negra.

Incuestionablemente el número de mujeres condenadas a muerte, y ejecutadas, es sensiblemente inferior al de hombres⁽³⁰⁾. En el año 2000 según datos estadísticos del Departamento de Justicia norteamericano estaban condenadas a muerte 54 mujeres.

Los jóvenes comportan el 2 por 100 de la población condenada a la pena capital en Estados Unidos, utilizando las mismas estadísticas anteriores. La aplicación de la pena de muerte a delincuentes jóvenes –y a estos efectos hablamos de jóvenes que no habían cumplido aún los 18 años en el momento de comisión del hecho delictivo– es junto al caso de los enfermos y retrasados mentales el principal motivo de alarma sobre el sistema punitivo estadounidense. En realidad la aplicación a los jóvenes de la pena de muerte está más ligada a la cuestión de la «madurez mental» que a una eventual discriminación positiva por razón de edad. Y en este sentido el efecto sinérgico del caso *Atkins* no debe menospreciarse.

En todo caso, el mero hecho de que se discuta doctrinalmente, y se considere jurisprudencialmente, la incidencia de la pena de muerte en colectivos específicos, no es un cuestión ajena al planteamiento de este artículo. La presencia de una circunstancias subjetivas para la imposición de la pena capital es la cuestión a la que me referiré en adelante. Más en concreto centraré la atención en el llamado «factor psíquico».

4. El caso de los enfermos mentales

La exención de la pena –en general– y de la pena de muerte –en particular– a los enfermos mentales es un postulado cuyo origen se extiende a los albores de la propia civilización. Clásicamente la inimputabilidad de los locos fue asumida, en Grecia⁽³¹⁾ y en Roma⁽³²⁾. En el medievo no faltan tampoco referencias al respecto⁽³³⁾, y en nues-

(29) En la URL: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/>.

(30) Desde 1976 y hasta el 1.4.2001 «sólo» han sido ejecutadas siete mujeres. En el mismo período lo han sido 716 hombres.

(31) «EDIPO. – ... ¿cómo me podrías reprochar justamente un hecho involuntario?»; SÓFOCLES: *Edipo en Colono*, 976, en *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2000, p. 309.

(32) MOMMSEN, Teodoro: *El Derecho Penal Romano* (Trad. P. Dorado), La España Moderna, Madrid, 1905, p. 84.

(33) «El hombre posee el libre albedrío, porque sin él serían vanos los consejos, exhortaciones, preceptos, prohibiciones, recompensas y castigos. Para demostrarlo hasta la evidencia, es de notar que hay seres que obran sin juicio, como la piedra que

tro propio derecho de la época así se recoge igualmente⁽³⁴⁾. Y ya que al mundo anglosajón aquí específicamente nos referimos, no puede olvidarse la tajante afirmación de Thomas Hobbes: «[N]adie, excepto los niños, los locos y los idiotas, puede ser excusado por ignorar la ley de la razón, es decir, por ignorar el Derecho común»⁽³⁵⁾ ni la explícita afirmación de Williams Blackstone (1723-1780) –citada en *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986)–⁽³⁶⁾.

Sin embargo, la práctica contradice las anteriores teorizaciones. En Estados Unidos existen conocidos precedentes de la aplicación de la pena de muerte a enfermos mentales⁽³⁷⁾. Von Hentig⁽³⁸⁾, por ejemplo, da cuenta de dos de estos casos: el de León Czolgosz, anarquista polaco que asesinó en 1901 al presidente norteamericano Williams Mackinley y que se mostraba decepcionado ante la escasa presencia de público en su ejecución o el caso de Roland B. Molineux que aunque fue condenado a muerte en Nueva York en 1899, sería posteriormente absuelto en 1902 y acabaría internado en un manicomio en 1914.

En *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950) se trata de un caso en el que el condenado a muerte reclamó un examen de su salud mental por concurrir una posible demencia sobrevenida al fallo. El Gobernador del Estado de Georgia nombró a tres peritos que concluyeron afirmando la sanidad del condenado. Este interpuso un *habeas corpus*, argumentando que el derecho al proceso debido de la IV enmienda de la Constitución le garantizaba el derecho a una vista ante el órgano judicial correspondiente, a fin de determinar su competencia mental. El TS sin embargo concluirá que la norma aplicada⁽³⁹⁾ no es contraria a la previsión constitucional sobre el derecho a un proceso debido. En este fallo se incluye un interesantísimo voto particular del Magistrado Frankfurter, que lleva a cabo una retrospectiva histórica sobre la demencia sobrevenida a la sentencia.

Pero será en la resolución de *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986) cuando se proscriba la imposición de la pena de muerte a los enfermos mentales. El caso fue el siguiente. Alvin Bernard Ford, acusado de asesinato, fue condenado a muerte en 1974, sin que existiera constancia alguna sobre su posible incompetencia mental ni durante la comisión del crimen ni a lo largo del juicio. Pero en 1982 Ford comienza a mostrar

se precipita hacia abajo, y lo mismo sucede en todos los seres desprovistos de conocimiento»; TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, c. 83, a. 1, Espasa-Calpe, Selección, Madrid, 1979, 9.^a edic., p. 84.

⁽³⁴⁾ Ley 3, Tít. VIII, Partida 7.^a: «Otrosi dezimos, que si algund ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuese de edad de diez años e medio, matasse a otro, que non cae porende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yero que faze».

⁽³⁵⁾ HOBBS, Thomas: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos* (Estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Angel RODILLA), Tecnos, Madrid, 1992, p. 26.

⁽³⁶⁾ «Los idiotas y lunáticos no son responsables de sus propios actos»; *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, 1765-1779.

⁽³⁷⁾ Cfr. en general: GUILLAMOT, Philippe y COTTANCEAU, Françoise: *La pena de muerte y las personas con trastornos mentales*, en CARIO, Robert (Comp): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio* (Homenaje al Profesor Beristain), Eder- sa, Madrid, 1996, pp. 223-236.

⁽³⁸⁾ VON HENTIG, Hans: *La Pena*, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pp. 146-148.

