

Transcurridos ciento ochenta años y un año desde que se produjo la adopción por el Congreso de la 8.^a Enmienda a la Constitución —conocida comúnmente como “*Cruel and Unusual Punishments Inflicted Clause*” (1)— sin que ninguna decisión del referido Tribunal haya arrojado la más leve sombra de duda sobre la constitucionalidad de la pena capital, ese día, sin embargo, el *Supreme Court* tomó postura por primera vez ante la constitucionalidad del máximo castigo en el caso *Furman v. Georgia*, al declarar que:

“*La imposición y ejecución de la pena de muerte [en estos casos] constituye una pena cruel y desusada, por lo que infringe la Octava y Décimocuarta Enmiendas a la Constitución*” [“...The Court holds that the imposition and carrying out of the death penalty in these cases constitutes cruel and unusual punishments in violation of the Eighth and Fourteenth Amendment...”] (2).

En *Furman v. Georgia*, el *Supreme Court* contempla por vez primera la anticonstitucionalidad del máximo castigo en tres recursos presentados por William Henry Furman, un negro sentenciado a muerte por el asesinato cometido con ocasión de un robo a mano armada

J. CRIM. L. C. & P. S.	= The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science.
L. Q. Rev.	= Law Quarterly Review.
Mercer L. Rev.	= Mercer Law Review.
Min. L. Rev.	= Minnesota Law Review.
N. Y. U. L. Rev.	= New York University Law Review.
N. Y. U. L. Q.	= New York University Law Quarterly.
Pha. L. Rev.	= Philadelphia Law Review.
Stan. L. Rev.	= Stanford Law Review.
Supreme C. Rev.	= Supreme Court Review.
U. of Chic. L. Rev.	= University of Chicago Law Review.
U. Pa. L. Rev.	= University of Pennsylvania Law Review.
U. S. R.	= United States Reports.
Va. L. Rev.	= Virginia Law Review.
Vand. L. Rev.	= Vanderbilt Law Review.
W. Pol. Q.	= Western Political Quarterly.
Yale L. Rev.	= The Yale Law Review.

(1) El tenor literal de la Octava Enmienda a la Constitución es el siguiente: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

(2) 408 U.S. 238 (1972). Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3231.

El recurso para debatir el problema de la anticonstitucionalidad de la pena capital fue concedido a petición de cuatro recurrentes:

Aikens v. California, cert. granted, 91 S. Ct. 2280 (1971). (No. 68-5027).

Furman v. Georgia, cert. granted, 91 S. Ct. 2282 (1971). (No. 69-5003).

Jackson v. Georgia, cert. granted, 91 S. Ct. 2287 (1971). (No. 69-5030).

Branch v. Texas, cert. granted, 91 S. Ct. 2287 (1971). (No. 69-5031).

Sin embargo, no se consideró el recurso presentado por *Aikens v. California* una vez que el *Supreme Court* del Estado de California había declarado anticonstitucional la pena capital el 18 de febrero de 1972, en *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628, 493 P. 2d 880, 100 Cal. Repr. 152 (Sup. Ct. 1972).

(3); Lucious Jackson, Jr., otro negro cuya condena a muerte por rapto había sido confirmada también por el Tribunal Supremo de Georgia (4); y, por último, Elmer Branch, también condenado a muerte por rapto en Texas (5).

Tradicionalmente, el *Supreme Court* había observado en esta materia una línea diametralmente opuesta a la actual, por cuanto solía en tales casos recurrir a tres expedientes: denegar simplemente el recurso (6); negarse a entrar en el fondo de la cuestión, es decir, en la anticonstitucionalidad de la pena capital, derivando el problema a aspectos y cuestiones puramente procesales de la imposición de

(3) *Furman v. State of Georgia*, 225 Ga. 253, 167 S. E. 2d 628 (1969). William Henry Furman, un negro, declarado culpable de haber asesinado a la persona que le había descubierto cuando cometía un robo a mano armada, fue condenado a la silla eléctrica, de acuerdo con el tenor de las *Georgia Laws*, 1875, p. 160; *Ga. Laws*, 1878-79, p. 60 (en vigor con anterioridad al 1 de julio de 1969 y derogadas por las *Georgia Laws*, 1968, pp. 1249, 1276). El Tribunal Supremo del Estado de Georgia confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación en base a considerar que los Estatutos de Georgia, que autorizan la pena de muerte, no son "crueles ni desusados" en el sentido de la Octava Enmienda a la Constitución.

(4) *Jackson v. State of Georgia*, 225 Ga. 790, 171 S. E. 2d 501 (1969). Lucious Jackson, Jr., otro negro evadido y declarado culpable por el rapto de una mujer, a la que amenazó con un par de tijeras sobre el cuello, fue sentenciado automáticamente a la pena de muerte, con arreglo a las *Georgias Laws*, 1866, p. 151 (en vigor antes del 1 de julio de 1969 y derogadas por las *Georgia Laws*, 1968, pp. 1249, 1299). En su recurso abogaba por una declaración de anticonstitucionalidad de la pena capital a causa de que se le había impuesto ésta en violación del principio de igualdad, por ser simplemente un negro. Consideración desestimada por el Tribunal, que confirmó su sentencia.

(5) *Branch v. State of Texas*, 447 S. W. 2d. 932 (Tex. Crim. App. 1969). Elmer Branch, otro negro, fue sentenciado a muerte por el rapto y violación de una mujer blanca, viuda, de 65 años. Las peticiones que contenía su recurso eran sustancialmente dos: a) que la pena de muerte impuesta por un delito de menor gravedad que el asesinato infringía la Enmienda VIII, y b) que en un caso como el presente, de rapto, en el que aparecían implicados un negro, el procesado, y un blanco, la víctima y testigo, se había denegado al acusado la protección de la igualdad ante la ley, con arreglo a las Enmiendas V, VIII y XIV. Por el contrario, el *Court of Criminal Appeals* de Texas no admitió la existencia de tales fundamentos en el caso planteado, afirmando que la imposición de la pena capital en un supuesto de rapto y violación no constituye una pena cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. Y que, además, el pronunciamiento de tal sentencia contra el condenado no viola el principio de igualdad ante la ley. Cfr. M. TYUS BUTLER, Jr.: *Comment: Constitutional Law—Capital Punishment—Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*. en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891-937, 892.

(6) El *Supreme Court* ha denegado *certiorari* para entrar a considerar la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la pena capital en los casos siguientes: *Snider v. Cunningham*, 292 F. 2d 683 (4th Cir. 1961), cert. denied, 375 U. S. 889 (1963); *Rudolph v. State of Alabama*, 275 Ala. 115, 152 So. 2d 662 (1963), cert. denied, 375 U. S. 899 (1963); *Swain v. State of Alabama*, 508, 156 So. 2d 368 (1963), cert. denied, 382 U. S. 944 (1965); *Craig v. State of Florida*, 179 So. 2d 202 (Fla. 1965), cert. denied, 383 U. S. 959 (1966); *State v. Alvarez*, 182 Neb. 358, 154 N. W. 2d 746 (1967), cert. denied, 393 U. S. 823 (1968); *Williams v. State of Texas*, 427 S. W. 2d 868 (Tex. Crim. App. 1967), cert. denied, 391 U. S. 926 (1968).

dicha pena, como en el caso *McGautha v. California* (7); o, finalmente, limitarse a debatir el método de inflicción de la pena capital, con lo que, al aprobar dicho método de ejecución, aceptaba tácitamente la constitucionalidad de la pena de muerte, como en *Wilkerson v. Utah* (8), *In re Kemmler* (9), y más modernamente en *Louisiana Ex. Rel Francis v. Resweber, Sheriff, et All* (10).

(7) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226 (1971). Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 9 (5 mayo 1971), 3109 ss. Aunque algún *Justice*, como el desaparecido BLACK, considera en su *dictum* la problemática de la anticonstitucionalidad de la pena capital en *McGautha*, optando precisamente por la negativa, es decir, por la constitucionalidad, en base a la "tesis colonial", lo cierto es que la decisión *per curiam* aborda otro problema, por el que se llega a la anulación de la sentencia; el de la constitucionalidad de la absoluta libertad de decisión en el jurado, sin dirección técnica prestada por el juez y, asimismo, la constitucionalidad del *proceso unitario* en un caso capital. En sentido similar al de *McGautha* se pronuncia el Tribunal en *Maxwell v. Bishop*, 398 U. S. 262 (1970), *Boykin v. Alabama*, 395 U. S. 238 (1969) y *Witherspoon v. Illinois*, 391 U. S. 510 (1969). En principio, se establece, por lo general, en los distintos Estados el denominado proceso separado o *bifurcated trial*, que exige la declaración previa de culpabilidad por el jurado y luego la imposición de la pena. De tal forma que si, en casos capitales, es el jurado quien determina la culpabilidad, deberá ser él quien decida el pronunciamiento de la pena. Si, por el contrario, es el tribunal quien declara la culpabilidad, éste será el competente de cara a imponer la sanción. Cfr. Franklin P. GLENN: *The California Penalty Trial*, en *Cal. L. Rev.*, 52 (1964), 386-407; David W. LOUISELL & Geoffrey C. HAZARD: *Insanity as a Defense: The Bifurcated Trial*, en *Cal. L. Rev.*, 49 (1961), 805-844. Véase, asimismo, sobre la difícil problemática de la constitucionalidad de las instrucciones dadas al jurado para que, en los casos capitales, decida acerca de las pruebas presentadas, como hecho que puede minimizar la posibilidad de que la prueba sea arbitrariamente ignorada, KNOWLTON: *Problems of Jury Discretion in Capital Cases*, en *U. Pa. L. Rev.*, 101 (1953), 1099.

(8) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878). Se trata de la primera decisión judicial pronunciada por el *Supreme Court* cuestionando la aplicación de la Enmienda VIII a la Constitución. Sentada su obligatoriedad para las decisiones de los tribunales territoriales, el Tribunal Supremo aprueba en *Wilkerson* la constitucionalidad del "fusilamiento en público" como método de ejecución de la pena capital a la luz del "test" del "pánico innecesario" y de las "penas bárbaras y crueles", que es la materia de prohibición de la Enmienda VIII. Tanto el empleo del fusilamiento en la jurisdicción militar de todo el territorio como el hecho de que tal método de inflicción no implica "descuartizamiento, disección pública y el quemar vivo al reo, en cuanto castigos que implican tortura y vienen prohibidos por la octava enmienda", inducen al Tribunal a denegar que el fusilamiento en público viole la referida Enmienda. *Ibidem*, 131-136.

(9) *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890), representa otro supuesto en que el *Supreme Court* aprueba un método de inflicción del máximo castigo: la electrocución. *Kemmler* había recurrido contra el auto de ejecución en la silla eléctrica, dictado con arreglo al estatuto que la legislatura de Nueva York había aprobado sustituyendo la horca por la electrocución. El Tribunal Supremo deniega su petición en base a la inexistencia, en el caso debatido, de "pánico", ya que, a su juicio, para que la pena de muerte sea una pena cruel ha de implicar "algo más de inhumano y bárbaro que la mera extinción de la vida"; máxime cuando, como es el caso, el legislativo ha aprobado un método "menos bárbaro de ejecución" que la horca. *Ibidem*, 438, 443-444, 447-49.

(10) Tampoco en *Louisiana Ex Rel. Francis v. Resweber, Sheriff, et All.*, 329 U.S. 459 (1947), se plantea el *Supreme Court* el problema de la anticons...

Por el contrario, apartándose de esa línea tradicional, el *Supreme Court* ha entrado, con ocasión de *Furman v. Georgia*, en el fondo de la cuestión planteada por los tres recurrentes: que la pena de muerte infringe o viola la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenidas en la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la cual se aplica y es obligatoria para todos los Estados de la Federación, según el tenor del fallo recaído en *Robinson v. California* (11). Con ello, el Tribunal Supremo amplía también el marco conceptual o definitivo, desde el prisma constitucional, que fija la Enmienda de lo que deberá entenderse en el futuro por "penas crueles y desusadas". Y sigue, por otro lado, la línea marcada, a este respecto, por el *Supreme Court* de California que, el 18 de febrero de 1972, declaró anticonstitucional la pena de muerte en *People v. Anderson* (12), en base a la sección 6.^a del ar-

titucionalidad *per se* de la pena de muerte, sino únicamente el de "si la ejecución [de dicha pena] hecha por el Estado de una forma cruel" viola la cláusula de proscripción de la Enmienda 8.^a. Francis había sido condenado a muerte y electrocutado, pero por un fallo mecánico, la electrocución no había tenido el éxito esperado en tales casos. El Tribunal, pese a deferir la cuestión de una conmutación al poder ejecutivo, no estimó que un segundo intento de electrocución infringiese los postulados de la Enmienda debatida, ni que el método de ejecución constituyese una pena cruel y desusada. *Ibidem*, 460-472 [concurriendo con el Justice REED, el Chief Justice FRANKFURTER y los Justices BLACK y JACKSON]. Disintiendo, los jueces BURTON, DOUGLAS, MURPHY y RUTLEGE. *Ibidem*, 472-481. Pese a que Francis presentó una solicitud de "habeas corpus", alegando que el verdugo y otras personas presentes en la sala de la ejecución se encontraban ebrias y que el verdugo actuó movido por impulsos sádicos, el *Supreme Court* denegó su petición "sin perjuicio de que se hiciese valer propiamente tal alegación ante los tribunales". Cfr. PRETTYMAN: *Death and the Supreme Court*, 1961, 125-126.

El desgraciado Willie Francis fue de nuevo ejecutado, esta vez con éxito, un mes después de la fecha (13 de enero de 1947), en que el *Supreme Court* pronunciara su decisión sobre el caso. Cfr., además, Louis H. POLLACK: *The Constitution and the Supreme Court. A Documentary History*, vol. II, 1966 (The World Publishing Company, Cleveland and New York), 161-173; Richard C. DONNELLY, Joseph GOLDSTEIN, Richard D. SCHWARTZ: *Criminal Law. Problems for decision in the promulgation, invocation and administration of a law of crimes*, 1962 (The Free Press of Glencoe, Inc.), 333-4.

(11) En *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962), el *Supreme Court* declara por tercera vez la anticonstitucionalidad de una pena. Ahora, considera "cruel y desusada", en el sentido de la Enmienda VIII, la pena de prisión no inferior a noventa días impuesta por el § 11721 del *California Health and Safety Code* a una persona por "ser adicta al consumo de narcóticos". Declara, asimismo, la aplicación de la Enmienda, a través de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, a todos los Estados de la Unión. *Ibidem*, 666. En sentido reafirmativo, *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 340 (1963).

(12) *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628, 493 P. 2d 880, 100 Cal Rptr. 152 (Sup. Ct. 1972), citado en adelante como 493 P 2d 880 (1972). *People v. Anderson* representa la primera ocasión en que un tribunal supremo estatal declara en U.S.A. anticonstitucional la pena de muerte. Hecho que basta por sí sólo para erigir al Tribunal Supremo de California en el pionero de esta tendencia judicial.

Hasta 1972, fecha en que es emitido el *dictum* de *Furman*, todos los Tribunales Supremos de los Estados, con la salvedad del de California, habían afirmado en fallos recientes (los casos debatidos van desde 1967 a 1971) la

título 1.º de la Constitución del Estado de California (13).

Efecto subsiguiente de la decisión recaída en *Furman* ha sido, como advierte el que fuera *Justice* del Tribunal Supremo, Arthur J. Goldberg, que América “no tendrá que soportar la bárbara idea de que se practiquen ahorcamientos, gaseamientos y electrocuciones en masa al socaire del cumplimiento de la ley” (14). Pues, en el momento de producirse el fallo de *Furman v. Georgia*, el número de personas que cumplían el obligado y a veces lento tiempo de espera en la celda de la muerte [*the waiting time on the death row*] (15) era al-

constitucionalidad de la pena capital. *Furman v. Georgia*, Cfr. *The Criminal Law Reporter* 11 (28 junio 1972), 3294-95, nota 37; Cfr. Arthur J. GOLDBERG y Alan M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1774, nota 6, citando casos de los Tribunales Supremos de Florida, Georgia, Illinois, Louisiana, Utah, North Carolina, etc...

(13) La dicción literal de la sección 6.^a del artículo 1.º de la Constitución de California es como sigue: “... Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; *nor shall cruel or unusual punishments be inflicted...*” (la cursiva es nuestra). La única diferencia gramatical [que, en cierto modo, es también de fondo] con el texto de la Enmienda VIII a la Constitución de U.S.A. estriba en que la californiana emplea una conjunción disyuntiva [“*or*”], en lugar de la copulativa utilizada por la segunda [“*nor*”]. La consecuencia es que, con arreglo a la primera, puede considerarse la crueldad de las penas por un lado y, por otro, su desuso. *People v. Anderson*, 493 P. 2d Cal. 880, 884, 885 (1972).

(14) Arthur J. GOLDBERG: *Supreme Court Review, 1972. Foreword—The Burger Court 1971 Term: One Step Forward, Two Steps Backward?*, en *J. CRIM. L.C. & P.S.*, 63 (1972), 463, 465.

(15) Las cifras manejadas fijando el total de condenados que esperaban “su turno” en las “celdas de la muerte” de todo el territorio no parecen ser exactas. Así, el Justice MARSHALL señala 600 en todo el país. Pero el informe periódico de las *National Prisoner Statistics, No. 46, Capital Punishment, 1930-1970*, (agosto 1971), 9, fija, en 1970 la cifra de 608 reclusos condenados a pena capital. Según datos aportados por la revista *Newsweek*, en su número de 11 de febrero de 1971, la cifra total de sentenciados a pena de muerte era de 620. Mientras que, en un artículo de reciente publicación, Hugo Adam BEDAU aporta el número de 617 personas en todo el territorio de la Unión: de las cuales 433 lo eran por asesinato, 78 por rapto y 5 por otros delitos, como robo, etc... Cfr. H. A. BEDAU: *The Death Penalty in America, Review and Forecast*, en *Federal Probation*, 35 (junio 1971), 32, 33. La cifra es obtenida de los datos facilitados al autor por la asociación abolicionista *Citizens Against Legalized Murder*.

La cifra total de condenados a pena capital en el Estado de California era, el 31 de diciembre de 1971, de 104 personas [frente a la de 100 que suministra el Justice MARSHALL, en *Furman v. Georgia*]. De ellas, dos condenados estaban en la celda de la muerte desde 1964, 5 desde 1965 y 7 desde 1966. Ocho fueron ingresados en ella en 1967, quince en 1968 y trece en 1969. Treinta y cuatro en 1970 y veinte en 1971. Cfr. *People v. Anderson*, 493 P. 2d Cal. 880, 894, nota 37 (1972).

En lo que respecta al término medio del “tiempo de espera en la celda de la muerte”—dilatado siempre a causa de los *moratoriums* debidos a los incesantes recursos y apelaciones—, ha pasado en la década de los sesenta a ser de 14,4 meses a 32,6 meses. Cfr. *National Prisoner Statistics, No. 45, Executions 1930-1968* (agosto 1969), 1-2. Véase, además, James A. MCCAFERTY: *The Death Sentence, 1960*, en H. A. BEDAU (Ed.): *The Death Penalty in America. An Anthology*, ed., revisada, 1967, 90-119, aportando cifras de ejecuciones hasta 1962. El tiempo récord ha sido fijado por Caryl Chess-

rededor de 600 a 650, ya que, desde 1967, una estrategia legal de *moratoriums de facto* desplegada por algunas organizaciones abolicionistas (16) dio lugar a la suspensión de casi todas las ejecuciones del máximo castigo en todo el territorio estadounidense, habiendo tenido lugar la última ejecución, de las dos producidas en 1967, el 2 de junio de dicho año en Colorado (17).

USA pasa así a engrosar la lista de países anglosajones integrados en el movimiento abolicionista (18). Si bien puede aún hacerse va-

man, ejecutado el 2 de mayo de 1960 (once años, diez meses y siete días), pero ha habido varios casos que ascienden a más de trece años. En California, el tiempo medio de espera se fija, para los que han sufrido conmutación o han sido trasladados a otro lugar, en 23,7 meses. De la escasez con que suelen producirse las conmutaciones por parte del ejecutivo da idea un estudio hecho, al respecto, en Pennsylvania en el período comprendido entre 1914 y 1958: de un total de cuatrocientas siete personas condenadas a muerte sólo fueron conmutadas las penas a setenta y una personas, es decir, a un diecisiete por ciento. Cfr. Marvin E. WOLFGANG, Arlene KELLY & Hans NOLDE: *Comparison of the executed and the Commuted among Admissions to Death Row*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 301, 310. Sobre los argumentos en que suelen apoyarse las conmutaciones, véanse, COMMENT: *Post-Conviction Remedies in California Death Penalty Cases*, en *Stan. L. Rev.*, 11 (1958), 94, 129; NOTE: *Executive Clemency in Capital Cases*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 39 (1964), 136, 159-77.