⁽³⁹⁾ «Disposición sobre penados dementes... Si al Gobernador se le participara la evidencia de que un sentenciado a pena capital ha devenido demente tras la sentencia, el Gobernador puede, a su libre discrecionalidad, nombrar peritos facultativos a fin de que examinen al condenado y le transmitan el resultado de su investigación; tras ello el Gobernador podrá admitir la existencia de una demencia sobrevenida a fin de remitir al penado al Milledgeville State Hospital, en donde permanecerá hasta su curación, según las leyes vigentes». Ga. Code Ann. 27-2602 (1074 P. C); Acts 1903, p. 77.

cambios graduales en su conducta. Primero sus pensamientos centrarían su atención en una conspiración del Ku Klux Klan, que iría haciéndose extensiva a diferentes personas. Despues acabaría considerándose la encarnación del «Papa Juan Pablo III».

Su abogado requirió los servicios de un psiquiatra, el Dr. Amin, el cual tras 14 meses de evaluación llegó a la conclusión de que Ford sufría «esquizofrenia paranoide con potencial riesgo suicida» que le incapacitaba para la defensa de su propia vida. Posteriormente y como quiera que Ford se negó a volver a ver al Dr. Amin (al incluirle también a él en el círculo de la «conspiración»), su abogado requirió los servicios del Dr. Kaufman, el cual llegó a la conclusión de que Ford no tenía siquiera conciencia de por qué iba a ser ejecutado.

El abogado de Ford reclamó una examen sobre la competencia mental del condenado [en base a lo dispuesto en Fla. Stat. 922.07 (1985)]⁽⁴⁰⁾. El Gobernador –a quien en último término correspondía la decisión final– nombró a un equipo de tres psiquiatras, los cuales, tras una entrevista de unos 30 minutos redactaron tres informes individuales en los que aunque se reconocían algunos trastornos (discrepando los tres en el diagnóstico –psicosis paranoide, psicosis y trastorno adaptativo, respectivamente) se concluía que Ford entendía la naturaleza y efectos de la pena de muerte. El Gobernador firmó la orden de ejecución el 30 de abril de 1984. Tras peticiones y recursos en diversas instancias el tema llegó al Tribunal Supremo.

Parte el *Justice Marshall*, que expresa en este punto el parecer del Tribunal, de las incuestionables raíces históricas de la prohibición de ejecutar a enfermos mentales. Históricamente, recuerda Marshall, se han dado diversas explicaciones a la prohibición de la ejecución de enfermos mentales: *a) que la ejecución de enfermos ofende a la humanidad* («*la ejecución de un demente simplemente ofende a la humanidad*»; Coker, 1680)⁽⁴¹⁾, *b) la falta de valor ejemplificador para otros y el escaso valor persuasivo*. A ello se añaden otros argumentos de muy variado tipo. Unos de carácter religioso. Otros, como Blackstone, consideran que la propia enfermedad es en sí la mayor de las penas, y por ello con la misma ha de bastar: «*furiosus solo furore punitur*» (traducible libremente por «el loco ya tiene bastante castigo con su locura»). Se añade, también, el escaso carácter retributivo de la pena capital cuando de dementes se trata.

Pero es que además en el caso concreto de Ford se vulneraron diversas garantías:

– Una primera irregularidad procesal se refiere al hecho de que no se permitió a Ford introducir ningún material relevante a la hora de tomarse la última decisión sobre su ejecución.

⁽⁴⁰⁾ Según la Sección 922.07 de los Estatutos de Florida cuando se sospeche que un condenado a muerte padezca enfermedad mental, el Gobernador nombrará una comisión de tres peritos psiquiatras para examinar al condenado. El examen por dicha comisión será en una sesión conjunta. Tras recibir los resultados del dictamen el Gobernador debe determinar si el penado tiene capacidad para entender la naturaleza de la pena de muerte y las razones por las que le ha sido impuesta. En el caso de declararle competente, el Gobernador dictará una orden de ejecución. En caso contrario el condenado será remitido a una institución para enfermos mentales.

⁽⁴¹⁾ Argumento al que decididamente se suma el propio Magistrado Marshall: «La convicción de que dicho tipo de ejecución ofende a la humanidad es evidente a lo largo y ancho de la Nación».

– Pero el más importante defecto consistió en que la decisión sobre la ejecución a la vista de la revisión de su estado mental se adoptara en un sistema de decisión meramente administrativo; es al Gobernador a quien correspondía tanto nombrar a los peritos como decidir finalmente sobre la ejecución. Y en este sentido: «*El jefe del ejecutivo estatal mal puede gozar de la neutralidad necesaria para decidir*». Y es que «históricamente, la suspensión de la ejecución en base a la insanidad del condenado no ha sido una materia de *executive clemency (ex mandato regis)* o de *judicial discretion (ex arbitrio judicis)*, sino que se ha considerado como un *required by law (ex necessitate legis)*».

En razón de todo lo anterior, Marshall concluirá: «*Hoy explícitamente venimos a reconocer una norma de antiguas raíces: antes y ahora se ha considerado detestable la imposición de una pena a quien no podía comprender los motivos de su aplicación*».

Y el fundamento legal de la prohibición se encuentra en la VIII enmienda de la Constitución norteamericana: «*La VIII Enmienda prohíbe al Estado imponer la pena de muerte a un demente*», se dirá en *Ford v. Wainwright*.

5. El caso de los retrasados mentales: la sentencia *Atkins v. Virginia*

Nuestra atención se centrará ahora en el colectivo de personas delincuentes con retraso mental, colectivo que viene a representar en torno al 2 por 100 de la población penitenciaria estadounidense⁽⁴²⁾.

Hasta la sentencia en *Atkins v. Virginia* trece Estados (Arkansas, Colorado, Georgia, Indiana, Kansas, Kentucky, Maryland, Nuevo México, Nevada, Nueva York, Dakota del Sur, Tennessee, Washington, y el Distrito de Columbia) prohibían la ejecución de individuos con retraso mental⁽⁴³⁾. Las presiones de la comunidad internacional han sido frecuentes y con especial intensidad en los últimos años. Por ejemplo, en 1997 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó una resolución que apelaba a que los Estados analizaran la abolición de la pena de muerte y exhortaba a aquellos Estados en los que aún existía la pena de muerte a que se abstuvieran de aplicarla en el caso de personas que sufren de retraso mental. En 1998, el Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias criticó a los EE.UU. por ejecutar personas que sufrían de retraso mental «desobedeciendo las normas internacionales pertinentes» y en 1999, un estudio realizado a nivel mundial por el Consejo Económico y Social de la ONU (abarcando desde 1994 hasta 1998) reveló que Tonga es el único lugar donde no existe ningún impedimento legal para ejecutar personas que sufren de retraso mental; EE.UU. tampoco quedó en muy buen lugar.