(16) Los esfuerzos desplegados por asociaciones como la *NAACP&LDE* [National Association Against Capital Punishment and Legal Defense Fund] en base a una estrategia dirigida desde 1963 a lograr *moratoriums de facto* en todos los casos de pena capital, con el fin de llevar al Tribunal Supremo a una especie de callejón sin salida, son expuestos en Michael MELTSNER: *Litigating Against the Death Penalty: The Strategy Behind Furman*, en *Yale L. J.*, 82 (1973), 1111-1139.

(17) *National Prisoner Statistics*, No. 46, *Capital Punishment 1930-1970* (agosto 1971). Las dos personas ejecutadas en 1967 lo fueron en Colorado y California. Desde 1930 han sido ejecutadas en U.S.A. 3.859 personas. Entre ellas, 1.751 blancos, 2.006 negros y 32 mujeres. Cfr. *National Prisoner Statistics*, No. 45, *Capital Punishment* (agosto 1969), 8-9.

En base a las mismas fuentes oficiales, en la década de los sesenta han sido ejecutadas 191 personas; y desde 1965 solamente diez. Desde 1963 a 1967, el Estado de California no practicó ninguna ejecución. Y dejando a un lado los años siguientes a 1968 —en que no se ha producido tampoco ninguna—, el año en que menos fueron practicadas en todo el territorio fue 1966, tan sólo una, por 199 en 1935. Es notable que desde 1964 no haya sido llevada a cabo ninguna ejecución por el delito de rapto. Cfr. RECKLESS: *The Use of the Death Penalty: A Factual Statement*, en *Capital Punishment*, edit. por J. McCAFFERTY, 1972, 38, 51; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 104.

También durante el período 1930-1959, los Ejércitos de Tierra y del Aire de los Estados Unidos ejecutaron 160 personas: ciento seis por asesinato, cincuenta y tres por rapto y una por desertión. Por el contrario, la Marina no ha ejecutado a nadie desde 1849. Cfr. James A. McCAFFERTY: *The Death Sentence, 1960*, en BEDAU: *The Death Penalty in America, 1967*, 112 ss.; William H. FORMAN: *Will the Eighth Amendment Proscribe the Death Penalty?*, en *Amer. Crim. L. Q.*, 6 (1967), 82-84.

(18) En el momento de producirse la decisión *per curiam* de *Furman v. Georgia*, los Estados de la Federación que prescribían la pena capital, incluyendo al Estado de California, cuyo *Supreme Court* no la había declarado

ler para el pueblo norteamericano la impresión que L. A. HART emitía sobre Inglaterra, al afirmar que ningún pueblo se había visto probablemente más conmocionado y dividido que el inglés ante el empleo de la pena de muerte, asignada estatutariamente para el delito de asesinato (19).

anticonstitucional hasta el 18 de febrero de 1972, eran 38 más el Distrito de Columbia y Rhode Island, que la asignaba únicamente para el delito de asesinato cometido por un recluso convicto. Incluyendo, pues, a estos dos últimos, tenían fijada pena de muerte para algunos delitos: Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington, Wyoming. Cfr. Hugo A. BEDAU: *The Death Penalty in America. Review and Forecast*, en *Federal Probation*, 35 (junio 1971), 32-43.

Además, existía una serie de delitos capitales federales: traición [18 U.S.C. § 2381]; asesinato del Presidente, del vicepresidente o de los que resultaren elegidos para tales cargos [18 U.S.C. § 1751]; asesinato de un miembro electo para el Congreso [18 U.S.C. § 351]; espionaje [18 U.S.C. § 794]; raptó en una jurisdicción marítima especial [18 U.S.C. § 2031]; destrucción de un aeroplano o de un vehículo de motor con resultado muerte [18 U.S.C. § 34]; delitos cometidos por medio de explosivos con resultado muerte [(18 U.S.C. § 844 (d) y (f))]; destrucción de trenes [18 U.S.C. § 1992]; piratería aérea [49 U.S.C. § 1472 (i)]. Los últimos estatutos con pena capital aprobados por el Congreso han sido: el *Aircraft piracy statute*, 49 U.S.C. § 1472 (i), promulgado el 5 de septiembre de 1961; el *presidential assassination statute*, 18 U.S.C. § 1751, aprobado el 28 de agosto de 1965, y el *Omnibus Crime Control Act of 1970*, aprobado el 2 de enero de 1971. *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3285 (J. BLACKMUN). En lo tocante a los delitos capitales a nivel estatal, cfr. Leonard D. SAVITZ: *Capital Crimes as Defined in American Statutory Law*, en *J. Crim. L.C. & P.S.*, 46 (1955), 355-363; Joel F. HANDLER: *Background Evidence in Murder Cases*, en *J. CRIM. L.C. & P.S.*, 51 (1960), 317-327, notas 5, 6, 7 y 8.

(19) L. A. HART: *Murder and the Principles of Punishment: England and the United States*, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1968, Oxford University Press, 54 ss.

Según una encuesta realizada en 1969 en U.S.A., un 51 por 100 de la población se manifestó a favor de la retención de la pena capital, frente a un 40 por 100 claramente abolicionista. Cfr. ERSKINE: *The Polls: Capital Punishment*, en *Public Opinion Q. Rev.*, 34 (1970), 290. En *Public Opinion and the Death Penalty* [en BEDAU: *The Death Penalty in America*, 1967, 236-241], el Instituto Americano de la Opinión Pública muestra cómo en 1953 un 63 por 100 aprobaba la pena capital; índice que en 1958 se redujo a un 42 por 100, en 1960 aumentó a un 51 por 100, en 1965 descendió a un 45 por 100 y en 1966 el descenso llegó a cifrarse en un 38-42 por 100; para, de nuevo, ascender en febrero de 1969 a un 51 por 100. Véase, también, Paul A. THOMAS: *Attitudes of Wardens Toward the Death Penalty*, en BEDAU: *The Death Penalty in America*, 1967, 242-252.

Ello, no obstante, como observa GOLDBERG, es de interés constatar cómo un escaso número de personas aceptan la pena capital para el delito de asesinato. Así, en una encuesta realizada por el Instituto Gallup, la mayor parte de los encuestados admitían dicha pena para los supuestos de secuestro de aeronaves, terrorismo, incitación a motines, etc. [*Boston Globe*, 23 abril 1970, 15, col. 8]. Cfr. A. J. GOLDBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1781, nota 39.

Tras un siglo y medio de polémica doctrinal y parlamentaria en torno a la pena capital, Gran Bretaña abolió estatutariamente el máximo castigo en virtud del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965*, un estatuto de vigencia temporalmente limitada por cinco años, es decir, hasta el día 31 de julio de 1970, pero que, antes de producirse la caducidad de ese plazo, se transformó en una ley de carácter permanente por dos resoluciones afirmativas de ambas Cámaras del Parlamento, de 16 y 18 de diciembre de 1969, respectivamente, en uno de los últimos actos del gobierno laborista de Harold Wilson (20).

(20) El título completo del Estatuto [si bien la sección 3.^a (1) del mismo, relativa al "Short title, repeal, extent and commencement", autoriza a que sea citado como *The Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965*] es el siguiente: *An Act to abolish capital punishment in the cases of persons convicted in Great Britain of murder or convicted of murder or a corresponding offence by courts-martial and, in connection therewith, to make further provision for the punishment of persons so convicted*". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 3.^a ed., London, 1969, 541 y 543. El mencionado Estatuto fue promulgado el 8 de noviembre de 1965, día en que recibió el asentimiento o aprobación regia. Por tanto, su vigencia comenzó el 9 de noviembre del mismo año, según la sección 3 (4) de *Murder Act, 1965*, tal y como suele denominarlo la doctrina.

Sin embargo, con arreglo a la sección 4.^a del *Murder Act, 1965*, su vigencia venía enmarcada en un plazo de tiempo no superior a cinco años (31 julio 1970). Por lo que si antes de la caducidad de dicho término no era confirmado en su vigencia, "después de la expiración del Estatuto, las leyes que existían inmediatamente antes de que éste fuese aprobado deben, en lo que hayan sido derogadas o modificadas por dicho Estatuto, operar de nuevo como si él no hubiera sido aprobado y dichas derogaciones y modificaciones no hubieran sido decretadas". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 1969, 543. Por último, "*this Act is to continue permanently in force by virtue of affirmative resolutions of both Houses of Parliament on 16th and 18th December 1969*". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, *Cumulative Supplement*, 1970, vol. No. 270, pág. 147.

Con tal normativa quedaba, empero, subsistente la pena capital para los delitos de alta traición [*Treason Act, 1814*, sect. 1.^a]; piratería cometida con violencia [*Piracy Act, 1837*, sect. 2.^a]; e incendio en los navíos, arsenales, etcétera... de Su Majestad [*Dockyards... & Protection Act, 1772*, sec. 1.^a]. Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 1969, 64, 86 y 33. Sin embargo, la pena de muerte prevista en el *Dockyards & Protection Act, 1772* ha sido abolida por la sección 11.^a (2) del *Criminal Damage Act, 1971*. Cfr. HARRIS'S: *Criminal Law*, 22.^a ed., por Ian McLean y Peter Morris, London (Sweet & Maxwell), 1973, 759; Alec SAMUELS: *Criminal Damage Act, 1971*, en *Crim. L. Rev.*, 1971, 559-564, con bibliografía en la nota 1. Por consiguiente, sólo dos delitos tienen aún asignada en Gran Bretaña la pena máxima: los de alta traición y piratería con violencia, siendo el método de ejecución el ahorcamiento. Cfr. ARCHBOLD: *Criminal Pleadings, Evidence and Practice*, 38.^a ed., London, 1973, revisada por Fitzwalter Butler y Stephen Mitchell, §§ 652, 3008, 3062.

El despacho que a Nixon ha causado el *dictum* de *Furman v. Georgia* y su inútil proyecto de reintroducción de la pena capital han determinado que en Inglaterra, en 1973, cien miembros del Partido *tory* en el Parlamento hayan presentado una moción para discutir el problema del posible restablecimiento de la pena capital en Gran Bretaña. Véase, David WOOD: *Hanging in the Balance*, en *The Times*, 2 abril 1973, pág. 15. La moción no prosperó ante la contundente contestación que, en dos cartas de gran consistencia política, el Primer Ministro, Mr. Edw. Heath, dirigió a dos miembros conservadores

Asimismo, el 29 de diciembre de 1967, era Canadá el país que, siguiendo el modelo legisferante británico, limitó por cinco años la aplicación de la pena capital a los supuestos de asesinato de un agente de la policía o de un miembro del personal de prisiones, de traición y piratería, confiándose de modo definitivo el estatuto antes del 29 de diciembre de 1972 (21).

Pero, a diferencia del sistema seguido a este respecto por esos países, que han practicado la abolición por vía estatutaria o legislativa, la decisión adoptada en junio de 1972 por el *Supreme Court* encierra, en cambio, un fallo judicial de anticonstitucionalidad, es decir, supone la abolición judicial de la pena de muerte. Tal procedimiento lleva consigo todo un complejo mundo de efectos secundarios que, como es lógico, no han trascendido al profano, ni siquiera a ciertos medios periodísticos o de información, cuando menos españoles (22).

de la Cámara, en las cuales desecha una posible reintroducción de la problemática de discusión parlamentaria sobre el tema. Véase una de estas cartas en *The Times*, 2 abril 1973, pág. 1, cols. 1 y 2.

De cualquier modo, no deja de extrañar la acogida que esta noticia ha encontrado en un sector de nuestra Prensa. En este sentido, *Ya*, del 22 de marzo de 1973, pág. 9, publicaba en titulares: "Gran Bretaña, ante la introducción de la pena capital". Sorprende, desde luego, que el periodista español que se ocupa de informar sobre temas jurídicos o político-constitucionales británicos no haya penetrado en el complejo mecanismo parlamentario británico, puesto que lo cierto es que la presentación de una moción (no un *bill*) en el Parlamento no dice absolutamente nada, pues se producen a cientos todos los días. Pero, además, en Gran Bretaña la problemática de la pena de muerte, como reseña Mr. Heath en una de sus cartas, ha sido siempre sometida a *votación libre*, con independencia de la política de partido. Y este procedimiento, desde 1957, fecha en que se promulgó el *Homicide Act*, ha demostrado palpablemente que la cuestión del restablecimiento de la pena capital en Gran Bretaña no resiste una votación libre, por ser inaceptable para la otra parte de los miembros del partido *tory* (otros cien aproximadamente) y del *labour party*. Acerca de este problema, véase, James B. CHRISTOPH: *Capital Punishment and British Politics. The British Movement to abolish the Death Penalty 1945-57*, 1962 (London, Allen & Unwin Ltd.), 35 ss., 126 ss., 169 ss.; Leslie HALE: *Hanging in the Balance*, 1962 (London, Jonathan Cape); Elizabeth Orman TUTTLE: *The Crusade against the Capital Punishment in Great Britain*, 1961 (London, Stevens); Louis BLOM-COOPER (Ed.): *The Hanging Question. Essays on the Death Penalty*, 1969 (London, Gerald Duckworth & Co.), incluyendo artículos de Barbara Wootton, Rupert Cross, Hugh Klare, etc.

(21) I *Acts of Canada* [16 & 17 Eliz. II], 1967, 145, cap. 15. Cfr., además, el estudio patrocinado por el Soliciteur General del Canadá, de amplio eco abolicionista; Ezzat ABDEL FATTAH: *Une étude de l'effet intimidant de la peine de mort à partir de la situation canadienne*, Rapport du Centre de recherches, Ottawa, 1972.

(22) La mayor parte de la Prensa española no ha penetrado en la diferencia básica existente, en un sistema democrático parlamentario como el estadounidense, entre abolir judicialmente la pena de muerte declarando el T. S. su anticonstitucionalidad y abolir dicho castigo por vía legislativa. Así, este craso error ha llevado a algún diario [*Ya*, 15 marzo 1973, pág. 9, y 18 marzo 1973] a ver en un proyecto de ley reintroduciendo la pena capital para algunos delitos, propuesto por el Presidente Nixon, la posibilidad efectiva del

Por cuanto no supone la abolición o supresión por vía legislativa de los estatutos que imponen la pena capital, sino únicamente la imposibilidad de que la pena de muerte prevista en aquéllos pueda ser pronunciada por los tribunales inferiores, en tanto el Tribunal Supremo no cambie su doctrina o el poder legislativo no promulgue leyes acomodándose a las exigencias del fallo emitido en *Furman* (23).

restablecimiento de la pena capital; ignorando, de esta suerte, los efectos del "Stare decisis" en materia constitucional. Véase la nota 23.

(23) En materia judicial, es característico del Derecho anglosajón el principio del "stare decisis", que implica dos métodos de aproximación o análisis de la ley: a) De un lado, todo tribunal, alto o bajo, tiene el deber y la facultad de determinar la constitucionalidad de los estatutos que llegan ante él. Pero, desde este primer aspecto, el tribunal aparece vinculado a seguir las decisiones precedentes sentadas por los tribunales superiores de la misma jurisdicción. Si bien debe notarse que en América existe gran flexibilidad en materia de *stare decisis* constitucional, como lo demuestra el hecho de que varios *Justices* se remitan, en *Furman v. Georgia*, a *Weems y United States*, el primer supuesto en más de una centuria en que el S. C. declara anticonstitucional una pena. *Infra*, pág. 261. Cfr. A. J. GOLDBERG: *Supreme Court Review, 1972. Foreword The Burger Court 1971 Term: One Step Forward, Two Steps Backward?*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 63 (1972), 463, 465.

b) De otro, una vez emitida una decisión judicial por el Tribunal Supremo declarando la anticonstitucionalidad de una ley, dicha ley permanece, desde luego, en los libros y compilaciones de leyes, pero llega a convertirse en una ley muerta, a causa de que el *stare decisis* previene contra su futura aplicación por los tribunales inferiores. El juez no invade, en suma, el dominio o esfera del poder legislativo, ni atenta contra lo legislado. Simplemente ignora la ley anticonstitucional en el caso concreto. Cfr. Mauro CAPELETTI: *Judicial Review in Comparative Perspective*, en *Cal. L. Rev.* 58 (1970), 1017-1053, 1041-43; EL MISMO: *Juicial Review in the Contemporary World*, 1971 (Indianapolis); E. ROSTOW: *The Democratic Character of Judicial Review*, en *Harv. L. Rev.*, 66 (1952), 193 ss.; William M. MEIGS: *The Relation of the Judiciary to the Constitution*, 1.^a ed., 1919 (reimpresión Da Capo Press, New York, 1971); y en particular A. J. GOLDBERG: *Equal Justice. The Warren Court Era of the Supreme Court*, 1971 (Illinois), 65 ss., 97; Martin SHAPIRO: *Stability and Change in Juicial Decision-making: Incrementalism or Stare Decisis?*, en M. M. SHAPIRO: *The Supreme Court and Public Policy*, 1969 (Scott, Foresman and Co. Atlanta), 22-32.

Ello no obstante, a raíz de la decisión abolicionista de *Furman*, las legislaturas de varios Estados (Florida, Illinois, Indiana, Colorado) han aprobado o presentado proyectos de ley asignando pena capital a algunos delitos, pero acomodándose, al menos teóricamente, a los principios establecidos por la mayoría en *Furman*; lo cual, dicho sea de paso, parece algo del todo inviable mientras el *Supreme Court* no altere la doctrina sentada en esta materia. En esa línea, el Presidente Nixon —enfrascado en su programa político bajo el lema "ley y orden"— ha seguido adelante con la reforma penal proyectada en 1971 a nivel federal. Así, en enero de 1971 la "Comisión Nacional de Reforma de las Leyes Penales Federales" presentó al Presidente y al Congreso un informe definitivo (National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, 92d Cong. 1st Sess.: *Final Report on Proposed New Federal Criminal Code*, Comm. Print 1971) de Código Penal Federal en el que se prevé la pena de muerte para diversos delitos federales. Cfr. NOTE: *The Proposed Federal Penal Code*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 47 (1972), 320-348.

Los supuestos y requisitos bajo los cuales la Sección 1400 de dicho Proyecto fija la pena capital han sido explicados por el Asistente del Fiscal General del Departamento de Justicia, Mr. Robert Dixon. Cfr. *The Criminal Law*

La decisión *per curiam* pronunciada en *Furman v. Georgia* encierra, además, una doble proyección político-constitucional.

De un lado, representa el punto álgido de la política de un tribunal, el llamado, en atención al nombre de su presidente, "*Burger-Court*" (24). Pero, a decir verdad, la decisión es un tributo a la po-

Reporter, 13 (18 julio 1973) 2357-8. De otro lado, la versión dada por el Presidente sobre el *Revised Federal Criminal Code*, en lo que respecta a la sentencia de muerte (Sección 2401), puede, asimismo, verse en *Ibidem*, 3021. Por último, en torno a la escasa viabilidad constitucional que presenta el Proyecto presidencial—la denominada sección 1400—, en relación comparativa con el proyecto *McClellan* y las recomendaciones hechas por la Comisión de Reforma, denominada también *Brown Commission*, véase el sugestivo y acertado estudio de Louis B. SCHWARTZ: *The Proposed Federal Criminal Code. The Administration's Bill, S. 1400 (analyzed and compared with the Brown Commission recommendations)*, en *The Criminal Law Reporter*, 13 (4 julio 1973), 3265-3277.

Quede, pues, en claro que "el Presidente no puede vetar una decisión del Tribunal, ni el Congreso puede anularla en virtud de un estatuto". Cfr. R. V. DENENBERG: *The U.S. Supreme Court. An Introductory Note*, en *C. L. J.*, 29 (1971), 134-147, 139.

(24) La expresión "*Burger-Court*", en contraposición a la de "*Warren-Court*", es utilizada aquí con un sentido estrictamente cronológico, es decir, en referencia a la época del Tribunal presidido por Warren Earl BURGER, el nuevo *Chief Justice* del *Supreme Court*, nombrado por Nixon a fines de 1969. Tras quince años de ocupar la presidencia del más alto tribunal norteamericano, Earl WARREN hizo saber a Nixon, en enero de 1969 y después de la elección de éste como Presidente de U.S.A., su deseo de renunciar al cargo, pese a la insistencia del nuevo Presidente del Gobierno en que prosiguiese al frente del Tribunal. Cfr. Harry S. TRUMAN, Arthur J. GOLDBERG, William O. DOUGLAS y otros: *Earl Warren-A Tribute*, en *Cal. L. Rev.*, 58 (1970), 3-43.

Después de la dimisión presentada por Abe Fortas, que en ese año se vio obligado a renunciar al cargo por las presiones ejercidas sobre él, a causa de haber recibido en época anterior una cantidad de dinero como pago de sus servicios jurídicos prestados a una fundación privada de un sujeto condenado por fraude, hubo un lapso de tiempo sin Presidente titular, hasta que, a fines de 1969, Nixon propuso a Warren Earl BURGER para el cargo, siendo éste, una vez confirmado por el Senado, el 15.º Presidente del Tribunal en toda su historia. Cfr. Claus SEIBERT: *Warren Burger neuer Chefriechter des US-Supreme-Court*, en *MDR*, 1969, 822; William F. SWINDLER: *The Supreme Court, The President and Congress*, en *Int. & Comp. L. Q.*, 19 (1970), 671-691. Sobre la historia del Tribunal, véase Charles WARREN: *The Supreme Court in United States History*, Boston, 1937, ed. revisada (la 1.ª es de 1922), vol. I, 1789-1835; vol. II, 1836-1918; Fred REDELL: *Nine Men: A Political History of the Supreme Court from 1790-1955*, New York, 1955.

Con el nombramiento de Warren Earl BURGER para el puesto de Presidente del S. C., Nixon pretendía hallar un juez de los calificados como "intérpretes rígidos" de la Constitución—lo cual no es, ni mucho menos, sinónimo de obediencia, como lo demuestra el caso del Justice BLACK—, y que, además, portase una ideología común a la de la clase media del país. Sin embargo, como suele suceder con frecuencia en los Estados Unidos, Nixon debió quedar atónito al ver la decisión tomada por el nuevo Tribunal en *Alexander v. Holmes Country Board of Education*, 90 Sp.Ct. 29 (1969), en la que el nuevo *Chief Justice*, en una opinión *per curiam* ordenaba activar la orden de eliminación de la discriminación racial en las escuelas públicas del Estado de Mississippi. Pero, además, su asombro debió ir en aumento con la decisión acordada por el *Supreme Court*, en *New York Times Co. v. United States*, 91 Sup. Ct. 2140 (1971), comúnmente conocido con el nombre de "Pentagon Papers" o "Papeles McNamara", y en el cual el Tribunal decidió que el

lítica de “activismo judicial” desplegada por el “*Warren-Court*”, ya que los cinco *Justices* que formaron en este caso la mayoría son precisamente miembros supervivientes de la era del presidente Earl WARREN, mientras que los cuatro restantes han sido nombrados por el presidente Nixon (25).

Este hecho es de una relevancia enorme. Así, lo que nunca había podido conseguirse bajo la égida del “*Warren-Court*” —el formar una unión o mayoría simple en los casos en que la cuestión debatida era la anticonstitucionalidad de la pena de muerte— se ha logrado precisamente ahora por miembros de ese Tribunal pero bajo otro presidente, que, quiérase o no, ha dado al Tribunal otra configuración distinta a la que poseía en la época de Earl WARREN (26).

Gobierno no había acreditado causa suficiente para justificar la no publicación de tales documentos de los archivos del Pentágono y, en consecuencia se denegaban las “*injunctions*” o interdictos dirigidos a impedir la publicación de los mismos. Cfr. Nathaniel L. NATHANSON: *Supreme Court Review* (1971). *Foreword: The New Court Searches for Identity*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 62 (1971), 473-531, 471, nota 69.

Digamos, de otro lado, que los Presidentes norteamericanos—los cuales, naturalmente, a la hora de elegir un juez para Presidente del *S. C.*, suelen buscar un hombre afín a la ideología de su programa político— se han visto, ello no obstante, con demasiada frecuencia, por suerte, defraudados por los nombrados para tal cargo. Para aludir a algunos ejemplos de esta centuria, citemos el caso de Felix FRANKFURTER, el cual decepcionó a F. Delano Roosevelt, al no ser el liberal y “activista” que había imaginado éste. La enorme liberalidad, flexibilidad y espíritu realista y revolucionario de Earl WARREN debió, sin duda sorprender a un conservador de la talla de Ike Eisenhower, el cual fue quien lo designó. Finalmente, la rigidez conservadurista de Byron WHITE ha debido disgustar enormemente a John F. Kennedy. Cfr., al respecto, Jon R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970). *Foreword (or Backward?)*: *The Year After Warren*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484-538, 485, nota 5.

(25) Del “*Warren-Court*” permanecen todavía William DOUGLAS [nombrado en 1939, hoy el miembro más antiguo del Tribunal, después del fallecimiento en 1971 del Justice BLACK, nombrado en 1937]; William BRENNAN [nombrado en 1956 y un destacado liberal]; Potter STEWART [en 1958]; Byron WHITE [conservador o intérprete rígido, nombrado en 1962] y Thurgood MARSHALL [nombrado por el ex-presidente Lyndon B. Johnson en 1968]. A este elenco deben agregarse los nombres de los *Justices* Harry A. BLACKMUN, POWELL y REHNQUIST, que, al lado del nuevo *Chief Justice*, son los nuevos nominados por el Presidente Nixon y confirmados por el Senado.

Los jueces del *S. C.* son nombrados por el Presidente y confirmados por un voto mayoritario del Senado [art. 2, § 2, de la Constitución], y permanecen en sus cargos mientras observen buen comportamiento [during good behaviour]. El salario anual de un *Justice* del *Supreme Court* asciende a 60.000 dólares. Al igual que otros funcionarios del Gobierno federal, puede ser acusado [“*impeached*”] por la Cámara de Representantes, condenado y removido de su cargo, en virtud de un voto de los dos tercios del Senado, por los delitos de “traición, cohecho, y otros delitos graves o leves”. Un solo juez del *S. C.* fue acusado: Samuel Chase, en 1803, pero no llegó a ser condenado. Cfr. R. V. DENENBERG: *The U.S. Supreme Court. An Introductory Note*, en *C. L. J.*, 29 (1971), 134, 138, nota 19; Jon R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970), en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484, 485.

(26) La tendencia del “*Burger-Court*” a adherirse a los precedentes establecidos por el “*Warren-Court*” es notoria. Cfr., a este respecto, el artículo de KURLAND: *1970 Term: Notes on the Emergence of the Burger Court*, en

No puede, por tanto, admitirse que el año post-Warren, calificado como "el año de la pausa", haya significado de cara al futuro una cancelación o un paso atrás en los logros obtenidos por aquel tribunal¹, sobre todo en materia de derechos civiles. Por el contrario, ha sido, desde nuestra perspectiva cronológica, un año de deceleración, y según señala WALTZ, esto significa la eventual asunción de un mayor grado de actividad. Las sentencias recaídas en *Roe v. Wade* en

Supreme C. Rev., 1971, 265; N. L. NATHANSON: *Supreme Court Review* (1971), en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 62 (1971), 463 ss.

El "Warren-Court" es el Tribunal que mejor ha sabido interpretar el espíritu del *Bill of Rights*, llevando, además, a la práctica el inconcuso principio de la "igualdad absoluta" de todos los individuos ante la ley penal, extendiendo y reforzando los derechos del procesado y, asimismo, de los reclusos. Las decisiones más resonantes son: El Estado debe proveer de defensor "libre" a todos los acusados económicamente débiles, conculcando la normativa de la 6.^a Enmienda. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Asimismo, los indigentes deben ser provistos de una transcripción literal del proceso habido contra ellos, a fin de asegurar una absoluta igualdad en el acceso a los procesos de apelación. *Griffin v. Illinois*, 351 U. S. 12 (1956). En *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), se declara inadmisibles en los procesos penales la prueba o evidencia aseguradas por la policía en violación de la Decimocuarta Enmienda. La misma Enmienda prohíbe las pruebas obtenidas por la policía mediante la instalación de aparatos electrónicos para la escucha, pues atenta contra una zona intocable de los derechos del individuo, protegidos por la Constitución. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Además, una de las decisiones que mayor eco han causado ha sido, sin duda, *Miranda v. Arizona*, 384, U.S. 436 (1966), en cuya virtud el *Supreme Court* declara que el privilegio de la Enmienda V contra la auto-incriminación implica la anulación de todas las confesiones obtenidas antes de que al acusado se le haya advertido sobre su derecho constitucional e irrenunciable a permanecer en silencio. El derecho de los acusados por crímenes graves a un proceso por jurado, conculcando la normativa de la Sexta Enmienda, es declarado por el *Supreme Court* en *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968). Las reglas del proceso debido con arreglo a la ley (due-process clause) exigen no sean excluidas de la formación de los jurados las personas con prejuicios contra la pena capital. *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968). En materia religiosa, el Tribunal estableció en 1962 la norma de que la lectura de la Biblia o el recitar oraciones en las escuelas públicas constituye una infracción de la Enmienda I, la cual prohíbe el establecimiento de una religión. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Mas, sin lugar a dudas, una de las decisiones más relevantes emitidas por el S. C. durante la era Warren fue la del "Reapportionment Case". En *Baker v. Carr* (1959), el Tribunal establece un equilibrio político entre las áreas que dan lugar a la elección de representantes en el Congreso. Así, frente al anterior principio que daba lugar a la elección de un solo representante por cada distrito (fuese éste urbano o rural, tuviese una población de 500.000 personas o de sólo 50.000, lo que originaba un control por parte de los distritos rurales, precisamente los más conservadores y reaccionarios), el S. C. decide ahora una elección proporcional según el número de electores, en base al principio "one man, one vote" (cada hombre, un voto). Cfr. Robert McCLOSKEY: *The Reapportionment Case*, en M. M. SHAPIRO: *The Supreme Court and Constitutional Rights*, 1967 (Scott, Foresman & Co., Atlanta), 83 ss.; El MISMO: *The Modern Supreme Court*, 1972 (Cambridge, Mass.), 263 ss. Con carácter general, véase Arnulf BARING: *Der Warren-Court-eine vorläufige Bilanz*, en *ZRP.*, 1969, 180; H. H. ERDMANN: *Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzeltaaten*, 1969 (Bonn, Röhrscheid).

materia de aborto, en *Furman v. Georgia* y muchas otras así lo acreditan. (27).

De otro lado, la decisión de *Furman* significa el punto culminante de un sistema de derecho judicial, en el que el *Supreme Court*, el más alto de los órganos judiciales americanos, asume como "deber sagrado e inejutable" la tarea de controlar o revisar la validez constitucional de los actos emanados del legislativo mediante el empleo del *stare decisis* constitucional y de una institución de rancio abolengo democrático como es la labor de *revisión judicial* (28).

Se reafirma, de este modo, la independencia a ultranza del judicial no sólo frente al legislativo, sino también frente a los "desvergonzados esfuerzos" de *court-packing* y de influenciar la política judicial futura desplegados por un ejecutivo descarado (29).

(27) En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), y en *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), el S. C. declara que los estatutos de Texas y Georgia relativos a la regulación del aborto van contra el derecho constitucional de la mujer a decidir el poner fin a su estado de gravidez. El Tribunal fija, además, los "standards" de constitucionalidad a que deben adaptarse los estatutos sobre la materia: en el estadio previo al fin del primer trimestre, la decisión de abortar y su práctica deben dejarse al dictamen del médico que atiende a la mujer embarazada; en la etapa subsiguiente al término del primer trimestre, el Estado, haciendo uso de su interés en la salud de la madre, puede, si lo desea, regular el aborto en términos referidos a la salud de la madre; en el estadio subsiguiente a los seis meses, el Estado, promoviendo su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo desea, regular e incluso proscribir el aborto, salvo si es necesario, según dictamen médico adecuado, para preservar la salud o la vida de la madre. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 12 (24 enero 1973), 3099-3132.

(28) Véase, particularmente, el libro de A. COX: *The Warren Court: Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, 1968 (Cambridge, Mass. Harv. University Press); CHOPER: *On the Warren Court and Judicial Review*, en *Cath. U. L. Rev.*, 17 (1967), 20; NOLAND: *Stare Decisis and the Overruling of Constitutional Decisions in the Warren Years*, en *Valp. L. Rev.*, 4 (1969), 101; WHITE: *Warren Court Under Attack: The Role of the Judiciary in a Democratic Society*, en *MD. L. Rev.*, 19 (1959), 181; E. ROSTOW: *The Democratic Character of Judicial Review*, en *Harv. L. Rev.*, 66 (1952), 193 ss., de carácter general; George MACE: *The Antidemocratic Character of Judicial Review*, en *Cal. L. Rev.*, 60 (1972), 1140-1149. El estudio más plástico y característico del empleo del *stare decisis* por el *Warren Court* es el de Arthur J. GOLDBERG: *Equal Justice: The Warren Era of the Supreme Court*, 1970, anteriormente aludido. *Supra*, pág. 241, nota 23.

La crítica de las decisiones del Tribunal presidido por Earl Warren no ha sido tampoco parca. Son representativos, a este respecto, los estudios de Alexander M. BICKEL: *Politics and the Warren Court*, 1965 (New York, Harper & Row); EL MISMO: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970 (New York, Harper & Row).

(29) Aunque la Constitución no expresa un *minimum* de requisitos o cualificaciones para ser juez del Tribunal Supremo [Cfr. SWINDLER: *The Politics of "Advice and Consent"*, en *A.B.A.J.*, 56 (1970) 533], el Senado ha considerado desde siempre como normas a seguir: un alto nivel intelectual y científico y una integridad u honestidad a toda prueba.

Cuando Nixon, después de la dimisión de Abe Fortas, intentó que fuesen confirmados Clement F. Haynsworth y G. Harold Carswell como miembros del *Supreme Court*, había hecho su selección dentro de la línea que él denominaba enfáticamente "la estrategia sureña", en cuanto política dirigida a eli-

Además, frente a la trasnochada interpretación decimonónica de la doctrina de la división de poderes, de la cual un planteamiento puramente iluminista derivaba la preponderancia del legislativo sobre los restantes, se consagra definitivamente la interpretación correcta de aquella doctrina, cuya finalidad, según expresaba el *Justice BRANDEIS*, “no era evitar la fricción de los tres poderes, sino, por medio de la inevitable fricción, salvar al pueblo de la autocracia” (30). La revisión efectuada por el *Supreme Court* de los actos del poder legislativo es, por tanto, algo esencial a un régimen democrático en lo que supone de potenciación de la efectividad de la constitución, en cuya aplicación ha de contemplarse “no sólo lo que ha sido, sino lo que puede ser...; pues los derechos declarados en palabras pueden esfumarse en la realidad” (31). Así, el proceso jurídico, que debe caracterizarse por una lógica de subsunción deductiva, no es aquí practicable. Las normas constitucionales son principios de valor abiertos o flexibles a fin de hacer posible la identificación de los distintos grupos sociales con el sistema político americano. Pero, si los actos del legislativo representan la decisión de la mayoría, las decisiones del Tribunal Supremo americano revisando la constitucionalidad de aquéllos, protegen precisamente a la minoría contra una tiranía de la mayoría, ya que no debemos olvidar que las garantías constitucionales son, por lo general, derechos de las minorías políticamente impotentes. Entonces, el *Supreme Court* pronuncia decisiones eminentemente políticas. Y la idea del juez, concebida por MONTESQUIEU

minar los signos de liberalismo existentes en el anterior Tribunal. En este sentido, Nixon no hacía, *a priori*, nada que no hubiesen hecho o intentado hacer los que le habían precedido en la más alta magistratura de la nación. Si bien el actual Presidente tuvo menos tacto y más desvergüenza en la nominación. Así, después de ser rechazado Haynsworth desde el prisma de la valoración ética, Carswell no resistió tampoco la investigación del Comité del Senado, que vio en él a un juez *mediocre*, humana e intelectualmente, y, además, aunque éticamente nada parecía haber que reprocharle, surgió entonces un nuevo dato: Carswell había sido racista. Su rechazo fue calificado por Nixon como “un acto de discriminación regional” en base a prejuicios ideológicos y geográficos. Pero lo cierto es que el Presidente dejó de hablar cuando los ciudadanos de Florida, el Estado de Carswell, rechazaron su solicitud para ser candidato a un puesto en el Senado de los Estados Unidos. Cfr. John R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970). *Foreword (or Backward?)*: *The Year After Warren*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484-486; W. F. SWINDLER: *The Supreme Court, The President and Congress*, en *Int. & Comp. L. Q.*, 19 (1970), 671, 674; Claus SEIBERT: *Schwierige Lage für Nixon und den US-Supreme Court*, en *MDR*, 1970, 483-484.

(30) *Meyers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926), cit. por Jon R. WALTZ, en *Supreme Court Review*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484, nota 1.

Es de constatar cómo Alexis De Tocqueville [*Democracy in America*, trad. de Lawrence, 1966, 324-333], que visitó América en 1831, publicando en 1835 sus impresiones y observaciones, predecía que la profesión legal y el judicial demostrarían ser el único pilar de estabilidad en la democracia americana.

(31) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910). Cfr., a este respecto, Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and The Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 116-7.

como “un être inanimé, la bouche qui doit prononcer les paroles de la loi” se nos aparece en abierta contradicción con la actual visión de los jueces del Tribunal Supremo americano, cuyos miembros ejercen, como “guardianes de la Constitución”, según palabras de MADISON, una función eminentemente política. En este sentido, el *Supreme Court* se erige en un órgano educacional y los jueces inevitablemente en maestros en un vasto seminario nacional. El *Corpus* de opiniones del *Supreme Court* es, por tanto, como un libro de texto para la nación, a la cual las decisiones de aquél inyectan un tono moral (32).

Ello no obstante, el fallo de *Furman* ha sido pronunciado por una mayoría de cinco *Justices* a cuatro, dato que basta por sí solo para denotar la existencia de hondas divergencias en el seno del Tribunal, y causa, además, de que cada uno de los nueve miembros del *Supreme Court* haya emitido su opinión por separado. Este hecho indica, en suma, que cada uno de los jueces ha dado soluciones distintas a problemas también distintos.

Pues bien, pese a que ninguno de los nueve miembros del *Supreme Court* se ha mostrado, al menos en el plano puramente individual, partidario del castigo máximo (33), el argumento de fondo que ha separado radicalmente a la mayoría y los disidentes ha sido el de la revisión judicial de los actos legislativos. Así, aún admitiendo que

(32) Kurt L. SCHELL: *Pressefreiheit und Staatssicherheit*, en *Recht und Gesellschaft*, 1971, 42 ss; Kenneth S. DEVOL (Ed.): *Mass Media and the Supreme Court: The Legacy of the Warren Years*, 1971 (New York, Hastings House), incluyendo las 52 decisiones más importantes del Tribunal sobre libertad de expresión desde la época en que llegó Earl Warren (1953) hasta 1971; Paul FREUND: *The Supreme Court of the United States: Its Business, Purposes and Performance*, 1961 (World Publishing Co.). Y, en especial, Samuel KRISLOV: *The Supreme Court and Political Freedom*, 1968 (The Free Press, New York), cap. 6, págs. 201 ss., *The Court and the Public*; Charles G. HAINES & Foster H. SHERWOOD: *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1835-1864*, 1957 (Berkeley).

(33) No deja de ser curioso que sólo uno de los nueve *Justices*, Harry A. BLACKMUN, perteneciente, por paradójico que resulte, al voto de la minoría contraria a la anticonstitucionalidad del máximo castigo, sea, en cambio, el único que manifieste su postura personal y *curriculum* profesional contrarios claramente a la pena capital. “Habiendo vivido durante muchos años en un Estado que no tiene pena capital, que abolió efectivamente ésta en 1911 y que practicó la última ejecución el 13 de febrero de 1906, para mí la pena capital nunca ha sido una parte de la vida: Yo, tal vez el único entre los miembros actuales del Tribunal, poseo “récores” judiciales sobre este tema. Como miembro del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, luché silenciosamente contra el tema de la pena capital. *Feguer v. United States*, 302 F. 2d 214 (CAS 1962), cert. denied, 371 U. S. 872 (1962)...”. Su postura es puesta, de nuevo, de relieve en *Maxwell v. Bishop*, 398 F. 2d 138, 153-154 (CAS 1968), donde, pese a considerar legal la imposición de la pena capital con arreglo a la preceptiva estatutaria de las leyes federales, declara que “la consideración de la pena capital es una materia política que debe ser ordinariamente resuelta por el legislativo o a través de indulto del ejecutivo y no por el judicial”. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 406-7 (1972). *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3201, 3283.

la adjudicación de la Octava Enmienda obliga al Tribunal a la tarea de la revisión judicial, los cuatro *Justices* disidentes consideran unánimemente que la instancia de decisión acerca de la anticonstitucionalidad de la pena de muerte es el legislativo y no el judicial, por lo que aconsejan la no inmiscusión del judicial en dicha tarea (34).