En cierta medida desde *Ford v. Wainwright* el camino ya estaba allanado para asumir la inaplicación de la pena capital en retrasados mentales, por lo que sorprende que

(42) DENKOWSKI, G.C. y DENKOWSKI, K. M: *The mentally retarded offender in the state prison system. Identification, prevalence, adjustment and rehabilitation*, Criminal Justice and Behavior, vol. 12, núm. 1, 1985, pp. 53-70. En general, *vid. SANTAMOUR, M.: The offender with mental retardation*, The Prison Journal, vol. 66, núm. 7, 1986, pp. 3-18.

(43) En general sobre la percepción del retraso mental en el sistema judicial norteamericano *vid. CONLEY, Ronald W.; LUCKASSON, Ruth, y BOUTHILET, George N. (Eds): The Criminal Justice System and Mental Retardation: Defendants and Victims*, Paul H. Brookes Publishing Co, Baltimore, 1992; .

hayan tenido que pasar nada menos que diecisésis años para que tal cambio haya podido tener lugar.

Dos son las resoluciones judiciales que marcan los tiempos en cuanto a la aplicación de la pena de muerte a retrasados mentales. En 1989 en *Penry v. Lynaugh*⁽⁴⁴⁾ se admitió la constitucionalidad de la pena de muerte en estos casos. En 2002 en *Atkins v. Virginia* se dicta una decisión diametralmente opuesta. Analizaremos el caso *Atkins*, recordando la doctrina de partida (el caso *Penry*).

El antecedente de referencia, como se encarga de recordar la propia sentencia del caso *Atkins* es la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 26 de junio de 1989 en *Penry v. Lynaugh*. Ésta trata de la violación y asesinato de Pamela Carpenter, hechos que acontecieron el 25 de octubre de 1979. Esta joven, golpeada, violada y acuchillada con unas tijeras en su propio domicilio de Livingston (Texas) murió a las pocas horas del asalto; antes tuvo ocasión de describir a su asaltante. Este sería pronto detenido. Se encontraba en libertad condicional por otro episodio de violación.

El caso tiene evidentes similitudes con el caso *Atkins*. También en *Penry* se aprecia que el acusado es, para uno de los peritos, retrasado mental (edad mental de 6 1/2 años), pero para el otro, perito estatal, posee una personalidad antisocial. En efecto, el psicólogo clínico Brown diagnosticó al acusado la existencia de un daño orgánico cerebral – posible consecuencia de un trauma en el momento del nacimiento – y un retraso mental (Cociente Intelectual entre 50 y 63). La defensa de *Penry* presentó el testimonio del psiquiatra García que confirmó el diagnóstico de Brown, indicando que éste poseía un pobre control de impulsos y que era incapaz de aprender de la experiencia. Respecto a los hechos cometidos, este psiquiatra entendió que dada su lesión cerebral y su debilidad mental estaba incapacitado para apreciar lo injusto de su conducta y de conformarla a los dictados de al ley.

Por su parte, el Estado aportó el testimonio de los psiquiatras Kenneth Vogtsberger y Felix Peebles. Para Vogtsberger, aunque *Penry* sí tuviera una disminuida capacidad mental, sin embargo no padecía enfermedad o defecto en el momento de cometer el crimen, siendo conocedor de la diferencia entre el bien y el mal. Peebles confirmó esta conclusión, añadiendo que estábamos en presencia de un trastorno antisocial de la personalidad.

El Jurado encontró culpable y condenó a la pena capital a *Penry*, en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal de Texas [Tex. Penal Code Ann. 19.03 (1974 and Supp. 1989)]. En el fallo se hacía hincapié en el carácter deliberado de la agresión y en la futura peligrosidad social del condenado. La apelación fue desestimada [*Penry v. State*, 691 S. W. 2d 636 (1985)].

Ante el Tribunal Supremo de la Unión se planteó un escrito de *habeas corpus*. Uno de los aspectos claves del caso fue el valor que había que dar a la VIII Enmienda de la Constitución de EE.UU, que afirma textualmente: «*No se impondrán fianzas*

⁽⁴⁴⁾ *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989). La decisión fue aprobada el 26.6.1989. El caso original es el 5th Circuit Court, 832 F. 2d 915 (1987). Sobre este caso *vid. REED, Emily Fabrycki: The Penry Penalty: Capital Punishment and Offenders with Mental Retardation*, Lanham, University Press of America, 1993.

o multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles o insólitos». La cuestión está en como interpretar esta Enmienda. Y al respecto la sentencia en *Penry* señala:

– Que tal como ya se afirmó en *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986) y antes en *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 285-286 (1983), la VIII enmienda prohíbe, inquestionablemente los castigos crueles o insólitos considerados tales en el momento de aprobación del Bill of Rights (aprobado por el Congreso el 25.9.1789 y ratificado el 15.12.1791).

– Que, además, la prohibición de imponer penas crueles o insólitas está asimismo sometida a los «*standards* desarrollados de moralidad que marque el progreso en una sociedad en proceso de maduración» [*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958) y *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 406 (1986)].

– La determinación de dichos *standards* desarrollados (*evolving standards*) habrá de basarse en criterios objetivos [*Coker v. Georgia*, 433 U.S., at 593-597 y *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782, 788 –796 (1982)]. Y la mas clara evidencia de cuáles sean esos criterios objetivos nos la proporciona la legislación de cada Estado, aunque también puede verse en las mismas decisiones de los jurados [*Enmund v. Florida*, 458 U.S. 794-796 (1982) y *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 831 (1988)].