Pero, incluso entre los *Justices* que integran la mayoría se observan profundas divergencias, por lo que el caso en cuestión podría hipotéticamente presentarse como un "precedente incierto" de cara al futuro (35). En tal sentido, de entre los cinco que emiten el voto mayoritario el único punto de completo acuerdo y perfectamente claro en la decisión radica en que la pena de muerte es una pena cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. A partir de ahí las diferencias son notorias.

Sólo los *Justices* BRENNAN y MARSHALL se unen para afirmar en *Furman v. Georgia* que el máximo castigo es *per se* una pena cruel y desusada y, por consiguiente, anticonstitucional *en todo caso* (36).

BRENNAN declara la anticonstitucionalidad de la pena capital a la luz de cuatro principios: En primer término, por su desusada severidad, la pena de muerte degrada la dignidad del ser humano (37).

(34) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); 432 (BURGER, disintiendo); 410 (BLACKMUN, disintiendo); 418 (POWELL, disintiendo); 465 (REHNQUIST, disintiendo). *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3231; 3276, 3282 (Chief Justice BURGER); 3283 (BLACKMUN); 3288, 3291, 3301 (POWELL); 3302-3 (REHNQUIST).

(35) En cualquier caso, y pese a los esfuerzos realizados por las legislaturas de diversos Estados para reintroducir legislativamente la pena capital, pero acomodándose teóricamente a los "standards" sentados en *Furman*, no parece probable que el *Supreme Court* cambie tan rápidamente su doctrina. Al contrario, una tradición observada durante años en esta materia aboga por una posible unión de los cuatro *Justices* disidentes con la mayoría en *Furman*, por lo que sería del todo normal ver convertido el voto de cinco en un voto de nueve. Cfr. Chales W. EHRHARDT, Phillip A. HUBBART, L. Harold LEVINSON, William MCKINLEY SMILEY & Thomas A. WILLS: *The Aftermath of Furman: The Florida Experience. I. The Future of Capital Punishment in Florida; Analysis and Recommendations*, en *J. Crim. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 2-10, 3; Charles W. EHRHARDT & Harlod LEVINSON: *II. Florida's Legislative Response to Furman: An Exercise in Futility? Ibidem*, 10-21.

Como prueba demostrativa de lo dicho arriba, el *Supreme Court*, en su tendencia a seguir apegado a los precedentes por él establecidos, tal y como hacía en la época del *Warren-Court*, ha declarado anticonstitucional el estatuto de Illinois que prescribía la pena capital, en virtud de una decisión *per curiam* unánime de los nueve jueces. *Moore v. Illinois*, 408 U.S. 786 (1972). En este caso, el Tribunal declara que tal estatuto infringe los principios o "standards" sentados en *Furman*. La suerte que le espera a los nuevos estatutos de los distintos Estados no parece, pues, de lo más halagüeña. Cfr. COMMENTS: *Capital Punishment after Furman*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 281-289.

(36) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1973); 270 [BRENNAN, concurrendo]; 329 [MARSHALL, concurrendo].

(37) *Ibidem*, 271-9 [BRENNAN, concurrendo]. La pena de muerte encierra tanto pánico físico como pánico mental. Declara expresamente que ésta es la primera vez que se plantea ante el Tribunal la anticonstitucionalidad de la pena de muerte en sí misma considerada. *Ibidem*, 287-8.

En segundo, por razón de su arbitrariedad, dicha pena es anticonstitucional si es infligida por el Estado arbitrariamente, es decir, a sólo unos pocos (38). En tercero, por su total rechazo por la sociedad contemporánea (39). Y, por último, dicho castigo es excesivo por ser innecesario, ya que, no hay razón para creer que cumple lo fines asignados a la pena de una manera más eficaz o efectiva que una penalidad menos severa como es la de prisión (40). En síntesis, "la muerte es en la actualidad una pena desusada y desproporcionalmente severa (41).

El Justice Thurgood MARSHALL (42) reafirma la opinión de su colega, al expresar que la pena de muerte es *in abstracto* anticonstitucional "a causa de que es excesiva o innecesaria y aborrecida por los valores morales existentes en la comunidad contemporánea (43). Además, considera una nueva actitud histórica en el análisis del lenguaje de la cláusula "*Nor cruel and unusual punishments inflicted*", en el sentido de que ésta debe deducir su significado partiendo de "los valores de decencia en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez" (44). De modo que, adhiriéndose al sector doctrinal que asigna un valor "dinámico, funcional o flexible" a la cláusula, constata, en consecuencia, que "lo que no era cruel en una época de la historia de una nación no tiene por qué estar necesariamente permitido en la actualidad" (45). Por último, ya

(38) *Ibidem*, 291. Basa esta afirmación en la rareza con que se impone y en la selección arbitraria que los jurados hacen al imponerla. La aserción más contundente de que la imposición de la pena capital en U.S.A. la convierte en una pena "discriminatoria", la hace el Justice MARSHALL. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3265

(39) *Ibidem*, 288, 297. La restricción que el legislativo hace del empleo del máximo castigo y la existencia normal del *moratorium* de la ejecución demuestran que la sociedad rechaza la pena capital. *Ibidem*, 291, nota 40.

(40) *Ibidem*, 305. La prueba de que no es necesaria para cumplir los fines que el Estado asigna a la pena estriba en que el legislativo suele establecer en los estatutos capitales la opción entre la pena de muerte y la prisión de por vida.

(41) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3246. Esta es la conclusión que deduce el Justice BRENNAN después de tamizar la pena capital a través de los cuatro principios aludidos.

(42) Thurgood MARSHALL fue nombrado por el Presidente Lyndon Johnson en 1967. Su bisabuelo era esclavo. Cfr. Joachim HERRMANN: *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, en *JZ*, 1972, 615-618, nota 37.

(43) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 369 (1972) [MARSHALL, concu- rriendo].

(44) *Ibidem*, 327-329. Al igual que el Justice BRENNAN, acepta MARSHALL el *test of evolving standards of decency* como criterio para determinar si una pena viola la proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Octava Enmienda. Como veremos, este "test" fue establecido por el antiguo Chief Justice WARREN, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958), lugar donde se remite a *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910), como precedente de la tesis flexible, evolutiva o funcional de la cláusula. *Infra*, pág. 264, nota 17.

(45) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3254. Sin duda, el más completo y sugestivo voto es el escrito por el Justice MARSHALL, sobre todo por su fundamentación histórica.

en un plano de política criminal, niega que el máximo castigo cumpla los fines de retribución e intimidación que le son asignados, del mismo modo que subraya su naturaleza antieconómica, por cuanto las garantías procesales de que viene rodeada su imposición por los tribunales americanos suponen un verdadero dispendio para las arcas del erario público (46). Si a todo ello agregamos la naturaleza arbitraria de dicha penalidad —ya que su empleo demuestra que se impone y ejecuta con mayor frecuencia sobre los negros, pobres y mujeres que sobre los blancos y los económicamente poderosos—, no debe extrañarnos que el *Justice* MARSHALL opte por afirmar que los fines que el legislador persigue con la imposición de la pena pueden verse perfectamente cumplidos con penas más leves o menos severas que la de muerte, como es el caso de la de prisión (47).

Por el contrario, los argumentos de los tres *Justices* restantes que forman el voto de la mayoría parecen, al menos hipotéticamente, pues en el plano real no parece muy viable, dejar abierto un resquicio a una constitucionalidad futura de la pena de muerte, pues declaran su anticonstitucionalidad *in concreto*, es decir, atendiendo a las peculiares circunstancias en que suele imponerse con arreglo a los estatutos capitales de los diversos Estados de la Unión.

Aunque, como advierte el *Justice* STEWART, “la constitucionalidad de la pena capital *in abstracto* no está, sin embargo, ante nosotros en estos casos” (48), lo cierto es que tanto él como WHITE y DOUGLAS no vacilan en declarar su anticonstitucionalidad en base a las reglas procesales bajo las cuales dicha pena es impuesta y en atención a los problemas constitucionales planteados como consecuencia de tales procedimientos. De ahí que, teóricamente al menos, si los estatutos de los distintos Estados que mantienen la pena capital fijasen esta penalidad como pena única u *obligatoria* —sin dar al jurado la opción de elegir una pena más leve— para algunos delitos, WHITE parecería admitir entonces la constitucionalidad del máximo castigo (49). Tanto él como STEWART consideran a la pena de muerte excesiva, arbitraria y discriminatoria, al venir aplicada en un sistema que permite a la mayor parte de los delincuentes escapar a

(46) MCGEE: *Capital Punishment as Seen by a Correctional Administrator*, en *Federal Probation*, 28 (junio 1964), 11. Los costes de la ejecución de un condenado a muerte son 550 dólares; su mantenimiento anual en la celda de la muerte asciende a 3.800 dólares; en total unos 4.350 dólares anuales. Por el contrario, los gastos que ocasiona un recluso normal ascienden a 2.700 dólares, según cifras manejadas en California. Cfr. Michael H. MARCUS & David S. WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1311, nota 371.

(47) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 342, 358-9 (1972) [MARSHALL, concurriendo].

(48) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 309 (1972) [STEWART, concurriendo].

(49) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 311 (1972) [WHITE, concurriendo, y en un sentido similar al seguido por STEWART].

la inexorabilidad de la muerte, lo que otorga a esa penalidad un efecto retributivo y disuasorio mínimos. Para STEWART, la naturaleza excesiva de dicha pena viene demostrada por el hecho de que el legislativo suele fijar penas menos severas que la de muerte para delitos capitales, lo cual es por sí solo significativo de que el legislador cree excesiva dicha penalidad (50). Finalmente, la rareza con que los jurados suelen recurrir a la imposición de la pena capital es una prueba inconcusa de que también el pueblo la considera excesiva, aun tratándose de delitos tan graves como los capitales (51). De donde se infiere, en suma, una aplicación discriminatoria del máximo castigo, en clara violación, por tanto, de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Enmienda VIII, según constata el *Justice* DOUGLAS (52).

Frente al voto de la mayoría, los cuatro *Justices* que integran la minoría (el *Chief Justice* BURGER y los *Justices* BLACKMUN, POWELL y REHNQUIST) parecen, *prima facie*, unidos por una concepción diametralmente opuesta sobre la revisión judicial y en los "tests" aplicados en orden a definir la pena capital como una pena cruel y desusada.

En el primer aspecto, el *Chief Justice* BURGER, en completo desacuerdo con la mayoría; expresa: "...si estuviese en posesión del poder legislativo, me uniría con BRENNAN y MARSHALL, o al menos, restringiría el empleo de la pena capital a una pequeña categoría de los crímenes más atroces...". Pero "la quietud del Tribunal en este área puede atribuirse (precisamente) al hecho de que, en una sociedad democrática, las legislaturas, no los tribunales, son las llamadas a responder a la voluntad y, consiguientemente, a los valores morales del pueblo" (53). En sentido similar se pronuncia BLACKMUN, quien, tras

(50) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 309-312 (1972) [STEWART, concurriendo].

(51) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 312 (1972) [STEWART, concurriendo].

(52) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 249-257 (1972) [DOUGLAS, concurriendo]. A juicio del *Justice* DOUGLAS, la discreción dejada en manos de jueces y jurados para decidir "qué persona vivirá o morirá"... lleva a aplicar la pena de muerte arbitraria y discriminatoriamente contra negros, blancos, pobres, jóvenes e ignorantes. Asimismo, la infrecuencia con que se impone dicha pena viola los principios de la protección de igualdad ante la ley implícitos en la Enmienda VIII. Por lo que toda pena administrada en forma discriminatoria o arbitraria es impuesta "desusadamente".

La opinión del *Justice* WHITE viene, en realidad, limitada a los Estados cuyos estatutos capitales autorizan, pero no obligan, a la imposición de la pena capital por los delitos de raptó o asesinato y en los cuales dicha pena se impone con relativa frecuencia. Por lo que, consideraría constitucional esta pena si el legislativo la impusiese como obligatoria (*mandatory*) para los delitos referidos. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 311 (1972).

(53) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 383 (1972). BURGER acepta el "test" evolutivo o funcional de la Enmienda, al afirmar, citando a *Trop v. Dulles*, que "la Enmienda debe trazar su significado partiendo de los valores de decencia en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez". Sin embargo, objeta que "tanto desde el punto de vista consti-

declarar su “antipatía personal” contra la pena de muerte— “contraria a todo sentido de respeto por la vida”— (54) opone, empero, que su abolición es un expediente que corresponde al legislativo o al ejecutivo, pero no al judicial; por lo que “si yo fuese un legislador, votaría contra la pena de muerte en base a las razones políticas argüidas por la defensa de los respectivos recurrentes y adoptadas en las diversas opiniones suscritas por los *Justices* que han votado la anulación de esas declaraciones de culpabilidad” (55).

Por último, la minoría rechaza categóricamente los “tests” utilizados por la mayoría para declarar conceptualmente anticonstitucional *per se* a la pena de muerte. En este sentido, niegan que una pena excesiva infrinja la Octava Enmienda, de forma que, a juicio del *Justice* POWELL, la pena de muerte nunca sería excesiva en los supuestos de rapto y asesinato (56). Asimismo, tampoco caen dentro de los límites de proscripción de la referida Enmienda las aplicaciones arbitrarias, infrecuentes o discriminatorias de una pena; aparte de que, de acuerdo con la minoría, ningún dato empírico demuestra la existencia de prácticas judiciales arbitrarias o discriminatorias (57).

En síntesis, los jueces disidentes, pese a aceptarse por algunos la tesis de que la cláusula de las penas crueles y desusadas “puede adquirir significado en tanto en cuanto la opinión pública sea ilustrada por una justicia humana” (58), niegan que la pena capital ofenda la moralidad pública de la sociedad contemporánea. Y ello, en base

tucional como fáctico, es el legislativo, no el Tribunal, quien responde a la opinión pública e inmediatamente refleja los “standards” de decencia de la sociedad”. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3273, 3276.

(54) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 406-7 (1972). *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3281-3283.

(55) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3283 [BLACKMUN, disintiendo]

(56) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 457-8, 461 (1972) [POWELL, disintiendo]. Juzga demasiado especulativo el “test” establecido por el *Justice* MARSHALL en el sentido de que si la gente conociese las particularidades con que se impone y ejecuta la pena de muerte, la rechazarán por completo. *Ibidem*, 446.

(57) *Ibidem*, 397, 399 [BURGER, disintiendo]. Según el *Justice* REHNQUIST, cuyo voto no alude para nada al problema de la constitucionalidad de la pena capital, lo fundamental es el problema de la revisión judicial adjudicada en este caso al *Supreme Court*, el cual, a su juicio, no debe entrar a decidir esta cuestión. Por lo que, al hacerlo, se ha excedido en su poder, sin tener en cuenta el principio de la auto-restricción judicial. *Ibidem*, 468.

(58) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910); *Trop v. Dulles* 356 U. S. 86, 100-101 (1958). Únicamente cinco de los *Justices* aceptan de modo expreso el “test” funcional o evolutivo de interpretación de la cláusula, es decir el denominado “*test of evolving standards of decency*”, preconizado ya en *Weems* y consagrado definitivamente por el *Chief Justice* WARREN en *Trop v. Dulles*. Los jueces que lo aceptan ahora son: el *Chief Justice* BURGER [disintiendo, 382]; POWELL [disintiendo, 420]; BLACKMUN [disintiendo, 410]; BRENNAN [concurriendo, 269] y MARSHALL [concurriendo, 327]. Los miembros restantes del *S. C.*, al no plantearse la problemática estricta de la constitucionalidad *per se* de la pena capital, no penetran en este problema. Sin embargo, debe advertirse que el *Justice* William O. DOUGLAS fue precisamente uno de los cuatro jueces [Earl WARREN, BLACK y WHITTAKER fueron los restantes]

a dos razones: en primer término, porque la expresión propia de la moralidad pública debe proceder del poder legislativo, el cual es en todo caso el portador de esa moralidad y el que debe hacerla valer o no (59). En segundo, la moralidad contemporánea no rechaza el castigo máximo, puesto que un amplio sector de la población estadounidense ha expresado su preferencia por la retención de la pena de muerte (60).

En cualquier caso, no cabe duda de que el Tribunal ha seguido —y seguirá probablemente en casos similares al planteado— la línea política de “activismo judicial”, de tono político y moral en sus decisiones, marcada por el anterior “*Warren-Court*”. Ello no obstante, la diversidad de problemas planteados y de soluciones apuntadas en tan importante fallo judicial nos obligaría a un detenido estudio, siquiera, de los más importantes, pero imposible de llevar a cabo de modo completo en el reducido marco de un artículo.

Salta así, a primera vista, el problema planteado, en primer término, por los diversos “tests” o métodos de análisis histórico del lenguaje de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*” empleados por cada uno de los *Justices*; si bien ha de constatarse el predominio de una concepción dinámica o funcional en la interpretación de dicha Enmienda. Tales posturas ante la historia se dejan traslucir inmediatamente en la diversidad de “tests” utilizados para la definición conceptual de lo que ha de entenderse por “pena cruel y desusada” en el sentido de la Enmienda Octava. Ello obligaría entonces al examen de la evolución de la doctrina sentada; por el *Supreme Court* en casos similares al debatido hasta desembocar en *Furman v. Georgia*. Aquí entra también en consideración el análisis de los “tests” empleados al efecto de concretar la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la pena capital.

Tras el apartado histórico-evolutivo de la doctrina acerca de la cláusula, estudiaremos el fondo del problema que ha provocado la escisión de los nueve miembros del *Supreme Court* en este caso: la revisión judicial de los actos legislativos, el carácter democrático o antidemocrático de esa institución; su proyección sobre el federalismo y las actitudes contrapuestas de “activismo judicial” frente a “restricción judicial”.

Finalmente, y aunque estamos en presencia de una materia donde, por razones obvias, deben descartarse la profecías, será objeto obli-

que concurrieron en el voto de la mayoría, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), estableciendo el “test” referido.

(59) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 383 (1972) [BURGER, disintiendo].

(60) *Ibidem*, 384 [BURGER, disintiendo]. Adviértase, en este sentido, que una aprobación por el legislativo de la pena capital lleva consigo, para el *Chief Justice*, una presunción de validez de dicha pena. Desde luego, la presunción es grande, habida cuenta de que el 80 por 100 de los Estados, al igual que el Gobierno federal, prevén la pena de muerte en los estatutos denominados capitales. Ello no obstante, tal presunción no implica forzosamente que el legislativo se haya hecho eco, en esta materia, de la opinión y sentimiento populares.

gado de nuestra atención la proyección de cara al futuro del fallo judicial recaído en *Furman*, es decir, lo que la doctrina norteamericana ha dado en llamar el *status post-Furman*. Ello implica, también, examinar el significado y alcance de conceptos como el del *stare decisis* constitucional, la eficacia del precedente judicial y la proyección de la decisión referida en dos direcciones diversas: primero, respecto al legislativo y al ejecutivo; y segundo, en relación con el judicial, esto es, en referencia a las decisiones pronunciadas por los tribunales inferiores de los distintos Estados.

I.—LOS METODOS DE ANALISIS HISTORICO DE LA ENMIENDA VIII UTILIZADOS POR EL “SUPREME COURT”

En los ciento ochenta y un años de historia de la Enmienda Octava, el Tribunal Supremo norteamericano ha discutido sustancialmente —bien por los jueces integrantes de la mayoría, bien por los disidentes— la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas solamente en once ocasiones (1). De ellas, tan sólo en cuatro,

(1) Las diez ocasiones más representativas en que la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Octava Enmienda fue discutida, han sido: *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890); *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892); *Howard v. Fleming*, 191 U.S. 126 (1903); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Badders v. United States*, 240 U.S. 391 (1916) [A este fallo judicial han seguido otros de escasa importancia a la hora de arrojar nueva luz de cara a la interpretación de la Enmienda VIII (*ad exemplum*: *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Burleson*, 255 U.S. 407 (1921)); *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968). Ello no impide que en alguna ocasión se hayan pronunciado los Tribunales Supremos de los Estados Federales en torno al contenido de las “penas crueles y desusadas”. En este sentido, por ejemplo, en *McDonald v. Commonwealth*, 173 Mass. 322 (1899), el *Supreme Court* de Massachusetts fue el primero en declarar que una pena privativa de libertad de larga duración podía ser desproporcionada en relación con el delito, constituyendo, en este sentido, una “pena cruel y desusada”. Asimismo, debe notarse que el primer Tribunal de U.S.A. que ha declarado anticonstitucional la pena de muerte ha sido el Supremo de California, en *People v. Anderson*, 493 Cal. P. 2d 880 (1972).

De otro lado, algunos de los miembros del *Supreme Court* han pretendido considerar, disintiendo con la mayoría, tal problemática o simplemente lo han hecho. Así, en *Rudolph v. Alabama*, 375 U.S. 889 (1963), el Tribunal Supremo denegó *certiorari* a un condenado a muerte por rapto. Pero los *Justices* Arthur J. GOLDBERG, DOUGLAS y BRENNAN formaron un voto contrario a la mayoría, afirmando que “debería concederse *certiorari* en este caso... para considerar si la Octava y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos permiten la imposición de la pena de muerte a un sujeto declarado culpable de rapto que no haya quitado la vida humana o no la haya puesto en peligro”. Sugiriendo que, en tales casos, la pena capital sería anticonstitucional. Cfr. COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95-111.

incluyendo el caso contemplado ahora, ha invalidado actos del legislativo en base a invocar su anticonstitucionalidad por violar el contenido de la cláusula inserta en la Enmienda mencionada; es decir, por considerar que las penas fijadas en algunos estatutos eran "penas crueles y desusadas" (2). Pero, además, a través de todas estas decisiones judiciales pueden observarse claramente dos fenómenos singulares.

De un lado, la flexibilidad del precedente judicial, aún en materias tan delicadas como las referentes a la interpretación del texto constitucional, el cual sirve de *substratum* aglutinante de la vida político-social del país americano. En *Furman v. Georgia*, el *Supreme Court* rompe, pues, bruscamente —tal y como predecían las conjeturas realizadas sobre los fallos recaídos en los últimos diecisiete años— con una línea política tradicional de precedentes sentados en decisiones jurisprudenciales que, al menos tácitamente, admitían la constitucionalidad de la pena capital.

De otro, la asunción por el *Supreme Court* en las decisiones pronunciadas en torno a la Enmienda Octava de dos actitudes o métodos

En otras ocasiones, como en *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 226 (1971), algún *Justice*—en este caso, el desaparecido *Justice* BLACK—confecciona un *dictum* sobre esta problemática concreta, aun cuando no afecte al problema de fondo, diverso por completo, a juicio de la mayoría. *Supra*, página 234, nota 7.

(2) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

La bibliografía sobre *Furman v. Georgia* es muy abundante. Cfr. H. BEAU: *Capital Punishment and the Supreme Court*, en *Jewish Advocate*, Boston (10 agosto 1972); SILVER: *Death and the Judges: Cruel and Unusual Punishment?*, en *Commonwealth* (14 abril 1972), 136; Michael MELTSNER: *Litigating Against the Death Penalty: The Strategy Behind Furman*, en *Yale L. J.*, 82 (1973), 1111-1139; Gerald GUNTHER: *The Supreme Court, 1971 Term. B. Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 86 (1972), 76-85; M. TYUS BUTLER, Jr.: *Constitutional Law- Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891-937; CASS WEILAND & GREG JONES: *Federal Procedural Implications of Furman v. Georgia: What Rights for the Formerly Capital Offender?*, en *Amer. J. of Crim. L.*, vol. 1 (1972), 318-334; Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62-83; Joachim HERRMANN: *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, en *JZ.*, 1972, 615-618; J. HERRMANN & D. F. MARTY: *Vers l'abolition de la peine de mort aux Etats-Unis*, en *RDPC.*, 1973, 831-844 (una reelaboración del anterior artículo); M. CHERIF BASSIOUNI, Kathleen A. LAHEY & Lewis M. SANG: *La peine de mort aux Etats-Unis. L'état de la question en 1972*, en *RScrim. et dr. p. comp.*, 1973, 23-43, de valor puramente informativo, según declaración propia de sus autores. Naturaleza que puede hacerse extensiva a los dos estudios que preceden al de BASSIOUNI. Véanse, además, Charles W. EHRHARDT, Phillips A. HUBBART, L. Harold LEVINSON, William McKINLEY & Thomas A. WILLS: *The Aftermath of Furman: The Florida Experience. I The Future of Capital Punishment in Florida: Analysis and Recommendations*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 2-10; Charles W. ERHARDT & Harold LEVINSON: *II. Florida's Legislative Response to Furman: An Exercise in Futility?*, *Ibidem*, 10-21; COMMENTS: *Capital Punishment after Furman*, *Ibidem*, 64 (1973), 281-289.

(“tests” en la fraseología jurídica americana) de análisis o interpretación histórica de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

A) En primer término, la tesis “fija” o *estática*, denominada también “*colonial test*” (3), con arreglo a la cual la Enmienda Octava prohíbe o tolera única y exclusivamente las penas prohibidas o permitidas por los autores de la misma con referencia a la época colonial, concretamente al *Bill of Rights* inglés de 1689. Por consiguiente, durante más de una centuria, desde que fuera aprobada por el Congreso la Octava Enmienda, el *Supreme Court* rehusaba declarar “cruelles y desusadas” a aquellas penalidades que no eran miradas como tales en la época del *Bill of Rights* de 1689 o en la fecha en que fue aprobada la Constitución.

Así, en ausencia de una intención concreta plasmada por los legisladores americanos en el Primer Congreso sobre la adopción del *Bill of Rights* americano (4), únicamente vendrían comprendidas en la cláusula de proscripción la tortura y otras penas bárbaras e inhumana-

(3) Joseph STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States, with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the Adoption of the Constitution*, vol. III (reimpresión Da Capo Press, New York), 1970, § 1896; Joel Prentiss BISHOP: *On Criminal Law*, vol. I, 9.^a ed., Chicago, 1923, § 946, pág. 697; *McGautha v. California*, 402 U. S. 183 (1971) [BLACK, coincidiendo], *Infra*, pág. 287, nota 68.

(4) Son cuarenta y ocho los Estados de U. S. A. que, en sus textos constitucionales, poseen disposiciones contra la imposición de las penas excesivas. La fórmula gramatical varía de “*cruel and unusual*” a “*cruel or unusual*”. Mientras que algunas constituciones prevén que las penas han de ser proporcionadas a la naturaleza y carácter del delito, Connecticut y Vermont carecen de una disposición similar, pero aplican la cláusula X del *Bill of Rights* inglés a través del “Common Law”.

De cualquier modo, la cláusula debatida recibió escasa atención con ocasión de los debates celebrados en las diversas Convenciones y en el Congreso. La única mención reveladora de la *intencio*n de los autores de la Enmienda VIII aparece en los debates del 1.º Congreso sobre la adopción del *Bill of Rights* americano. Cuando Livermore contesta a Smith sobre la referida Enmienda, hace una alusión concreta a las penas de *horca*, *azotes* y *mutilación de orejas*. Estas son, pues, las únicas penas mencionadas en relación con la cláusula. Cfr. ANNALS OF CONGRESS, *1st. Session* (1789), 754.

En los debates habidos con motivo de la Convención de Massachusetts, Holmes hace referencia al hecho que, de no existir un control constitucional, “racks and gibbets” podrían ser incluidos entre los instrumentos más benignos de su disciplina. Cfr. Jonathan ELLIOT: *Debates in the Several State Conventions on the Adaption of the Federal Constitution*, vol. II (2.^a ed., 1876), 111. Véase, asimismo, William ANDREWS: *Old-Time Punishments*, 1890 (reimpresión, 1971), 188, 221, 234.

Por último, Patrick Henry, en la Convención de Virginia, al aclarar el alcance de la Enmienda a Mr. George Nicholas, expresa: “... Si nosotros no tuviésemos seguridad contra la tortura... podríamos ser torturados mañana.” Cfr. J. ELLIOT: *Debates in the Several State Conventions...*, vol. III (2.^a ed., 1876), 448-451. Pero, tanto Holmes como Henry hacen hincapié en que la Enmienda encierra una limitación, “un control constitucional”, contra los posibles abusos que, en materia de imposición de penas, puede cometer el legislativo.

nas aplicadas en Inglaterra durante la época de los Estuardo, pero sin llegar a especificarse de qué penas se trata.

Pues bien, la primera expresión de la *tesis estática o colonial* se encuentra en *Wilkerson v. Utah* (5), el primer caso en que el *Supreme Court* se enfrenta con la problemática de enmarcar los límites de constitucionalidad fijados por la Octava Enmienda. Tras subrayar la dificultad de precisar el verdadero alcance y contenido —“demasiado indefinido”— de la cláusula, declara, sin embargo, que “lo único seguro es afirmar que las penas de tortura... y otras en la misma línea de crueldad innecesaria están prohibidas por esta Enmienda a la Constitución”. Señalando, a este respecto, como penas de esa naturaleza el “descuartizamiento y el quemar vivo al reo en el delito de alta traición, y la disección pública en el caso de asesinato”. Anclado, pues, en las coordenadas de este método de análisis histórico, el *Supreme Court* dejaba en este caso subsistente la constitucionalidad del método de ejecución de la pena de muerte, al declarar constitucional la muerte ejecutada en público por fusilamiento, admitiendo, tácitamente, la constitucionalidad del máximo castigo (6).

Esa línea tradicional definitoria de las penas comprendidas en la Enmienda Octava prosigue en *In re Kemmler* (7), donde, tras admitir expresamente la constitucionalidad de la electrocución, en cuanto método concebido por el legislativo como más humano para la ejecución de la pena capital, el *dictum* relativo a las penas prohibidas por la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas declara que “las penas son crueles cuando encierran tortura o una muerte lenta; pero la pena de muerte no es cruel en el sentido que posee esta palabra en la Constitución. Aquí implica algo inhumano y bárbaro, algo más que la mera extinción de la vida”, como, por ejemplo, “el quemadero, la crucifixión, el enrodamiento o penas similares” (8).

Asimismo, *O'Neil v. Vermont*, representa un claro ejemplo de esta línea tradicional observada en materia de interpretación de la Octava Enmienda por el *Supreme Court*. El procesado había sido

(5) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878). *Wilkerson* había sido condenado por asesinato.

(6) *Ibidem*, 134-136.

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

(8) *Ibidem*, 446-47. “Esta Declaración inglesa de Derechos hacía referencia a los actos de los departamentos *ejecutivo y judicial* del Gobierno de Inglaterra; pero el lenguaje en cuestión, tal como ha sido utilizado en la constitución del Estado de Nueva York, se pretendió en especial como dirigido a operar contra el legislativo del Estado, a cuyo control se había confiado siempre el castigar los delitos...” (la cursiva es nuestra). *Kemmler* fue el primer hombre ejecutado en la silla eléctrica. Sobre los pormenores del momento de su ejecución, Cfr. George RYLEY SCOTT: *The History of Capital Punishment, Including An Examination of the Case for and against the Death Penalty*, 1950, Torchstream Books, London, 216. Esta primera ejecución, por el sistema de electrocución, fue generalmente condenada, según la crítica publicada por entonces en el *New York Globe*. Cfr. Negley K. TEETERS: “... Hang by the Neck...” *The Legal Use of Scaffold and Noose, Gibbet, Stake, and Firing Squad from Colonial Times to the Present*, 1967, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 446-447.

condenado por 307 delitos de venta, sin autorización, de licor tóxico y sentenciado a pagar una multa de 6.638,32 dólares, es decir, veinte dólares por cada delito más las costas. En caso de impago de la multa en un período de tiempo prefijado, *O'Neil* habría de sufrir 19.914 días de trabajos forzados en régimen de prisión, en suma, tres días por dólar, de acuerdo con lo prevenido en la ley. La mayoría del Tribunal encontró constitucional la imposición de tal pena a *O'Neil*, si bien una minoría de tres *Justices* (FIELD, HARLAN y BREWER) consideraron el problema dentro del marco de la Enmienda Octava. En cualquier caso, la tesis histórica tradicional, sentada en los otros fallos precedentes por el Tribunal, aparece aquí evidente, al considerarse que “esta terminología [cruel y desusado], ciertamente, se aplica normalmente a las penas que infligen tortura, tales como el potro del tormento, las empulgueras, los grilletes, el tensar y alargar los miembros del cuerpo y otras por el estilo, que son esperadas con agudo pánico y sufrimiento” (9).

En síntesis, con arreglo a lo que KADISH denomina la “teoría fija del *due-process*”, únicamente las penas objetables o inaceptables en la época en que fue aprobada la Constitución caen dentro de la prohibición de las penas crueles y desusadas contenidas en la Enmienda. En consecuencia, “la Octava Enmienda —estatuye el que fuera el más destacado representante de la “tesis colonial” en nuestros días, el desaparecido *Justice* BLACK, un “intérprete rígido” de la Constitución— prohíbe las penas ‘crueles y desusadas’. “A mi juicio, estas palabras no pueden interpretarse como proscriptivas de la pena capital, porque esa penalidad era de uso común y autorizada legalmente aquí y en los países de los que llegaron nuestros antepasados, en la época en que fue adoptada la Enmienda. Para mí es inconcebible que los fundadores intentasen poner fin a la pena de muerte con la Enmienda” (10).

(9) *O'Neil v. Vermont*, 144 U. S. 323 (1892). Esa sentencia fue pronunciada en su segundo proceso, pues en el primero se le había impuesto la pena de 75 años de prisión por 457 delitos. *Ibidem*, 326-28. Uno de los jueces que disienten, el *Justice* FIELD, declara que “esta prohibición se dirige no sólo contra las penas del carácter mencionado, sino contra todas las penas que por su duración o severidad excesiva son enormemente desproporcionadas a los delitos imputados. La prohibición va, pues, contra todo lo que es excesivo”. *Ibidem*, 339-340. Cfr., al respecto, Joseph E. BROWDY & Robert J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 853; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 1003-1004; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 96.

(10) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226 (1971) [BLACK, coincidiendo]. En *Carlson v. Landon*, 342 U. S. 524, 527 (1952), el *Justice* BLACK declara, en cambio, que: “La Octava Enmienda está en el Bill of Rights americano de 1789, no en el Bill of Rights inglés de 1689. Y es bien sabido que nuestro Bill of Rights fue escrito y adoptado para garantizar a los americanos una libertad mayor que la disfrutada por sus antepasados que habían sido

La postura de BLACK es compartida en la actualidad por el *Chief Justice* BURGER en *Furman v. Georgia*, al afirmar que a los autores de la Enmienda les preocupaba únicamente “la ausencia en el texto constitucional de una disposición que proscribiese las torturas”, aunque, a decir verdad, admite después que la cláusula requiere un punto de referencia contemporáneo, a efectos de verificar su interpretación, fijando, en consecuencia, dicho punto de referencia en los valores morales de la sociedad contemporánea (11). De este modo, el *Chief Justice* adopta, en realidad, una postura mixta, no exenta de contradicciones; pues, de una parte, afirma la tesis estática de la cláusula, mientras, de otra, señala la necesidad de una actitud dinámica en lo que respecta a la interpretación de su contenido (12).

expulsados de Europa a impulso de las persecuciones.” Anthony F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 860, ss., deduce que la *intención* de los autores americanos de la cláusula, pretendiendo proscribir la “tortura”, es debida a una mala interpretación o malentendido derivado de la lectura de los *Commentaries* de William BLACKSTONE. Sin embargo, esto no parece claro, pues aunque el Bill of Rights inglés de 1689 no alude para nada a la tortura, algunas de las penas implicadas en el debate parlamentario, podrían, según demostraremos, llegar a significar tortura, desde un punto meramente subjetivo, que es desde el que hay que abordar el problema. Ello no obstante, trataremos de esta problemática en el apartado histórico.

(11) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 376-77 (1972) [C. J. BURGER, disintiendo].

(12) La interpretación histórica que el *Chief Justice* hace de la Enmienda le lleva a la deducción de que únicamente la tortura es anticonstitucional. “El análisis más convincente de la adopción por el Parlamento del Bill of Rights inglés de 1689 —la fuente inconcusa de la redacción de la Octava Enmienda— sugiere que la prohibición contra las “penas crueles y desusadas” fue incluida allí como muestra de la aversión a las penas severas no autorizadas legalmente y fuera de la jurisdicción de los tribunales que debían imponerlas. En lo que hace referencia a la pretensión de que el término “unusual” tenía alguna importancia en la versión inglesa, fue aparentemente concebido como una referencia a las penas ilegales. Desde cualquier punto de vista, los autores de la Octava Enmienda pretendieron dar a la frase un significado completamente diverso al de su precursor inglés. Los “records” (parlamentarios) demuestran que la única preocupación de los autores era la ausencia de una disposición que proscribiese la tortura.” *Ibidem*, 376-377.

Esta interpretación, sin embargo, adolece de dos graves errores: uno, histórico; otro, analítico. En primer término, acepta la opinión expuesta por GRANUCCI en el sentido de que el Bill inglés prohibía las penas severas no autorizadas estatutariamente; pero, en segundo, olvida que tal formulación no era sino una reiteración de la política tradicional inglesa dirigida contra las penas desproporcionadas, como reconoce también GRANUCCI.

En segundo lugar, el *Chief Justice* afirma que los americanos dieron a la cláusula un significado diverso al contenido en el Bill of Rights inglés, con lo que aquella iba dirigida tan sólo contra la tortura. Esto es, asimismo, inexacto, pues los autores americanos de la Enmienda, al adoptar el lenguaje del Bill inglés, adoptaron implícitamente los principios en él insitos y las consecuencias derivadas de ellos, por lo que no sólo se prohibían nuevas formas de penalidad crueles y desusadas, sino también las torturas practicadas bajo los Estuardo. De modo que no sólo aparecen prohibidas las penas históricamente consideradas por los autores de la Enmienda, sino también las que caen bajo los dos principios contenidos en la misma [penas severas no autorizadas por estatuto y desproporcionadas en relación con el delito]. Prueba de ello

En síntesis, la *tesis colonial o estática* de análisis del lenguaje de la Enmienda VIII ha supuesto que hasta la década de los años 50 el *Supreme Court* haya permanecido anclado en una interpretación fija de lo que debe entenderse por penas crueles y desusadas en el sentido de dicha Enmienda, dando, así, lugar a la aparición y subsiguiente consagración del denominado *test del método* (el "test" tradicional del Tribunal hasta 1958); es decir, a un procedimiento de análisis de la constitucionalidad de la pena, según el cual el *Supreme Court* consideraba en casos tales, no la crueldad y el desuso *per se* de la pena, esto es, la pena *in abstracto*, sino más bien la crueldad y desuso del *método utilizado en la ejecución de la pena capital*. Sentada, por consiguiente, la crueldad y el desuso en las formas o métodos de ejecución empleados por los Estuardo, todas aquellas otras formas de ejecución de la pena capital que, como el ahorcamiento, el fusilamiento, la silla eléctrica, el gas letal, "no llegasen a significar tortura" con referencia a los métodos de los Estuardo eran, por tanto, constitucionales en el sentido de la Octava Enmienda (13).

La actitud debatida afecta, además, a dos problemas capitales: uno, la pretendida vitalidad y eficacia del texto constitucional. En este sentido, una interpretación rígida de la Constitución como la

es que, aunque el "Common Law" americano difiere en algunos puntos del inglés, "nuestros tribunales, en cambio, comienzan siempre investigando el "Common Law" aplicable a nuestro país, partiendo del inglés. Cfr. MALCOLM E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62, 63, nota 7.

De cualquier forma, ni la crítica que MALCOLM E. WHEELER hace del planteamiento hecho por el *Chief Justice*, ni el de éste mismo son acertados. Pues ignoran el planteamiento cronológico y político adoptado por el legislador inglés de 1689. Cuando éste habla de "penas crueles y desusadas" no lo hace *in abstracto*, es decir, con carácter general o desde un plano de política criminal, sino, antes bien, pensando únicamente en unos casos típicamente políticos. Y en este sentido, está mucho más cerca de la solución la opinión del Justice WILLIAM O. DOUGLAS, cuando habla de penas dirigidas contra minorías políticas, que la de sus oponentes. Sin embargo, la complejidad y dificultad del problema exigen un tratamiento por separado de la cuestión histórica.

(13) *State v. Burriss*, 194 Iowa 628, 190 NW 38 (la muerte por ahorcamiento es constitucional); *State v. Gee Jon*, 46 Nev 418, 211 P 676, P 587 (el gas letal no constituye un método de ejecución anticonstitucional). Cfr. WHARTON'S: *Criminal Law and Procedure*, por Ronald A. Anderson, vol. V, Rochester, New York, 1957, § 2213; JOSEPH E. BROWDY & ROBERT J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 859 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI: *Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, Charles C. Thomas, Springfield, 1969, 26-33; BERNARD SCHWARTZ: *A Commentary on the Constitution of the United States, Part. III, Rights of the Person*, 1968, The MacMillan Co. New York, 807 ss.; SOL RUBIN, HENRY WEIHOFEN, GEORGE EDWARDS y SIMÓN ROSENZWEIG: *Cruel, Unusual, and Excessive Punishments*, en *The Law of Criminal Correction*, 1963, Minnesota, 363, 371 ss.; COMMENT: *The Role of the Eighth Amendment in Prison Reform*, en *The U. of Chic. L. Rev.*, 38 (1971), 647-664. COMMENT: *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, en *Harv. L. Rev.*, 79 (1966), 635-655. Todos estos estudios exponen la evolución habida en la aplicación de la Enmienda VIII a diversas especies de penas.

sustentada por la "tesis colonial" reducía la Enmienda a un papel puramente fútil, ya que, con tales coordenadas, carecía de todo desarrollo y evolución posibles a través del tiempo. Este hecho se comprueba con la pervivencia durante tanto tiempo del llamado *test del método* en las decisiones pronunciadas al respecto por el *Supreme Court*, como criterio definitorio de lo que debía constituir una "pena cruel y desusada".