La defensa de *Penry* argumentó la existencia de un emergente consenso nacional contra la pena de muerte para los retrasados mentales, de lo que serían buena muestra algunas normativas que prohíben la ejecución de penas con retraso mental [The federal Anti-Drug Abuse Act of 1988, Pub. L. 100-690, 7001(1), 102 Stat. 4390, 21 U.S.C. 848(l) (1988 ed.)], pero este consenso es rechazado por el Tribunal a la vista de que sólo dos Estados prohibían en aquel entonces la ejecución de retrasados mentales: Georgia [Ga. Code Ann. 17-7-131(j)] y Maryland [Md. Ann. Code, Art. 27, 412(f)(1)]. Ni tan siquiera cabría hablar de consenso nacional si a esos dos Estados se sumaran los 14 que por aquel entonces no tenían implantada la pena de muerte en general, concluye la argumentación de la Magistrada O'Connor.

O'Connor se extiende luego en consideraciones en torno a si el concepto de «edad mental» puede ser utilizado a fin de exonerar de la pena capital a quienes por razón de su debilidad mental debieran ser considerados con una culpabilidad disminuida. Pero rechaza que este concepto puede ser utilizado en el campo penal con una mínima certeza. Concluye, en fin afirmando que: «*no puede derivarse de la VIII enmienda la exclusión de la ejecución de retrasados mentales en base a tal exclusiva circunstancia*». En la actualidad *Penry* sigue en el corredor de la muerte.

Pasarían bastantes años hasta que la doctrina precedente fuera revisada. Tal aconteció en el caso *Atkins v. Virginia*. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: el 16 de agosto de 1996 Daryl Renard Atkins y William Jones, provistos de un arma semiautomática, se dirigieron en torno a la medianoche a Eric Nesbitt, al cual secuestraron y robaron el dinero que portaba, y dirigiéndose con él a un cajero automático bajo coacción obtuvieron fondos de su cuenta, quedando registrada en la cámara de seguridad de la oficina bancaria su acción. Posteriormente se retirarían a un lugar aislado en donde acabarían con la vida de Nesbitt de ocho disparos.

En el juicio⁽⁴⁵⁾, aunque había sido solicitada inicialmente la pena capital para ambos –Jones y Atkins–, el primero cambió su testimonio haciendo cargar las culpas de las acciones más graves en Atkins, librándose de este modo de la pena máxima. Por el contrario Atkins vería su posición claramente debilitada al dirigir el Estado frente a él acusación por la concurrencia de dos agravantes: su peligrosidad futura y la vileza de la ofensa infringida. Tales evidencias influirían, sin duda, en el jurado, pues la primera agravante fue probada gracias al testimonio de otras cuatro víctimas de robos y asaltos anteriormente protagonizados por Atkins, y la segunda, mediante la aportación de fotografías y el informe de la autopsia.

La defensa de Atkins contó con el testimonio del psicólogo forense Evan Nelson quien, tras entrevistar a personas que conocían a Atkins y recabar información de los archivos escolares y policiales a la vez que sometió a una batería de test a Atkins⁽⁴⁶⁾, concluyó que el acusado padecía debilidad mental, concretamente un C.I. de 59.

La sentencia del jurado fue condenatoria a la pena capital [*Atkins v. Virginia*, 257 Va. 160, 510 (S.E. 2d 445 (1999))], no obstante lo cual el Estado en la segunda vista presentaría el testimonio pericial del Dr. Samenov, el cual diagnosticó un trastorno antisocial de la personalidad, sin que apreciara la circunstancia de retraso mental.

El Tribunal Supremo de Virginia confirmaría la sentencia en 260 Va. 375, 385, 534 S.E. 2d 312, 318 (2000), aunque con el voto discrepante de los Magistrados Hassell y Koontz. Es decir la sentencia se aprobó por 5 votos contra 2.

El caso que sirve de referente al Tribunal Supremo de Estados Unidos es lógicamente el de *Penry v. Lynaugh* de 1989. Y el eje vertebrador del fallo aparece en la exposición del Magistrado Stevens, en estos literales términos: «*Much has changed since then*» («Mucho ha cambiado desde entonces»). Más que un cambio radical habría que hablar de «*the direction of change*» (la dirección del cambio), dirección que es constatable a la vista de que en 1989 solo dos Estados habían adoptado una disposición prohibiendo la imposición de la pena capital a los retrasados mentales: Georgia y Maryland, mientras que cuando tiene lugar la resolución del caso *Atkins* nos encontramos ante un panorama sensiblemente cambiado con la incorporación de nuevos estados a la prohibición: Kentucky [Ky. Rev. Stat. Ann. 532.130, 532.135, 532.140], Tennessee [Tenn. Code Ann. 3913203], New Mexico [N.M. Stat. Ann. 3120A2.1], Arkansas [Ark. Code Ann. 54618], Colorado [Colo. Rev. Stat. Ann. 169401], Washington [Wash. Rev. Code 10.95.030], Indiana [Ind. Code 353692 through 353696], Kansas [Kan. Stat. Ann. 214623], New York [N.Y. Crim. Proc. Law 400.27], Nebraska [Neb. Rev. Stat. 28105.01], South Dakota [S.D. Codified Laws 23A27A26.1], Arizona [Ariz. Rev. Stat. Ann. 13703.02], Connecticut [Conn. Gen. Stat. 53a46a], Florida [Fla. Stat. Ann. 921.137], Missouri [Mo. Rev. Stat. 565.030] y North Carolina [2001346 N.C. Sess. Laws p. 45]. Y en la misma línea se han aprobado Bills en Texas (House Bill No. 236, aunque con veto del Gobernador el 17.6.2001), Virginia (Virginia Senate Bill No. 497 de 2002) y Nevada (Nevada Assembly Bill 363 de 2001).

(45) Una descripción del proceso penal en EE.UU. con abundantes referentes del lenguaje forense puede verse en ALCARAZ VARÓ, Enrique; CAMPOS PARDILLOS, Miguel Ángel; y MIGUÉLEZ, Cynthia: *El inglés jurídico norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1.^a edic., 2001, pp. 125-146.

(46) Concretamente le fue aplicado el test WAIS-III (*Wechsler Adult Intelligence Scales*), test al uso en Estados Unidos para determinar el C.I., y que goza de gran crédito asimismo en Europa por su detalle y fiabilidad.