Otro problema afectado por la *tesis estática* es el relativo al papel a desempeñar por el Tribunal en sus decisiones. En este sentido, el *Supreme Court* se limitaría a una labor de comparación histórica en las decisiones de este tipo, para comprobar si el método de ejecución actual de ciertas penas es uno de los contemplados por los autores de la Enmienda. Lo cual supondría dejar incumplida la verdadera finalidad de la Enmienda VIII, según sus autores: el establecimiento de un límite a los abusos de poder que, en materia de fijación de penas, puede cometer el legislativo (14). Y, además, suprimir por completo la tarea de *revisión judicial* de las manos del Tribunal, cuyo juego, como uno de los tres poderes, quedaría enormemente reducido y malparado.

B) En segundo, el denominado "*test*" *dinámico o funcional*, evolutivo o progresivo, de interpretación de la fraseología de la cláusula contenida en la Octava Enmienda, se adopta por vez primera en *Weems v. United States* (1910), aunque, en realidad, desde entonces a 1957, fecha en que se pronuncia el fallo de *Trop v. Dulles*, no había vuelto a ser aplicado por el *Supreme Court*; si bien a partir de esa fecha parece lograr su consagración definitiva en *Robinson v. California* (1962) y *Furman v. Georgia* (1972).

Weems v. United States reviste gran importancia, además, por cuanto es la primera ocasión en que el Tribunal Supremo americano anula una pena por considerarla cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. *Weems* era un funcionario del Departamento de Guardacostas y Transporte del Gobierno de los Estados Unidos en

(14) Tanto Patrick Henry como Holmes, durante los debates de la Convención de Virginia, expresaron claramente que la cláusula iba dirigida a restringir el poder legislativo, "a guardarse contra los abusos de poder" por parte del legislativo. "What says our (Virginia) bill of rights? 'that excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. Are you not, therefore, now calling on those gentlemen who are to compose Congress, to... define punishments without this control?' Cfr. Jonathan ELLIOT (Ed.): *Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, vol. III, 2.^a ed., 1876, 447-449. En idéntico sentido, se insiste sobre la limitación de poder que contiene la Enmienda VIII, en *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 372-373 (1910): "Their predominant political impulse was distrust of power, and they insisted on constitutional limitations against its abuse... And it was believed that power might be tempted to cruelty. This was the motive of the clause, and if we are to attribute an intelligent providence to his advocates we cannot think that it was intended to prohibit only practices like the Stuarts, or to prevent only an exact repetition of history..."

las Islas Filipinas, que fue condenado por falsedad en documento público u oficial al haber fingido falsamente la entrada de las sumas de 208 y 408 pesos. Fue sentenciado por tal delito, con arreglo al Código penal vigente en las Islas Filipinas de 17 de diciembre de 1886, a las penas de 15 años de *cadena temporal* y multa de 4.000 pesetas, y a las accesorias de interdicción civil durante la condena, inhabilitación absoluta perpetua y sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida del penado. En base a las penas accesorias, el Tribunal, por boca del *Justice* MCKENNA, en nombre de la mayoría, declara anticonstitucional dicha condena, considerando que: "Ciertamente, los barrotes y cadenas de su prisión desaparecen al cabo de doce años, pero él parte de ahí hacia una limitación perpetua de su libertad. Por siempre permanecerá encerrado bajo la sombra de su crimen, por siempre estará dentro del consejo y admonición del juez penal, no siendo apto para cambiar de domicilio sin dar noticia a la autoridad inmediata a cargo de su vigilancia, y sin un permiso por escrito... Incluso está sometido a reglas tan tortuosas que, si no tan tangibles como los barrotes de hierro y los muros de piedra, le oprimen tanto como aquéllos en lo que respecta a su futuro y le privan de una libertad esencial. No se omite ninguna circunstancia de degradación. Debe portar una cadena noche y día. Es condenado tanto al tormento como a trabajos forzados" (15). A partir de ahí, el Tribunal opera en la cláusula una interpretación dinámica, rompiendo con la establecida en *Wilkerson* y en *In re Kemmler*. En este sentido, MCKENNA expresa que "el motivo principal (de Patrick Henry y aquellos que le creyeron) fue el recelo hacia el poder, y ellos insistieron en las limitaciones constitucionales contra su abuso... Creyeron que el poder podía ser tentado a ejercer crueldad. Este fue el motivo de la cláusula, y... no podemos pensar que intentó prohibir únicamente prácticas como las de los Estuardo o prevenir tan sólo una repetición exacta de la historia... La legislación, tanto la estatutaria como la constitucional, se promulga ciertamente en base a una experiencia de males pero su lenguaje genérico no debe por ello ser confinado necesariamente al marco de los males que la motivaron. En la aplica-

(15) *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 366 (1910). Una mayoría de *Justices* acuerda que tal condena infringe el *Philippine Bill of Rights*, el cual contiene una cláusula de contenido similar a la de la Enmienda VIII a la Constitución norteamericana. *Ibidem*, 366. Sin embargo, los *Justices* disidentes, WHITE y HOLMES, se basan en dos razones: en primer término, la cuestión de si la pena es cruel o desusada no ha sido planteada aquí; en segundo, el legislativo debe de quedar libre a la hora de fijar la pena de acuerdo con las necesidades de la situación. *Ibidem*, 383-384. Además, WHITE traza una historia de la cláusula inglesa, a través de la cual llega a dos conclusiones: a) la cláusula X del Bill of Rights iba dirigida contra el judicial y contra la Corona, no contra el legislativo (parlamento). *Ibidem*, 397. b) la Enmienda VIII va dirigida a prevenir contra las penas corporales verdaderamente bárbaras; a prohibir la inflicción, en un grado desusado, de penas corporales que en sí mismas no son crueles; y, finalmente, a impedir que los tribunales impongan en grado desusado penas no corporales, transgrediendo su autoridad estatutaria. *Ibidem*, 389-390.

ción de una constitución, además, nuestra contemplación no puede ser sólo de lo que ha sido, sino, sobre todo, de lo que puede ser" (16).

Por consiguiente, frente a la tesis estática, la *dinámica* o flexible determina que el texto constitucional venga contemplado no en términos estáticos, fijos, es decir, tal y como ha sido concebido y escrito por sus autores, sino en términos evolutivos, con referencia no a la época en que se confeccionó, sino a aquella en que ha de ser aplicado. Habida cuenta de que la Enmienda VIII encierra, con arreglo a la *intentio* de sus autores, una limitación genérica contra los posibles abusos de que puede hacer gala el legislativo en materia de imposición de penas, y, según expresa el Justice MCKENNA, "el tiempo produce cambios y da lugar a la aparición de nuevas situaciones y fines". En consecuencia, lo que en la época de los autores de la Enmienda no constituía una pena cruel y desusada puede ahora serlo perfectamente, al cambiar las coordenadas y presupuestos de aplicación del texto constitucional. Por lo que, una aplicación dinámica y progresiva de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas determina, en suma, que en *Weems v. United States* el *Supreme Court* rompa abiertamente con su línea tradicional anterior y admita en las penas consideradas *in concreto* la presencia de una especie de tortura mental, determinante de la anticonstitucionalidad de la pena de cadena temporal y de las accesorias impuestas a *Weems*.

Sin embargo, el "test" de interpretación sentado en *Weems* no volverá a ser aplicado hasta cuarenta y siete años después, en *Trop v. Dulles*, un fallo que podríamos denominar la gran herencia del

(16) *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 372-373 (1910) [MCKENNA, coincidiendo]. La trascendencia de *Weems*, de cara a producir un cambio en los "test" aplicables a la VIII Enmienda, ha sido realmente enorme. Véase una comparación de los criterios aplicados en *Badders v. United States*, 240 U. S. 391 (1916) y en *Weems*, en TURKINGTON: *Unconstitutionally Excessive Punishments: An Examination of the Eighth Amendment and the Weems Principle*, en *Crim. L. Bull.*, 3 (1967), 145, 148; COMMENT: *Cruel and Unusual Punishment*, en *Wayne L. Rev.*, 15 (1969), 882, 884.

Sobre este caso, Cfr. COMMENT: *Constitutional Law-Cruel and Unusual Capital Punishment*, en *N. C. L. Rev.*, 42 (1964), 909, 911-12; H. BEDAU: *The Courts, the Constitution, and Capital Punishment*, en *Utah L. Rev.*, 1968 (1968), 201, 225; BROWDY & SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 848-849; M. TYUS BUTLER, JR.: *Constitutional Law-Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891, 894-95; NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1911), 54-56; Frank WHALEN, JR.: *Punishment For Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 116-118; Arthur E. SUTHERLAND, JR.: *Due Process and Cruel Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 64 (1950), 271-272; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual, and Excessive Punishments*, en Sol RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363, 369-370; MARCUS & WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1330-1332; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 1004-1006.

Chief Justice Earl WARREN, de cara al futuro, por cuanto servirá de fundamento a la doctrina posterior sentada por el Tribunal en casos similares.

En *Trop v. Dulles*, el acusado había sido condenado en 1944 por deserción en tiempo de guerra a tres años de trabajos forzados, suspensión de sueldo e incapacidad. En 1952 solicitó un pasaporte, siéndole denegada tal petición en base a que, con arreglo a la sección 401 (g) del *Nationality Act* de 1940, había sido privado de la ciudadanía americana a causa de su condena por el delito de deserción. El *Supreme Court* anula por anticonstitucional la referida disposición, en base a considerar que, a pesar de que “el alcance exacto de la frase constitucional ‘cruel and unusual’ no ha sido precisado por este Tribunal..., la política fundamental reflejada en estas palabras está firmemente establecida en la tradición de la justicia penal anglo-americana. El concepto básico implícito en la Octava Enmienda es nada menos que la dignidad del hombre... El tribunal reconoce que las palabras de la Enmienda no son precisas y que su alcance no es estático. *La Enmienda debe trazar su significado partiendo de los valores de dignidad en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez*” (17).

Por consiguiente, se establece una interpretación dinámica o evolutiva de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas, a través del denominado “*test of evolving standards of decency*” como punto de referencia de cara a definir la crueldad o el desuso de una pena en el contexto de la Enmienda VIII; “test” que, en el caso de *Trop v. Dulles*, lleva al Tribunal a afirmar que la pena de privación de la nacionalidad como accesoria del delito de deserción en tiempo de guerra implica “una forma de pena más primitiva que la tortura, porque destruye para el individuo la existencia política en desarrollo durante siglos. La pena despoja al ciudadano de su “status” en la comunidad nacional e internacional... *En resumen, el expatriado ha perdido el derecho a tener derechos*. Por lo que, a juicio del Justice BLACK, “tal privación no debería dejarse a los fallos de un tribunal militar. Los tribunales militares deben juzgar soldados y castigarlos por delitos militares, pero no deben tener la última palabra en lo concerniente al derecho del soldado a la ciudadanía... Nada en la Constitución o en su historia presta el más leve apoyo a favor de tal control militar sobre el derecho a ser ciudadano americano” (18).

En síntesis, la consecuencia inmediata de ese método de interpretación de la cláusula ha sido la adopción por el *Supreme Court* de un nuevo “test” —aunque éste aparece ya someramente esbozado en *Weems v. United States*—: el de la *proporcionalidad de las penas* y

(17) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 100-101 (1958) [WARREN, coincidiendo].

(18) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 104-105 (1958) [BLACK, coincidiendo, y al cual se le une DOUGLAS]. Sobre el caso debatido, véase GOLDBERG & DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1781.

los delitos. Con arreglo a éste, en la definición de lo que debe entenderse por “penas crueles y desusadas” entran consideraciones de proporcionalidad que se concretan en la constatación de factores diversos: la degradación que la pena implica de la dignidad humana como valor supremo o absoluto; el rechazo de la pena por el pueblo; la naturaleza excesiva de la pena, que determina el que sea innecesaria de cara a los fines que con su imposición persigue el legislador; el desuso de la pena, la arbitrariedad en su imposición, en cuanto violación del principio de “*equal protection*” ínsito en la Enmienda VIII, etcétera...

Todo ello nos conduce al “test del *due-process* material o sustantivo”, que exige una base o un *minimum* de racionalidad en la pena como requisito para la constitucionalidad de la misma; lo cual lleva consigo la medición de aquélla en relación con los fines que el Estado persigue al imponerla y, en el caso de la pena de muerte, con el interés del individuo en la propia vida (19).

Por último, el repudio de la “interpretación rigurosamente histórica” de la cláusula presupone, además, consecuencias político-constitucionales de gran relevancia:

De un lado, nos presenta a la cláusula como “un control constitucional” frente al legislativo, pues le otorga, como “resorte de contención frente a los posibles abusos del poder, “un carácter de vitalidad y una expansión que son esenciales a la *rule of law* y a la conservación de la libertad individual”.

De otro, y como consecuencia de lo anterior, el papel del *Supreme Court* como “guardián de la Constitución” se ve notablemente robustecido, y la tarea de la revisión judicial de los actos del legislativo a él confiada, consagrada definitivamente por el Tribunal en *Furman v. Georgia*, aparece plenamente justificada en razón de la propia esencia del judicial como el “tercer poder” dentro de un sistema democrático parlamentario.

Ello no obstante, la divergencia de métodos de análisis histórico observada en los fallos del *Supreme Court* requiere un detallado examen del empleo que dicho Tribunal suele hacer de la historia y, asimismo, un estudio profundo de los orígenes de la cláusula. Ya

(19) Cfr. MARCUS & WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1271, 1324; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 99 ss.; KADISH: *Methodological Criteria in Due Process Adjudication-A. Survey and Criticism*, en *Yale L. J.*, 66 (1957), 319; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 997-8; Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838; EL MISMO: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62, 65 ss.; M. TYUS BUTLER, JR.: *Constitutional Law-Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891, 900 ss.

que, si bien es cierto que el empleo de la historia ha de venir siempre limitado cuando se trata de proposiciones jurídicas —habida cuenta de que, como apuntaba M. R. COHEN [en *Law and the Social Order*, 1933, 191], las cuestiones puramente de valor han de ser tratadas con métodos más dialécticos que estadísticos o sociológicos—, no lo es menos, en cambio, que la historia, en cuanto método de indudable enriquecimiento de nuestra experiencia, nos ayuda a eliminar un vicioso racionalismo, rechazable en una materia tan delicada como es la penal.

II.—EL EMPLEO DE LA HISTORIA POR EL “SUPREME COURT”

El caso judicial debatido es uno de tantos en los que las razones esgrimidas en apoyo de la decisión son mucho más importantes para el ulterior desarrollo de la ley —en este supuesto concreto, de la normativa constitucional— que la decisión misma. Y si observamos con algún detalle las razones apuntadas por cada uno de los *Justices*, podremos apreciar claramente que gran parte del peso del *dictum* descansa en una argumentación de naturaleza histórica.

Tal vez no puedan suscribirse con todo rigor las palabras pronunciadas en 1895 por el *Justice* Horace Gray, en el sentido de que “la cuestión [en este caso], al igual que todas las cuestiones de interpretación constitucional, es en gran parte una cuestión histórica”. Mas lo cierto es que estamos en presencia de un caso que pone de relieve el empleo que el *Supreme Court* hace de la historia, así como las diversas especies o clases de historia a que suelen recurrir sus miembros para fundamentar sus votos.

Cabría, ello no obstante, preguntarse por qué el Tribunal Supremo hace uso de la historia... La respuesta implicaría entonces abordar tan interesante problemática desde dos puntos de vista distintos:

a) En primer término, debido al origen cierto (20), pero al lenguaje “incierto”, “enigmático”, “confuso”, “no susceptible de una definición precisa”, de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*” (21), lo cual determina que el Tribunal utilice una

(20) Para el origen inglés y americano de la cláusula, véase más adelante 274 ss.

(21) En este sentido, el *Supreme Court*, al ocuparse por vez primera de aclarar el significado y alcance de la fraseología ínsita en la Octava Enmienda, expresaba: “... la dificultad presidirá el esfuerzo por definir con exactitud el alcance de la disposición constitucional que prevé que las penas crueles y desusadas no deberán ser infligidas” [*Wilkerson v. Utah*, 99 U.S., 130, 135-136 (1878)]. En idéntico argumento incide con posterioridad, en *Weems v. United States*, 217 U.S., 349, 368-369 (1910), donde observa: “... lo que constituye una pena cruel y desusada no ha sido decidido con exactitud”. Todavía en 1957, el *Chief Justice* WARREN subrayaba que “el alcance exacto de la frase constitucional “cruel y desusada” no ha sido detallado por este Tribunal” [*Trop v. Dulles*, 356 U.S., 86, 99 (1957)]. De nuevo, en los fundamentos de *Furman v. Georgia*, el *Justice* BRENNAN hace hincapié en que “la cláusula

historia legal, es decir, se limite a concebir la cláusula en cuestión como un mero evento pasado, en un intento de precisar el verdadero alcance y significado del texto constitucional, concretamente de la la Enmienda Octava (22), habida cuenta de que —como apuntaba

de las penas crueles y desusadas, al igual que las otras grandes cláusulas de la Constitución, no es susceptible de una definición precisa" [*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3231].

Asimismo, toda la doctrina destaca su contenido excesivamente indefinido ["too indefinite"]. Cfr. *Annals of Congress*, I (1789), 782; I (1791), 754; THOMAS COOLEY: *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union* (Boston: Little, Brown, 1878, 8.^a ed., 1927), 694; EDWARD CORWIN: *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the U.S. to June 30, 1952* (Washington, 1953), 903; EDWARD CORWIN, NORMAN J. SMALL y LESTER S. JAYSON: *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the U.S., to June 11, 1964* (Washington, 1964), 1027; GEORGE EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en SOL RUBIN, HENRY WEIHOFFEN y SIMON ROSENZWEIG: *The Law of Criminal Correction*, 1963 (Minnesota, Saint Paul, West Publishing Co.), 361-367: "Es ciertamente difícil determinar con exactitud cuál es el significado de pena cruel y desusada"; WILLIAM H. FORMAN, JR.: *Will the Eighth Amendment proscribe the death penalty?*, en *Amer. Crim. L. Q.*, 6 (1967), 82: "El significado exacto de la cláusula de la proscripción de crueldad nunca ha sido claro"; PETER R. SHERMAN: "... *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*". *The Eighth Amendment and the Juvenile Court*, en *Crime & Delinq.*, 14 (1968), 73: "Quizá ninguna otra cláusula constitucional encierra más misterio en su intención originaria y en su significado corriente"; ARTHUR J. GOLDBERG y ALAN M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1777: "Con toda seguridad la doctrina de las penas crueles y desusadas no ha sido bien desarrollada"; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1973), 95, 96: "Lo que constituye exactamente una pena "cruel y desusada" es, sin embargo, oscuro".

(22) En este sentido, el Justice BLACK [concurriendo con el dictum del Tribunal] desestima el recurso de los procesados en *McGautha v. State of California*, por estimar que: "... La Octava Enmienda prohíbe las "penas crueles y desusadas", pero "en mi opinión, estas palabras no pueden interpretarse como proscriptivas de la pena capital, a causa de que la pena de muerte era de uso común y estaba autorizada por ley, aquí y en los países de los que llegaron nuestros antepasados en la época en que se adoptó la Enmienda. Es inconcebible que los autores [de la Constitución] pretendiesen poner fin a la pena de muerte mediante la Enmienda. Aunque muchos han exigido que este Tribunal modifique la Constitución por vía de una interpretación acogedora de ideas modernas, yo nunca he creído que los jueces tengan en nuestro sistema tal poder legislativo". Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 9, 5 mayo 1971, 3122.

La concepción que el Justice BLACK mantiene sobre el texto constitucional, que, según él, debe ser interpretado *ad pedem litterae*, lo cual le erige en un "intérprete estricto" [*strict constructionist*] del mismo, queda suficientemente clara en *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), donde niega que la Constitución obligue a aplicar los principios del "due process"—preceptivos en materia penal—en casos de naturaleza puramente civil, "pues nuestra Constitución federal no sitúa, además, tales disputas privadas al mismo alto nivel que sitúa los procesos penales y la pena. No hay, por tanto, necesidad, ni razón, por la que el gobierno deba, tratándose de procesos civiles, ser capi-

el *Chief Justice WARREN* —“la tarea de enfrentarnos con ella y de resolverla es inevitable para el Tribunal”, porque “sabemos que los valores e ideales que encierra son básicos para nuestro sistema de gobierno...” (23). Ello lleva consigo el esfuerzo en precisar el origen o procedencia de dicha cláusula, al igual que el alcance y extensión con que fue recibida del “Common Law” inglés: primero, como ley dirigida a las colonias americanas; luego, como ley interna de los distintos Estados y, finalmente, como ley constitucional de rango federal.

Pues bien, con arreglo a este prisma, desde los primeros tiempos del Tribunal hasta la época presente, la historia se ha revelado como un vehículo de enorme importancia en las decisiones constitucionales pronunciadas por el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente porque, como podremos apreciar, a través de ella se hace uso e indagan los restantes medios de interpretación, a saber: la Constitución, en cuanto texto proveniente del siglo XVIII; la doctrina constitucional, por ser una “destilación” de las prácticas y decisiones anteriores sentadas por el Tribunal; el precedente, a causa de su historia esencialmente judicial (24); y, por último, los hechos sociales, en

ti disminuido por las reglas rígidas y estrictas del “due process” que la Constitución ha previsto para proteger a las personas acusadas de delitos” (*Ibidem*, 391). Cfr. además, Hugo BLACK: *A Constitutional Faith*, 1969; El mismo: *The Bill of Rights*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 35 (1960), 865 ss., 880; Charles A. REICH: *Mr. Justice Black and the Living Constitution*, en *Harv. L. Rev.*, 76 (1963), 673 ss.; Raymond G. DECKER; *Justice Hugo Black: The Balancer of Absolutes*, en *Cal. L. Rev.*, 59 (1971), 1335 ss., 1341, 1348 ss. De carácter general es el estudio de Stephen Parks STRICKLAND (Ed.): *Hugo Black and The Supreme Court. A Symposium*, 1967 (Bobbs-Merrill Co. Inc. Indianapolis).

(23) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 103 (1957): “... *That issue confronts us, and the task of resolving it is inescapably ours*”. En tal argumento se apoya, también, el *Justice BRENNAN*, en *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3231.

(24) “Uno de los rasgos distintivos del sistema del “Common Law” es el empleo del precedente o de casos previamente decididos en la determinación de casos posteriores. Los precedentes pueden utilizarse como ejemplo o como fuentes de penetración en los problemas legales en particular. Pero también pueden llegar a ser una autoridad vinculante para casos posteriores que el tribunal considera similares. Cuando esto sucede, el tribunal está siguiendo la doctrina del “stare decisis”. Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 16-17.

Sólo a través de una continuada práctica histórica de citar previamente los casos judiciales decididos ha llegado a convertirse el “stare decisis” en una norma legal. Cfr. T. Ellis LEWIS: *The History of Judicial Precedent*, en *L. Q. Rev.*, 46 (1930), 207 ss., 341 ss.; 47 (1931), 411 ss.; 48 (1932), 230 ss.; Rupert CROSS: *Precedent in English Law*, 1968 (2.^a ed. Oxford), cap. III, 102 ss.; Frederick G. KEMPIN, Jr.: *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800-1850*, en *Amer. Journal of Legal History*, 3 (1959), 28-77; Charles AIKEN: “Stare Decisis”, *Precedent and Constitution*, en *Western Political Quarterly*, 9 (1956), 87-92; Louis B. BOUDIN: *The Problem of Stare Decisis in our Constitutional Theory*, en *N.Y.U.L.Q. Rev.*, 8 (1931), 589-639; William O. DOUGLAS: “Stare Decisis”, en *Col. L. Rev.*, 49 (1949), 735-758. Enfocan el problema con una visión general, Rudolf LAUN: *Stare Decisis - The Funda-*

cuanto integran *per se* los materiales de la historia contemporánea (25).

b) En segundo, el *Supreme Court*, ahora en base no a su función estrictamente político-legal, sino a su función eminentemente político-social, recurre a la historia en sentido no legal, es decir, hace uso de la historia no como un evento pasado, sino, antes bien, como un proceso dinámico sin interrupción del desarrollo americano desde 1789, en cuya virtud mira el texto constitucional en términos de

mentals and the Significance of Anglo-Saxon Case Law, 1947 (2.^a ed. ampliada, Hamburg); Gian Antonio MICHELI: *Contributo allo Studio della Formazione Giudiziale del Diritto, "Case Law" e "Stare Decisis"*, 1938 (Publicazioni della Università di Pavia); asimismo, Walter Gustav BECKER: *Das Common Law als Methode der Rechtsfindung*, 1952 (Tübingen). Del empleo de la regla "stare decisis" por el *Warren Court* da cuenta un sucinto estudio de Arthur J. GOLDBERG: *Equal Justice. The Warren Era of the Supreme Court*, 1971 (Illinois), 65 ss., 96 ss.

(25) Charles A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 17 ss.

Así, el *dictum* del Justice BRENNAN (*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3343-46) se basa en que "un examen de la práctica histórica y actual americana de castigar a los delinquentes con la pena de muerte revela que esta pena ha sido casi por completo rechazada por la sociedad contemporánea". En este sentido, en *McGautha v. California*, 402 U.S., 183, 198, 91 S. Ct. 1454 (1971), el Tribunal expresa que en este país se había producido ya "una resistencia contra la regla del "Common Law" que imponía una condena a muerte obligatoria en todos los supuestos de asesinato". Ahora, sin embargo, no sólo se distingue, entre grados diversos dentro del delito de asesinato, sino que, además, "todas las sentencias de muerte —prosigue BRENNAN— son en la actualidad discrecionales"; aparte de que "es significativo que nueve Estados hayan abolido la pena capital bajo cualquier circunstancia, y otros cinco la hayan limitado a delitos extremadamente raros". Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 3244.

Este *substratum* social en que reposan los fallos en materia constitucional del *Supreme Court* se destaca aún, más en el *dictum* del Justice MARSHALL (*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, *Ibidem*, 3265-3268): "... Yo creo que los hechos siguientes servirán para convencer incluso a los más timoratos ciudadanos en condenar la muerte como sanción: la pena capital se impone *discriminadamente* contra algunas clases concretas del pueblo; hay pruebas de que gente inocente ha sido ejecutada antes de que su inocencia pudiera ser probada; y la pena de muerte rompe bruscamente con todo nuestro sistema de justicia penal... Una mirada a las estadísticas relativas a las ejecuciones basta para confirmar tal discriminación. Un total de 3.859 personas han sido ejecutadas desde 1930, de las cuales 1.751 eran blancos y 2.066 negros. 3.334 de las ejecuciones fueron por asesinato; 1.664 de los asesinos ejecutados eran blancos y 1.630 negros. 455 personas, incluyendo 48 blancos y 405 negros, fueron ejecutadas por rapto. Resulta obvio que fueron ejecutados más negros que blancos en proporción a su porcentaje de población. Los estudios indican que mientras el índice más alto de ejecuciones entre los negros es debido, en parte, a una cifra más alta de delincuencia, existen pruebas de discriminación racial". "... Hay además pruebas de que la pena capital se emplea contra hombres y no contra mujeres. Sólo 32 mujeres han sido ejecutadas desde 1930, mientras que 3.827 hombres sufrieron una suerte similar...". "Es, asimismo, evidente que la carga de la pena capital se abate sobre los miembros pobres, ignorantes y sub-privilegiados de la sociedad" (*Ibidem*, 3265). La cursiva es nuestra.

evolución permanente, continua, y no como portador de un significado inmanente (26). Esa función es desplegada por el Tribunal en base a su preeminente autoridad pública en la vida socio-política americana. Su autoridad se mantiene precisamente a través de la aceptación general de sus decisiones y de la fundamentación en que éstas suelen venir apoyadas (27). La Constitución misma deja entonces de ser un producto del pasado de la nación y el *Supreme Court*, de intérprete tácitamente reconocido de la misma ha pasado a convertirse en intérprete público de la historia americana. De modo que su papel de intérprete de la más alta normativa federal —el texto constitucional— es, por tanto, aceptado plenamente en la vida social y política americana (28).

Por consiguiente, desde el primer enfoque, el Tribunal considera la Constitución como un documento escrito y definido, de forma que podría establecerse el siguiente silogismo: los documentos escritos no

(26) Tradicionalmente la cláusula fue referida únicamente a las "torturas" empleadas bajo el despotismo de los Estuardo. Cfr. JOSEPH STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States, with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the Adoption of the Constitution*, 1891 (5.^a ed., reimpresión Da Capo Press, New York, 1970), § 1896, § 1903; *Whitten v. State*, 47 Ga. 297, 301, en NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.* 24 (1910), 54, 55, nota 7.

Pero el sentido evolutivo, "funcional", de la cláusula de prohibición de la Enmienda Octava aparece ya expresamente reconocido en *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 30 S. Ct. 544, 54 L. Ed. 793 (1910), donde se expresa que la Octava Enmienda "no está ligada a lo arcaico, sino que puede ir adquiriendo significados en tanto en cuanto la opinión pública llegue a estar imbuida por una justicia humana" (*Ibidem*, 378). Posteriormente, se reafirma esta concepción dinámica de la cláusula en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1957): "El Tribunal reconoce en este caso que las palabras de la Enmienda no son precisas y que su alcance no es estático. La Enmienda debe trazar su significado a partir de los valores de dignidad en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez" (J. WARREN). Idéntica concepción puede atisbarse en la 9.^a edición de JOEL PRENTISS BISHOP: *On Criminal Law*, vol. 1, 9.^a ed., 1923 (Chicago, T. H. Flood and Co Law Publishers), § 946: "It is, however, despite its origin, progressive and does not merely prohibit the cruel and unusual punishments known between 1689 and 1787 but acquires wider meanings as public opinion becomes enlightened". Como puede apreciarse, aquí aparece recogido ya el *dictum* de *Weems v. United States*.

(27) CHARLES A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 6; DAVID F. FORTE (Ed.): *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism vs. Judicial Restraint*, 1972 (D. C. Heath and Co., London, Massachusetts), 12 ss.; ROBERT G. MCCLOSKEY: *The Modern Supreme Court*, 1972 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), esp. 261 ss.; CARL BRENT SWISHER: *The Supreme Court in Modern Role*, 1965 (ed. revisada, New York University Press), 1 ss.

(28) "El Tribunal Supremo es la manifestación viviente del símbolo Constitucional. Nosotros aceptamos el Tribunal como símbolo en la medida en que, mientras lleva a cabo las tareas a él asignadas, conduce, al mismo tiempo, a articular y racionalizar las aspiraciones reflejadas en la Constitución". Cfr. PAUL FREUND: *The Supreme Court of the United States*, 1961 (Cleveland: World), 89.

cambian, luego la Constitución tampoco cambia (29). Sin embargo, tal enfoque responde a una concepción falsa de la historia, que correspondería por añadidura al significado otorgado al texto constitucional en una *sociedad estática*, con lo que la normativa básica perdería todo su valor. En el segundo, en cambio, se destaca el valor de documento escrito del texto supremo, pero se constata al mismo tiempo su innegable vejez como una causa que actúa como factor determinante de la búsqueda de la "*mens legislatoris*" o de la "*intentio*" de sus autores. Ahora el significado que se otorga a la carta constitucional es el que corresponde a una *sociedad dinámica*, en la que aquella se revela no como un mero conjunto de reglas sin vida, sino, ante todo, como un conjunto de relaciones políticas (30).

(29) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226, 91 S. Ct. 1454 (1971) (J. BLACK). Véase, además, la nota 22. En sentido estático aparece concebida la Enmienda en STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States...*, 1970 (reimpresión Da Capo Press, New York), § 1896; Thomas COOLEY: *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the legislative power of the states of the America Union*, 1927, 694.

La tesis del Justice BLACK supondría que lo que no estaba específicamente prohibido en 1789 no podría ser constitucionalmente proscrito en 1971. Ello no obstante, este ejemplo de lo que el profesor KADISH [*Methodology and Criteria in Due Process Adjudication - A Survey and Criticism*, en *Yale L. J.*, 66 (1957), 319] denomina la "teoría fija del *due process*", carece de toda base lógica, según veremos más adelante. Pues, si se tiene en cuenta que las únicas penas mencionadas en los debates del Congreso con motivo de la adopción de la Enmienda son las de ahorcamiento, azotes y el corte de las orejas como penas que se empleaban comúnmente, carece de toda base el razonamiento del Justice BLACK, en el sentido de que en la "*mens*" de los autores de la Constitución no podía haber estado presente la pena capital, "a causa de que ella era de uso común en la época en que la Enmienda fue adoptada"; ya que lo mismo podría entonces decirse de las penas de azotes, ahorcamiento y corte de orejas. Cfr. Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 843.

Siguen la tesis de BLACK el Chief Justice BURGER y el Justice POWELL, en *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1971, 3275, 3287.

(30) Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 150 ss. Según MILLER, el Tribunal debe tener en cuenta tres factores importantes: a) La Constitución es un documento escrito y, por tanto, definido, más que un conjunto de tradiciones o prácticas no escritas; b) La Constitución es tratada más como un documento legal que como un documento político y, por tanto, viene sometida a las reglas de la interpretación, y c) La Constitución es vieja. En cada una de esas perspectivas la problemática a abordar es completamente diversa. Así, desde el primer punto de vista, el significado propio de la palabra "Constitución" varía, según estemos en una sociedad estática o en una sociedad dinámica; en una estática, carece de toda importancia, pues el texto constitucional sigue siendo siempre el mismo. En una sociedad dinámica, la única vía de interpretación hacedera de la Constitución es la *legal*. Pero, una interpretación estrictamente legal supone siempre un grave riesgo: intentar desentrañar el significado de los documentos, con olvido de las intenciones de los autores de aquéllos. Puede, entonces, producirse lo que aventuraba Julius STONES: "El error de sustituir la intención del autor por el significado del lenguaje es que se ignora el hecho de que una obra escrita, una vez creada, adquiere un significado que, aunque dependiente todavía del usado

Puede apreciarse, por tanto, cómo la historia en manos del Tribunal Supremo americano es utilizada para dos propuestas o finalidades diametralmente opuestas: una, de *estabilidad*, atendiendo tan sólo a la "*mens legislatoris*" o a la intención histórica como un mero evento pasado; otra, como un *proceso dinámico* acelerador del desarrollo constitucional, que, partiendo de aquella intención primigenia, propugna un sinnúmero de reformas legales y da, en suma, vigor a la Constitución. Aunque, a decir verdad, esta última especie de interpretación histórica ha sido bastante rara en los fallos del Tribunal y no precisamente a causa de la enorme fuerza del precedente en materia tan delicada como la constitucional (31). Al menos hasta la época del *Warren Court*, que, debido a la gran personalidad de su presidente, Earl WARREN, ha abierto brecha en esta espinosa materia, marcando un hito en la historia constitucional de los Estados Unidos, no sin que algunos sectores científicos de opinión le hayan dirigido acerbas críticas en el sentido de que con sus interpretaciones históricas "ha abierto surcos... en el pasado para servir a los fines del moderno "idealismo libertario" (32).

Sentados tales extremos, el problema se traslada necesariamente a determinar qué tipos de historia o de interpretaciones históricas ha utilizado el *Supreme Court* en relación con el caso *Furman v. Georgia*, que, dicho sea de paso, no ofrece a este respecto grandes variaciones en comparación con otros de naturaleza completamente diversa (33).

por sus creadores, es independiente de los motivos de aquéllos; y la interpretación es precisamente una búsqueda de este significado" (la cursiva es del original). Cfr. J. STONE: *Legal System and Lawyers' Reasoning* (Stanford University Press), 1964, 32.

Por último, el paso del tiempo en el texto constitucional ha operado una serie de efectos: en primer término, el significado del mismo ha cambiado, tanto en lo que respecta a sus palabras y frases en particular como en el texto considerado en su totalidad. En segundo, la gran dificultad en descubrir precisamente lo que estaba en el pensamiento de sus autores. Por último, la antigüedad de la Constitución implica no sólo el problema histórico de determinar la intención original y el problema semántico de comprensión de los cambios de sentido experimentados por la palabra a través del tiempo, sino sobre todo, el problema judicial de determinar la relevancia de la intención constitucional frente a la situación contemporánea concreta. Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 160. Véase, además, Harry K. MANSFIELD: *Use of Legal History in the United States Supreme Court, en Essays in Legal History in Honor of Felix Frankfurter*, 1966 (Bobbs-Merrill Co., Inc., Indianapolis, 65-73).

(31) "En Derecho constitucional, la regla del "stare decisis" ha sido aplicada con mucho menos rigor que en otros campos legales, sobre la base teórica de que es la Constitución el "modelo" básico y no las decisiones previas del Tribunal". Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 17.

(32) Alfred H. KELLY: *Clío and the Court: An Illicit Love Affaire*, en *Supreme Court Review*, 1965, 119-158.

(33) La mayor parte de las acciones que suelen entablarse persiguiendo una declaración judicial de "penas crueles y desusadas" se da en materia de penas de prisión. Cfr. TURNER: *Establishing the Rule of Law in Prisons: A Manual*

Mas, para abordar tan ardua cuestión, es menester adentrarnos antes, con un enfoque estrictamente histórico-legal, en el origen y procedencia de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*”, para, a la vez, examinar con algún detalle los avatares de su introducción en los textos constitucionales norteamericanos. Tras el estudio de estos extremos, escudriñaremos —a través del texto de la sentencia— la doctrina histórico-constitucional sentada en torno a dicha cláusula por el Tribunal Supremo en el *dictum* debatido, a la luz de esas dos vías o métodos de utilización de la historia que, según hemos podido apreciar, suelen emplear los miembros del citado Tribunal.

III.—EL ORIGEN DE LA CLAUSULA

La cláusula “*excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (34) contenida en la Enmienda Octava a la Constitución de los Estados Unidos, hace su aparición en la vida pública americana precisamente con motivo de los intentos independistas de la ex-colonia británica. De ahí que la historia de la cláusula venga inextricablemente ligada al proceso de independencia y de codificación constitucional americanos.

Por primera vez en la historia americana aparece la cláusula en la *Declaration of Rights* de Virginia [12 de junio de 1776], en la cual fue adoptada a propuesta de George Mason (35), y cuya sec-

for Prisoner's Rights Litigation, en *Stan. L. Rev.*, 23 (1971), 473; COMMENT: *The Role of the Eighth Amendment in Prison Reform*, en *The U. of Chic. L. Rev.*, 38 (1971), 647. Sin embargo, la adjudicación de la cuestión de la constitucionalidad de las leyes suele hacerla el Supreme Court en materias muy diversas. *Supra*, pág. 243, nota 26.

(34) “No se exigirán cauciones excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas”.

A propuesta de Madison —8 de junio de 1789—, la Octava Enmienda fue aprobada, al igual que las nueve restantes, el 15 de diciembre de 1791 por el Congreso. Cfr. Richard L. PERRY & John C. COOPER: *Sources of Our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, A.B.F., 1959, 418-433.

(35) R. Allen RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791* (New York, 1962), cap. III, 33 ss., donde alude a las propuestas hechas por George Mason, autor del Proyecto de la Declaración de Derechos de Virginia, especificando cómo una de tales propuestas incluía expresamente la prohibición de las penas crueles y desusadas (p. 47). Véase, también, B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 231, 233 y esp. 446.

Para esclarecer el verdadero significado y alcance de la cláusula para el legislador americano resulta decisiva la contestación que Mason da a Patrick Henry con ocasión de los debates de la Constitución, en el sentido de que “... el digno caballero está confundido en su afirmación de que el Bill of Rights prevé que ninguna pena cruel o desusada será infligida: luego, la tortura estaba incluida en la prohibición”. Cfr. Jonathan ELLIOT (Ed.): *Debates in the Several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution*, vol. II (2.^a ed., J. B. Lippincot & Co., 1876), 111; vol. III (2.^a ed., 1876), 447-448, 451-452. Véase, asimismo: K. M. ROWLAND: *The life of George Mason*, I, 1892, 433 ss.

ción 9.^a es una copia literal de la declaración correlativa contenida en el *Bill of Rights* inglés de 1689 (36). De aquélla pasó a las Declaraciones de Derechos de otros ocho Estados (37), insertándola más

(36) El tenor literal de la cláusula X del *Bill of Rights* inglés es el siguiente: “*That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusual punishments inflicted*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I *From the twentieth Year of King Henry the Tirdh to the tenth Year of King George the Third, A. D. 1235-1770*, 1950, London, 426-431, esp. 428. “Este lenguaje —dice el Justice MARSHALL, en *Furman v. Georgia, The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3251— fue trasladado *verbatim* del *Bill of Rights* inglés de 1689”. “La frase de nuestra Constitución fue tomada directamente de la Declaración de Derechos inglesa de 1688...”, expresa el Chief Justice WARREN, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 (1957). Véase, en idéntico sentido, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 368, 393 y 394 (1910).