En definitiva, nos encontramos en estos momentos con 18 Estados en los que está prohibida la pena de muerte para retrasados mentales⁽⁴⁷⁾. A ellos, obviamente, habría que sumar el conjunto de Estados en los que no rige la pena capital (Alaska, Columbia, Dakota del Norte, Hawaii, Iowa, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Rhode Island, Vermont, Virginia del Oeste y Wisconsin). Y al mismo tiempo no puede olvidarse que el movimiento de reconsideración de la aplicación de la pena capital a los delincuentes retrasados mentales se muestra especialmente activo⁽⁴⁸⁾.

Este movimiento abolicionista es, a juicio del Magistrado Stevens, «una clara evidencia de que hoy en día nuestra sociedad contempla a los criminales retrasados mentales menos culpables que a un criminal normal». En realidad este movimiento legislador se acompaña de un cambio de prácticas, pues es revelador el hecho de que desde el caso *Penry* «sólo» se han producido ejecuciones de retrasados mentales con C.I. inferior a 70 en cinco Estados (Alabama, Texas, Louisiana, South Carolina y Virginia). Todo lo cual lleva a concluir que en la actualidad «existe un claro desacuerdo acerca de la ejecución de criminales retrasados mentales». No opina lo mismo el Presidente del Supremo, Rehnquist, quien considera inadecuado que sea el Tribunal Supremo el que configure los valores morales de la sociedad, recordando el tenor de la sentencia en *Gregg v. Georgia*: «en una sociedad democrática corresponde a los legisladores y no a los tribunales decidir sobre el contenido de la voluntad popular y de los valores sociales imperantes»; por tanto, ninguna relevancia debiera tener la VIII enmienda a estos efectos, cuando no ha sido acogido un cambio de rumbo legislativo de los Estados.

En sede de fines de la pena existen dos tipos de razones que abogan por la abolición de la pena de muerte de los retrasados mentales. El primer tipo de razones ya fue expuesto en *Gregg v. Georgia*. Se decía allí que «la pena de muerte sirve a dos principales principios sociales: la retribución y el carácter persuasivo para futuros criminales». Carácter retributivo y fin de prevención general, en definitiva. Respecto al carácter retributivo de la pena (*retribution*), el Magistrado Stevens reconoce que «lo apropiado del castigo depende necesariamente de la culpabilidad del ofensor». A esta conclusión ya se había llegado, por ejemplo, en *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 149 (1987) cuando se afirmaba que «la cuestión central de una retribución racional es que la sentencia dictada ha de estar directamente conectada a la culpabilidad del ofensor». Junto a esa culpabilidad, obviamente se tendrá en consideración la gravedad del delito en sí [por ejemplo en *Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420 (1980)]. Por lo que se refiere a la finalidad de prevención general (*deterrence*), parece obvio que este carácter podrá tener la pena en casos en los que el crimen sea premeditado; así ya se había advertido en *Fisher v. United States*, 328 U.S. 463, 484 (1946): «la pena capital solo puede ser persuasiva cuando el crimen es resultado de la premeditación y deliberación», y en este sentido se hace difícil imaginar un frío cálculo en la fase previa a la ejecución del delito cuando de retrasados mentales se trata [*Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 186 (1976)].

(47) En realidad en el Estado de Nueva York se admite la pena de muerte de los retrasados mentales cuando son autores de un asesinato dentro de una institución penitenciaria; N.Y. Crim. Proc. Law 400.27.12(d).

(48) *Vid.* por ejemplo el artículo de REYNOLDS, Dave: «Mental Retardation and the Death Penalty in the U.S.A.», incluido en *Daily Express*, 15 de mayo de 2001.

El segundo tipo de razones se residencia en el nivel garantista del proceso⁽⁴⁹⁾, ya incluso desde el mismo momento de la detención⁽⁵⁰⁾. Existe un riesgo, nada desdeñable, de que la imposición de la pena de muerte a un retrasado mental sea injusta, procesalmente hablando. Se incrementa la posibilidad de falsas confesiones⁽⁵¹⁾; puede darse una inadecuada impresión de falta de remordimiento por los crímenes cometidos; los defensores tienen mayores dificultades de proporcionar una adecuada asistencia por la eventual pobreza de los testimonios de su defendido; las propias condiciones de ésta pueden resaltar más los elementos agravantes que las circunstancias atenuantes de su responsabilidad. Incluso puede darse, y así ocurrió en el caso *Penry*, que la circunstancia del retraso mental actúe como una espada de doble filo y así en lugar de proporcionar una atenuación de la responsabilidad puede convertirse en indicio de futura peligrosidad.

A la vista de lo expuesto concluye Stevens afirmando la falta de convencimiento de que la ejecución de retrasados mentales refuerza el fin persuasivo o cumpla el cometido retributivo de la pena. Pero el Magistrado Stevens da un paso más al finalizar estableciendo que «*aplicando la VIII enmienda y a la luz de los standards de moralidad de los tiempos presentes, ha de concluirse que la imposición de esta pena es excesiva y que la Constitución impone una sustancial restricción a los Estados para que puedan ejecutar a retrasados mentales*»⁽⁵²⁾.

La cuestión, como inmediatamente se han encargado de resaltar algunos observadores es como se entiende la noción de retraso mental⁽⁵³⁾. Dos son las principales clasificaciones de enfermedades/trastornos mentales: el DSM-IV y el CIE-10. En Estados Unidos es de uso generalizado el DSM-IV, en el que la catalogación del retraso mental se describe en los siguientes niveles⁽⁵⁴⁾:

F70.9	Retraso mental leve [317]	CI entre 50-55 y aprox. 70.
F71.9	Retraso mental moderado [310.0]	CI entre 35-40 y 50-55.
F72.9	Retraso mental grave [318.1]	CI entre 20-25 y 35-40.
F73.9	Retraso mental profundo [318.2]	CI inferior a 20 o 25.

De todos modos el uso de estas clasificaciones a nivel forense, que es al fin y al cabo el que aquí interesa, ha de guiarse por criterios prudenciales o, mejor dicho, por

(49) Cfr. BAROFF, George S.: *Establishing Mental Retardation in Capital Cases: A Potential Matter of Life and Death*, Mental Retardation, vol. 29, 1991, pp. 343-349 y del mismo autor *Capital Cases*, The Champion, National Association of Criminal Defense Lawyers, Aug. 1998. También de contrario, cuando las víctimas son personas con retraso mental son apreciables en este caso la indefensión y la falta de recursos; cfr. LUCKASSON, R.: *People with mental retardation as victims of crime*. En: CONLEY, R. W.; LUCKASSON, R., y BOUTHILET, G. N. (Eds): *The criminal justice system and mental retardation*, Paul H. Brookes Publishing Co, Baltimore, 1992, pp. 209-220, y SOBSEY, D.: *Violence and abuse in de lives of people with disabilities*, Paul H. Brookes Publishing Co., Baltimore, 1994.

(50) NORLEY, D.: *Police training in the recognition and handling of retarded citizens: Guidelines and materials for local and state Arc units*, The Arc National Headquarters, Arlington, 1976.

(51) Cfr. SIGELMAN, C. K.; BUDD, E. C.; SPOANGEL, C. L., Y SCHOENROCK, C. J.: *When in Doubt Say Yes: Acquiescence in Interviews with Mentally Retarded Persons*, Mental Retardation, vol. 19, 1981, pp. 53-58.

(52) Cfr. la similar conclusión para enfermos mentales (*insane*) en *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. at 405 (1986).

(53) *Vid.* por ejemplo el artículo de María Glop en *Washington Post* de 21.6.2002.

(54) DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Masson, Barcelona, 1995, pp. 42 y ss. Original: American Psychiatric Association: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Washington, 1994.

El CIE-10, 10.^a Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades, Meditor, Madrid, 1992, en lo que aquí interesa pp. 277 y ss. Original World Health Organization: *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines*, Geneve, 1992.

un cabal conocimiento de las «reglas de uso» de estas clasificaciones. Por ceñirme al DSM-IV: no es infrecuente, pero siempre es inquietante la «soltura» con que algunos peritos acuden a los tribunales impresionando a los magistrados con un nomenclátor acompañado de guarismos presuntamente representativo de la exactitud científica de su dictamen. Y, sin embargo, la pericia legal de un retrasado mental (y otro tanto pudiera decirse de un enfermo/trastornado mental) es considerablemente más compleja. Se olvidan las recomendaciones que en el capítulo introductorio contiene el mentado DSM-IV. En efecto, la *Introducción* del DSM-IV contiene algunas decisivas advertencias sobre el uso que ha de hacerse de esta clasificación a efectos de medicina forense. Se dice por ejemplo allí⁽⁵⁵⁾ que existe un peligro de malinterpretación dada la discrepancia existente entre las cuestiones legales y el tipo de información contenida en el diagnóstico clínico. En realidad, se añade, la determinación de un criterio legal específico –en nuestro caso responsabilidad criminal– precisa de información adicional al mero diagnóstico clínico; es preciso incluir información sobre el deterioro funcional de la persona y la relevancia de dicho deterioro para las capacidades individuales en el caso concreto. En otras palabras, un diagnóstico concreto –en nuestro caso nivel cuantitativo de retraso– no comporta necesariamente –en algunos casos extremos por supuesto que sí– un grado específico de deterioro o discapacidad.

A la vista de lo anterior es patente que a la dificultad relativa que existe en determinar el grado de retraso mental, se une otro problema de no menor incidencia en el campo psiquiátrico-legal: la repercusión de un determinado grado de retraso en una concreta actuación a su vez rodeada de «x» condicionantes (culturales, económicos, personales,...). En otras palabras, salvo casos extremos, parece aconsejable que el enjuiciamiento de retrasados mentales ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta que la determinación de la responsabilidad penal no es el resultado de un simple silogismo. Y esto, lógicamente, no significa ningún pronunciamiento en favor de la pena de muerte en los casos en que se supere el *estándar de responsabilidad*. No es esta la posición de quien este artículo suscribe.

Pero la cuestión, a la vista de los progresos habidos, parece que se centrará a partir de este momento en el procedimiento de determinación del «retraso» (o enfermedad) mental. Y en este sentido, el largo periplo del caso *Penry* aporta nuevas consideraciones. Recientemente se ha editado un *Brief* en relación con el caso *Penry* que es preceptivo citar por el rigor con que está redactado y por la autoridad de quienes lo suscriben⁽⁵⁶⁾. En la primera parte del mismo se pone de relieve como las instrucciones que fueron dadas al Jurado en el caso *Penry* no permitieron hacer una correcta evaluación del mismo y de valorar la real incidencia de su retraso mental en su responsabilidad penal. En la segunda parte se aborda el relevante papel que tiene en todo proceso penal el examen de la competencia mental del acusado y alerta sobre los peligros que un uso inadecuado de la información obtenida en las evaluaciones de capacidad tiene tanto en el plano clínico como en el consiguiente legal. Por de pronto, ha de garantizarse el derecho del abogado a recabar un dictamen sobre la competen-

(55) DSM-IV, op. cit., pp. XXII-XXIII.

(56) *Brief of the American Association on Mental Retardation, the American Psychiatric Association, the American Academy of Psychiatry and the Law, the American Orthopsychiatric Association, the ARC and the judge David L. Bazelon Center for Mental Health Law as amici curiae in support of petitioner*, Wilson-Epés Printing Co, Washington D.C., 11.1.2001.

cia mental del acusado. Y, en general, siempre habrán de tenerse presentes los diversos intereses en juego cuando de enjuiciar a un eventual retrasado mental se trata. En este sentido el *Brief* resalta la eficacia y adecuación de los *Standars* de la ABA⁽⁵⁷⁾. En definitiva, todo remite a un equilibrio entre el respeto a los derechos del acusado (y en este punto muy en particular los contenidos en la V enmienda) y el interés de la justicia en investigar e identificar al culpable con todas sus circunstancias concurrentes. En este equilibrio es fundamental hacer un uso adecuado de la pericia psiquiátrica⁽⁵⁸⁾.

6. Reflexiones prospectivas

A lo largo de más de un siglo se ha ido conformando una doctrina en relación a la admisibilidad o no de la pena capital y a los requisitos y límites de esta medida penal. Las decisiones adoptadas en junio de 2002 por el Tribunal Supremo de Estados Unidos no suponen tanto un vuelco en su posicionamiento doctrinal, cuanto el cierre de una etapa de pensamiento. Pretender inferir de estas decisiones, en *Atkins* y en *Ring*, una dimensión y un alcance mayores probablemente sea erróneo. Pero la formulación de las decisiones citadas invita a una revisión en clave reflexiva acerca de cual es la evolución hasta el momento y cual podría ser la tendencia futura del tratamiento legislativo y judicial de la pena de muerte en Estados Unidos.

Por de pronto, ninguna duda cabe de que la pena de muerte en Estados Unidos se encuentra hoy en día respaldada por la legislación de la mayor parte de los Estados y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Unión. Su justificación se fundamenta en los argumentos clásicos de legitimación de esta medida punitiva: retribución y prevención (general y especial). Se afirma en *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. at 183: «*la pena de muerte sirve a dos finalidades sociales principales: la retribución y la fuerza de disuasión frente a futuros criminales*».

El principio retributivo (*retribution*) goza de amplio predicamento. Este postulado cuya asunción por Kant es de recurrente cita⁽⁵⁹⁾, aparece de continuo en la jurisprudencia norteamericana sobre pena de muerte (así en *Gregg v. Georgia*). En *Furman v. Georgia* se afirmará que: «El instinto hacia la retribución es parte inherente de la naturaleza humana», ya que la «retribución es el principio dominante en el derecho penal». La venganza, entendida como pena merecida o castigo justo⁽⁶⁰⁾ ocupa un preeminente lugar en la cultura norteamericana, pues como afirma Cavise «la pena capital parece reflejar una tendencia muy profunda del pueblo americano a la venganza, a pagar con una vida, la pérdida de otra»⁽⁶¹⁾. Aunque tampoco puede olvidarse que la

⁽⁵⁷⁾ GEORGE, B. J.: *The American Bar Association's Mental Health Standards: An Overview*, George Washington Law Review, vol. 53, núm. 338, 1985.

⁽⁵⁸⁾ Sobre este tema es fundamental la sentencia en *Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981).

⁽⁵⁹⁾ «Pero si ha cometido un asesinato, tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufrió»; KANT, Immanuel: *La Metafísica de las Costumbres* (Trad. y notas Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), Tecnos, Madrid, 1989, p. 168.

⁽⁶⁰⁾ Así sugieren ALCARAZ y HUGHES traducir el término *retribution*; ALCARAZ VARÓ, Enrique, y HUGHES, Brian: *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español. Spanish-English*, Ariel, Barcelona, 5.^a edic., 2000, p. 335.

⁽⁶¹⁾ CAVISE, Leonard L.: *La pena de muerte en los Estados Unidos en los albores del tercer milenio*, en CARIO, Robert (Comp): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al Profesor Beristain)*, Edersa, Madrid, 1996, p. 61.

aceptación de este principio penológico aparece ligado a un previo juicio de culpabilidad, no hay retribución sin culpa; por eso se afirmará en *Tisson v. Arizona*, 481 U.S. 137, 149 (1987) que: «*la retribución racional ha de estar incuestionablemente ligada a la culpabilidad del sujeto*». Y esta doctrina legal se asume en el caso *Penry v. Lynaugh* y se reitera con profusión en el caso *Atkins v. Virginia*.

La finalidad de prevención general («*la persuasión de la pena para futuros criminales*», que se dice en *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. at 183) es otro principio que goza de amplia aceptación en los Estados Unidos.

La finalidad de prevención especial, goza de raíces no menos antiguas. Recuérdese, por ejemplo, como Protágoras concluía que «*al que no obedezca, por más que se le castigue y enseñe, hay que echarle de la ciudad o matarle como si se tratase de un incurable*»⁽⁶²⁾. La concepción de una defensa social ya se encuentra implícita en el propio Beccaria para quien la pena de muerte no es sino «*una guerra de la nación con un ciudadano*»⁽⁶³⁾. Incluso desde la perspectiva convencionalista, la pena de muerte se ha llegado a justificar en base a la eliminación del peligro social; de ahí que Rousseau considere que «*no se tiene derecho a dar muerte, ni para ejemplo, sino a quien no se pueda dejar vivir sin peligro*»⁽⁶⁴⁾. En la jurisprudencia estadounidense esta manifestación de la prevención no es inusual. Así en *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628, 651, 493 P 2d 880, 896. Y en el caso *Penry* son numerosas las menciones a la peligrosidad futura. Peligrosidad que directamente se enlaza con la propia condición del enjuiciado: «*el retraso mental de Penry es indicativo de su incapacidad para aprender de sus propios errores*» siendo «*un factor agravante que sugiere una respuesta positiva a la cuestión de su futura peligrosidad*». En realidad, contra lo que a primera vista pudiera pensarse –dirá el TS en el caso *Penry*– el retraso mental es jurídicamente hablando una espada de doble filo: por un lado es un factor mitigador de la responsabilidad penal, por otro es un elemento indicativo de una peligrosidad futura.

A lo largo de esta exposición creo que ha quedado palpablemente expuesto que la pena de muerte es social y políticamente admitida en Estados Unidos. La mayoría de las legislaciones estatales aceptan con naturalidad la imposición de la pena capital, con todas las modulaciones imaginables. La sociedad americana mayoritariamente acepta con naturalidad la pena de muerte, y en este sentido la «percepción» acerca de la pena de muerte es sensiblemente distinta entre el público medio norteamericano y el ciudadano medio europeo⁽⁶⁵⁾. De ello no parece haber demasiadas dudas. Y

(62) PLATÓN: *Protágoras*, 325a en *Diálogos*, T. I, Gredos, Barcelona, 2000, p. 395.

(63) BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, cap. XVI (Introducción, notas y traducción de Francisco TOMÁS Y VALIENTE), Aguilar, Madrid, 1974, p. 115. Es fundamental la consulta de la nota 17 de TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 199-205.

(64) ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social*, (DE LOS RÍOS URRUTI, Fernando, trad.), Espasa-Calpe, 2.^a edic., Madrid, 1972, p. 48.

(65) Respecto al caso español pueden verse los diversos trabajos contenidos en Amnistía Internacional (Ed.): *La pena de muerte y su abolición en España*, Amnistía Internacional, Madrid, 1995. Con anterioridad son de inevitable cita, y sin ánimo de exhaustividad, los trabajos de: BARBERO SANTOS, Marino: *La pena de muerte, problema actual*, Anales de la Universidad de Murcia, 1964 y del mismo autor *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985. También de GARCÍA VALDÉS, Carlos: *La pena de muerte*, Madrid, 1973; *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975, y *La pena capital. Estado actual de la cuestión*, Amnesty International - Sección de España, Barcelona, 1979. Igualmente GIMBERTAT ORDEIG, Enrique: *Contra la pena de muerte*, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976.

ello aunque paradójicamente la tendencia –dentro del mundo desarrollado– es confesamente abolicionista⁽⁶⁶⁾.

Y por si fuera poco la composición del máximo órgano judicial norteamericano no invita precisamente al optimismo. Recordemos cual es esta. El más alto tribunal norteamericano está presidido por el Juez William H. Rehnquist, de Virginia, nombrado por el Presidente Ronald Reagan el 26.9.1986. Además está integrado por los siguientes Magistrados: el más antiguo, John Paul Stevens del Estado de Illinois, fue nombrado por el Presidente Ford el 19.12.1975; el Presidente Reagan nombraría a Sandra Day O'Connor de Arizona el 25.9.1981, a Antonin Scalia de Virginia el 26.9.1986 y a Anthony M. Kennedy de California el 28.2.1988; el Presidente George Bush *senior* designó a David H. Souter de New Hampshire el 9.10.1990 y a Clarence Thomas de Georgia, el 23.10.1991; en fin, el Presidente Clinton nombró a Ruth Bader Ginsburg de New York el 10.8.1993 y a Stephen G. Breyer de Massachusetts el 3.8.1994. El componente conservador es notorio. Sobran comentarios.

Por tanto, a la vista de que ni los legislativos estatales (que es a los que se encierra el discernimiento acerca de la imposición o no de la pena de muerte) ni la conciencia social mayoritaria, ni el poder judicial en su más alta representación son propclives al abolicionismo de la pena capital, no cabe adoptar una posición optimista en esta materia. Lo cual no quiere decir que no existan –que existen– estudios, propuestas y movimientos reformistas sobre esta cuestión⁽⁶⁷⁾. Como tampoco cabe ocultar el no menos activo movimiento en favor de la pena de muerte⁽⁶⁸⁾.

Frente a lo anterior, y dejando de lado las fundamentaciones humanitaristas en pro de la abolición, la pena de muerte en Estados Unidos tiene su principal fuente de oposición en la constatada presencia de errores judiciales. La existencia de tales errores es la espada de Damocles que siempre pende en cualquier decisión irrevocable como la pena de muerte lo es⁽⁶⁹⁾. Si el error siempre es posible, cuando de retrasados mentales se trata, la probabilidad del mismo es si cabe notablemente mayor. Y este elemento –el eventual error– se ha convertido sin duda en uno de los elementos más incisivos desde las posiciones abolicionistas.

Aún así, es preciso reconocer que –como en algunas otras ocasiones ha sucedido– no cabe descartar un giro más o menos sustancial. Algunos medios de comunica-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte en Derecho Internacional: una excepción al derecho a la vida*, Técnicos, Madrid, 1999, *passim*.

⁽⁶⁷⁾ En el ámbito federal, por ejemplo, durante la Administración Clinton el estudio *The Federal Death Penalty System: Supplementary Data, Analysis and Revised Protocols for Capital Case Review*, U.S. Department of Justice, Washington D.C., 6.6.2001. En el estatal baste la cita del *Informe Illinois (Report of the Governor's Commission on capital punishment*, State of Illinois, 2002). En el caso *Penry* varias asociaciones se manifestaron claramente en favor de la supresión de la pena de muerte en retrasados mentales: la AAMR (*American Association on Mental Retardation*), la APA (*American Psychiatric Association*), la AAPL (*American Academy of Psychiatry and the Law*), la AOA (*American Orthopsychiatric Association*), la ARC (*Association for Retarded Citizens of the United States*). Desde 1994 ARC desarrolla un proyecto financiado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos de recopilación de datos sobre la incidencia del sistema legal en la población con retraso mental (*Acces to Justice National Resource List*), a la vez que desarrolla una activa promoción de reformas legales e incluso de asistencia a tribunales; ARC: *Acces to Justice National Resource List*, Arlington, 1995.

⁽⁶⁸⁾ Sin ánimo de exhaustividad baste la cita de un par de webs que recogen tal sentir: <http://www.prodeathpenalty.com> y <http://www.jfa.net>.

⁽⁶⁹⁾ En esta materia es fundamental el informe LIEBMAN, James S.; FAGAN, JEFFREY, y WEST, Valerie: *A Broken System: Error rates in Capital cases, 1973-1995* (Disponible en la URL: <http://justice.policy.net/jpreport/index.html>).

ción —aunque básicamente los más «occidentalizados»— no cesan de poner de manifiesto la barbarie de la pena en sí y el riesgo de su aplicación, con las secuelas de errores ya por casi nadie discutida. Aunque este observador es pesimista no debieran tal vez descartarse algunos pronunciamientos importantes. Y en este sentido, la decisión del caso *Atkins* excede con mucho el propio campo subjetivo al que se refiere (los retrasados mentales) e incentiva el debate acerca de la aplicación de la pena capital a los jóvenes delincuentes⁽⁷⁰⁾. El caso de Kevin N. Stanford —joven de 17 años que atracó, violó y asesinó a una mujer en una gasolinera— es el nuevo test con el que, seguramente, habrá de enfrentarse el Tribunal Supremo de Estados Unidos muy próximamente.

⁽⁷⁰⁾ Como se encarga de recordar un artículo del *The New York Times*, de 22.6.2002, suscrito por Linda Greenhouse.