La doctrina insiste unánimemente en la procedencia inglesa. Véase, R. ALLEN RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, 19: “Algunas de las palabras del bill of rights americano procedían in toto de la legislación de 1689...”; J. STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States...*, § 1896: “... Esta (Enmienda) es una transcripción exacta de una cláusula del bill of rights, establecida en la revolución de 1688”; J. PRENTIS BISHOP: *On Criminal Law*, 9.^a ed., 1923, § 946. “... Fue creada por el *Bill of Rights* de 1688, que insertó una disposición contra las sentencias crueles como las infligidas en las épocas de los Estuardo...”; NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1910), 54-55; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual And Excessive Punishments*, en RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 364; Arthur J. GOLDBERG & Alan M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1789; Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 112. Asimismo, *Minn. L. Rev.*, 34 (1950), 134-135; Joseph E. BROWDY & Robert J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 848-847; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel Punishment Doctrines by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996 y 997; Peter R. SHERMAN: “... *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”. *The Eighth Amendment and the Juvenile Court*, en *Crim. & Delinq.*, 14 (1968), 73, 74; Chester J. ANTIEAU: *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1960 (Dennis & Co., Inc., Buffalo, N. Y.), 344; Bernard SCHWARTZ: *A Commentary on the Constitution of the United States*, Parte III, 1968 (McMillan Co., New York), 807, 808; COMMENT: *The Constitutional Prohibition against Cruel and Unusual Punishment*, en *Vand. L. Rev.*, 4 (1951), 680; M. Tyus BUTLER, Jr.: *Constitutional Law—Capital Punishment—“Furman v. Georgia and Georgia’s Statutory Response*, en *Mercer Law Rev.*, 24 (1973), 891, 892.

(37) Una recopilación de las disposiciones constitucionales de los diversos Estados en la época anterior a 1791 es esbozada por el Justice White, en *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 393, 397 (1910). Véase, asimismo, Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 112, nota 10; *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3251, nota 16 (J. MARSHALL). Aunque, según veremos, la primera vez que la proscripción de la tortura y de las penas bárbaras y crueles aparece recogida en los Estados Unidos es precisamente en el *Massachusetts Body of Liberties* [1641, cláusulas 45 y 46], las primeras Declaraciones de Derechos que la recogen son las siguientes: *Pennsylvania Declaration of Rights* (1776), *Delaware Declaration of Rights* (1776), *Maryland Declaration of Rights* (1776), *North Carolina Declaration of Rights* (1776), *Georgia Constitution* (1777), *South Carolina Constitution* (1778), *Massachusetts Declaration of Rights* (1780), *New Hampshire*

tarde el Gobierno Federal en la *Northwest Ordinance* de 1787 hasta que, finalmente, en 1791, pasó a constituir la Enmienda VIII a la Constitución (38).

Por consiguiente, en el estudio estrictamente histórico-legal de la cláusula deben diferenciarse con todo rigor dos momentos: la historia inglesa y la historia americana de la misma; si bien aquí nos ocuparemos detenidamente tan sólo de la primera.

IV.—LA CLÁUSULA “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*” Y EL *Bill of Rights*, [1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2]

Aunque no han faltado autores que, partiendo de una interpretación del principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, hayan pretendido oponer históricamente la prohibición de imponer castigos crueles y desusados a la formulación bíblica de la *lex talionis* (39), lo cierto es que el origen netamente inglés de la cláusula viene demostrado tanto por el inconcuso hecho histórico de su inserción en el texto del *Bill of Rights* inglés como por la opinión doctrinal —unánime desde el prisma histórico-legal— manifestada en el sentido de que la prohibición de imponer penas crueles y en desuso fue adoptada en Inglaterra como una reacción contra la arbitrariedad y contra los abusos cometidos en materia penal por los Estuardo (40).

Bill of Rights (1783). Cfr. Bernard SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I (New York), 1971, 77, 272-3, 278, 281-2, 287, 291 ss., 324 ss., 335, 336 ss., 343, 373-4, 377.

(38) La prohibición de imponer multas excesivas, la obligatoriedad de conceder libertad provisional mediante cauciones moderadas en el período de detención preventiva y la proscripción de los castigos crueles o desusados aparecen recogidas en el artículo segundo de la *Northwest Ordinance*, aprobada el 13 de julio de 1787. Cfr. B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 386 ss., 400; Richard L. PERRY & John C. COOPER: *Sources of Our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, A.B.F., 1959, 237, 310 ss., 418 ss., 432-4.

(39) “La *lex talionis* autorizaba penas atroces para delitos atroces”, dice Anthony F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 848.

(40) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 372-377 (1910); *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3250-51 (J. MARSHALL), 3269-72 (J. DOUGLAS), 3274 (*Chief Justice* BURGER); Irving BRANT: *The Bill of Rights. Its Origin and Meaning*, 1965 (New York), 151 y 155; J. P. BISHOP: *On Criminal Law*, 697; J. STORY: *Commentaries on the Constitution...*, § 1896; J. E. BROWDY & R. J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 846, 847; A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 852 ss.; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 99, 100; WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 839; M. Cherif BASSIOUNI: *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, 1969 (Charles Thomas, Springfield, Illinois), 26; Sir David LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*,

La frase lapidaria “*cruel and unusual punishments inflicted*” contenida en la cláusula décima del *Bill of Rights* (1689) nace, pues, aproximadamente una centuria antes de que hiciera su aparición en la Declaración de Derechos de Virginia (1776).

En la primavera de 1688, el débil reinado de Jacobo II estaba ya próximo a su fin. La fragilidad del poder en que se apoyaba el último monarca “absoluto” de los Estuardo se puso una vez más de manifiesto en el denominado “Caso de los Siete Obispos” [*The Case of the Seven Bishops*] (41), en el que se cuestionaba una porción considerable de la prerrogativa regia, por cuanto en una respetuosa petición que el arzobispo Sancroft y otros seis sufragáneos habían presentado al rey se suplicaba que el clero de la Iglesia establecida no fuese obligado a dar lectura en las iglesias a una nueva Declaración de Indulgencia promulgada en abril para los católicos ingleses. Ello equivalía, en definitiva, a negar o, cuando menos, a poner en tela de juicio la muy discutida prerrogativa real de suspender las leyes [*“power to suspend the laws”*], que significaba la derogación de leyes en masa y de la cual eran genuina muestra las Declaraciones de Indulgencia, las cuales afectaban a la legalidad misma de los ac-

1485-1951, 1953 (5.^a ed., London), 266-67; Sir William HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI (2.^a ed., 1937, reimpresión 1966, London), 214 y 215: “La legislación sobre el libelo sedicioso era interpretada con enorme dureza contra aquellos cuyas doctrinas políticas o religiosas eran desagradables para el gobierno... Las penas eran proporcionadas más a los deseos de la Corona que a la gravedad del delito”.

(41) Haciendo uso de la prerrogativa regia de suspensión de las leyes o de su ejecución, Jacobo II había dictado ya en 1672 una *Declaration of Indulgence*, en la que el rey, en virtud también de sus poderes eclesiásticos ordenaba “que toda sentencia o ley penal en materia religiosa contra los católicos y los protestantes disidentes fuese en adelante suspendida”. Cfr. J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. III (Trad. al español por E. González Blanco, La España moderna, Madrid, s. f.), 313.

El objetivo del rey era, pues, claro: unir a católicos y protestantes disidentes contra la Iglesia de Inglaterra. Sin embargo, en esa fecha, tuvo que aplazar la entrada en vigor de la Declaración de Indulgencia. Más tarde, en 1687, sus deseos de lograr la igualdad para los católicos mediante la suspensión de todas las leyes penales le impulsaron a solicitar de la propia Iglesia protestante un reconocimiento de su “poder de suspensión de las leyes” (*suspending power*). Así, el 27 de abril de 1687, la Declaración fue promulgada de nuevo y el 4 de mayo una orden del Consejo exigía su lectura en los dos domingos siguientes en todas las iglesias del país. El 18 de mayo, siete obispos se dirigieron al rey en uso de su derecho de petición (*petition right*), “afirmando que la Declaración estaba basada en el poder de dispensa (*dispensing power*) desde antiguo declarado ilegal por el Parlamento” y que, por tanto, podían ser exentos de su lectura y difusión. Los obispos fueron citados y conducidos a la Torre. Cfr. Sir William HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 193-4, 222-3; Sir D. LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*, 266; Irving BRANT: *The Bill of Rights*, 159-162, 204, 206, lugar donde trata extensamente el caso; Alfred F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522-546, 537, 545, un estudio imprescindible para comprender el problema que ahora nos ocupa, pues examina profundamente la vinculación del judicial a la monarquía durante la época en cuestión.

tos, al derogar o dejar sin efecto a las leyes, convirtiendo así en legal lo que, de otro modo, sería ilegal (42). Por lo que, en suma, tal poder de suspensión subvertiría las restricciones constitucionales al poder de los reyes.

Pues bien, una vez promulgada la Declaración de Indulgencia, los clérigos de la Iglesia establecida fueron requeridos por el rey para leerla en sus iglesias después del oficio matinal. Pero, tanto Sancroft como otros seis obispos declararon que el Parlamento, y no el rey, era la fuente de las leyes, y que, por tanto, éstas sólo podían ser suspendidas por el propio Parlamento, tal y como se había decretado durante la vigencia del Parlamento de Carlos II (43). Así pues, el domingo en que el clero de Londres recibió la orden de leer la Declaración, sólo cuatro entre ciento obedecieron. Quince días después, el resto del clero protestante del país recibió idéntica orden de leer la Declaración, pero siguió el ejemplo del clero londinense. La Iglesia de Inglaterra desafiaba de este modo, claramente al rey.

El proceso de los siete obispos por libelo sedicioso (44) —con arreglo a la calificación otorgada a la petición presentada por ellos al rey— fue, en palabras del insigne historiador G. Trevelyan MACAULAY (45), el drama histórico más grande que se haya desarrollado

(42) Respecto a la necesidad de aceptar y confirmar el poder real de suspensión o dispensa de las leyes por parte de los jueces, si éstos deseaban permanecer en sus puestos, resulta evidente la opinión generalizada de que “*il faudra que tous les juges confirment cette dispensation par leurs avis et par leurs jugemens autrement ils ne conserveront pas leurs places*”; o, también, “*ceux qui sortis de leurs charges pouvoient les conserver en déclarent que le Roy d'Angleterre est en droit de dispenser l'execution des loix*”, según escribía el embajador de Francia, Barrillon. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 530-31.

Debe distinguirse netamente, a este respecto, entre el poder de suspensión y el poder de dispensa de las leyes (“*suspend*” and “*dispense*” power): el primero supone la derogación de una ley general; el segundo, implica, asimismo, una derogación o no vigencia de la ley, pero dirigida a una persona o a un caso concreto. En ambos supuestos, la vigencia de la ley desaparece. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, VI, 217 ss.

(43) Cfr. *Complete Collection of State Trials, and Proceedings for High Treason and other Crimes and Misdemeanours from the earliest time to the present time*, comp. by Wm. Cobbett y T. B. Howell (London, 1809-1828), *State Trials*, XII (1688), 183; Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, VI, 192.

(44) *State Trials*, XII (1688), 183, 524; Sir D. LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*, 266; Keith FEILING: *A History of England. From the Coming of the English to 1918*, 1952 (London, MacMillan & Co., Ltd.), 573, dando información sobre los nombres de los otros seis sufragáneos, además del arzobispo Sancroft.

La acusación de publicar un libelo sedicioso (su petición) supuso dos puntos cruciales en el proceso, que, pese a ser cuestiones de *facto*, los jueces no dejaron en manos del jurado: una, si podía probarse legalmente la entrega de la petición —publicada en Middlessex— al rey; otra, si la petición constituía libelo... Cfr. *State Trials*, XII (1688), 189-277; *The Case of the Seven Bishops*, en *The English Reports*, vol. 87 (1908), 136-138.

(45) G. MACAULAY TREVELYAN: *Geschichte Englands* (trad. de la 10.^a edición inglesa al alemán, 1934), München, 4.^a ed., 1969, 533, 534; El mismo:

nunca ante un tribunal inglés autorizado. Absueltos por el *King's Bench* [30 de junio de 1688] (46) en base a estimar que a los súbditos de la corona les asistía el derecho de petición ante el rey y que la Declaración de Indulgencia era ilegal, la consecuencia inmediata del proceso fue que caldeó al máximo los sentimientos populares. Su absolución no era, pues, tan sólo la manifestación de un estado de animosidad popular contra la actitud política del monarca, sino también la prueba irrefutable de una corriente de opinión jurídico-constitucional que recogía así las palabras de Sir Matthew HALE en el sentido de que "en ningún caso puede el rey, sin una ley del Parlamento, derogar una ley parlamentaria, sea penal o no" (47), o, asimismo, manifestada por FINCH en su argumento en torno al caso de los siete obispos, al expresar que el poder para suspender las leyes era, en

La Revolución Inglesa: 1688-1689 (F.C.E., México, 2.^a reimpresión, 1969, traducción de la 1.^a ed. inglesa, 1938, de *The English Revolution, 1688-1689*), 68-71.

(46) El veredicto de "no culpables" emitido por el jurado llevaba implícita una contestación negativa a la legalidad del poder de suspensión ejercido por Jacobo mediante la Declaración de Indulgencia. En el Caso de los Siete Obispos, ninguno de los jueces afirmó la legalidad del poder de suspensión, e incluso uno de ellos llegó a negarla expresamente. Aunque, a decir verdad, como apunta certeramente HAVIGHURST, en el plano real, el caso no fue decidido ni por los jueces ni por el jurado, sino, antes bien, por la opinión pública. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 539-541.

De la corrupción existente en la administración de justicia de la época, concretamente en los miembros del *King's Bench*, y de la enorme trascendencia del *Seven Bishops' Case*, es prueba fidedigna el hecho de que, después del triunfo de la Revolución, las tres causas estatuidas por los Comunes como justificantes de la exclusión del *Bill of Indemnity* (una especie de indulto) eran: en primer término, el haber afirmado y promovido el poder de dispensa y suspensión de las leyes; el haber participado en el encarcelamiento y persecución de los siete obispos y, finalmente, el haber aconsejado y promovido la creación de la Comisión Eclesiástica. Es de constatar que George Jeffreys—por entonces ya fallecido y afectado por un *bill of attainder*—venía incurso en las tres causas enumeradas. Cfr. J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV (La España Moderna, Madrid, s. f.), 39-40.

(47) Esta concepción de un rey limitado por el Parlamento—que había surgido en la época del Largo Parlamento, bajo Carlos I—, implicaba que rey y Parlamento eran partes consustanciales de la Constitución, cada uno con una esfera de poder delimitada claramente. La nueva concepción aparece expuesta de forma perfecta en Sir Matthew HALE: *Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Law*, cap. II, "Of Sovereigne Power", transcrito en Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. V (3.^a ed., 1945, reimpresión, 1966, London), 482-83, 499-513: "... And as he cannot make a Law without Consent of Parliament, Soe neither can he Repeale a Law without the like Consent" (p. 509). Véase también, THOMAS HOBBS: *Behemoth or the Long Parliament* (Edit. por F. Tönnies, 2.^a ed., Frank Cass & Co. Ltd.), 1969, 1 ss.

esencia, un poder para derogar las mismas, por lo que es “una parte del legislativo, al igual que el poder para legislar” (48).

Casi simultáneamente, el alumbramiento en junio de la reina, María de Módena, señaló el comienzo de la Gloriosa Revolución; una revolución cuya nota dominante, al decir de MACAULAY (49), fue el conservadurismo en materia legal. La oposición a Jacobo II, cristalizada definitivamente en la resistencia de los siete obispos, a la cual se adhirió Guillermo de Orange, fructificó finalmente en la aceptación por este último de la invitación que varios “pares” le habían hecho para salvar a su nación del “papismo”. De modo que el 5 de noviembre de 1688 aquél desembarcó una flota en las costas de Inglaterra. El rey, paralizado ante tal situación, abandonó Londres, regresando más tarde y siendo encarcelado, para finalmente huir, no sin que se le dieran ciertas facilidades para ello, y tomar el camino del exilio a Francia, donde le esperaban ya su esposa e hijo, mas no sin arrojar antes al Támesis el Gran Sello de Inglaterra —símbolo de la continuidad constitucional—.

Con el último acto, el encarcelamiento en la Torre del *Lord Chancellor* Jeffreys —que tanta actividad había desplegado en los procesos por alta traición celebrados después de la abortada rebelión del Duque de Monmouth, al igual que en los procesos del “complot papista” [*“the Popish Plot”*]—, caía el telón sobre la turbulenta y arbitraria monarquía de Jacobo II y se consolidaba la “Revolución sin sangre” (50).

Convocado el 6 de diciembre de 1688 un “Parlamento-Convencción” mediante escritos que había hecho circular el Príncipe de Orange a petición de la asamblea no oficial de algunos pares y diputados de la Cámara de los Comunes —el último Parlamento había sido disuelto por Jacobo en julio de 1688 y sin el rey no era posible convocar un Parlamento legalmente constituido—, se trataba, en suma, de una simple Convención como la que había llamado a Inglaterra a

(48) En su argumento sobre el *Case of the Seven Bishops*, FINCH reiteraba el razonamiento esgrimido en 1673 por la Cámara de los Comunes: “Yo siempre he considerado que un poder para derogar leyes es tanto una parte del legislativo como un poder para hacerlas; un poder para dispensar y suspender las leyes es igual a un poder para derogarlas...; y ambos son igualmente partes del legislativo”. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 222, nota 10.

Debe, de otro lado, resaltarse el hecho de que el poder regio de suspender y dispensar las leyes venga expresamente condenado en la exposición de motivos y en las cláusulas 1.^a y 2.^a del *Bill of Rights* inglés: “*That the pretended power of suspending of laws or the execution of laws by regall authority without consent of Parlyament is illegal*”; “... *That the pretended power of dispensing with laws of the execution of laws by regall authoritie as it hath been assumed and exercised of late is illegal*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition (London), vol. I, 1950, 426-431.

(49) Th. B. MACAULAY: *History of England*, II, 1864, 256-257, con la discusión y los debates del *Bill of Rights*.

(50) Bernard SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 40-41.

Carlos II. El 22 de enero del año siguiente, se reunió el Parlamento para resolver la delicada cuestión —sobre todo con respecto al *status* jurídico del hijo de Jacobo II— de si éste había huido o si, por el contrario, había abdicado y, en consecuencia, debía declararse el trono vacante, decidiéndose los Comunes el 28 de ese mes por la última alternativa (51). Con ello prevalecía la tesis de la Cámara de los Comunes, en el sentido de que “el trono estaba vacante y el Parlamento lo había ocupado” (52). Con el cambio de dinastía se había operado, sin duda, una verdadera revolución, pues ninguna de las viejas reglas del “Common Law” era aplicable al caso en cuestión. Se daba así al traste, según declara HALLAM, con la concepción del poder

(51) En un principio, las posturas “whigs” y “tories” parecían irreconciliables. Pues, mientras los primeros hablaban de “deposición”, los segundos se negaban a hablar de “deposición” o “confiscación” de la corona. En aras de salvar el insalvable principio del derecho divino, los “tories” hicieron tres propuestas: Una, llamar a Jacobo bajo ciertas condiciones, proposición inaceptable por Jacobo y rechazada de inmediato. Otra, hacer regente a Guillermo, aparentemente en nombre de Jacobo, pero en contra de la autoridad de éste. Y la última, consistente en proclamar a María reina por su propio derecho junto a su marido como príncipe consorte, propuesta inaceptable para Guillermo. Después de arduas deliberaciones, y con alguna concesión a los Lores, los Comunes—cuya propuesta fue aceptada por aquéllos—llegaron a la resolución de que “Jacobo II había abdicado y el trono estaba vacante”. Cfr. B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, I, 1971, 40; G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución inglesa: 1688-1689*, 110-113; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 57-58; Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 194-195; Howard A. NENNER: *The Convention of 1689: A Triumph of Constitutional Form*, en *The Amer. Journal of Legal History*, 10 (1966), 282-296.

(52) “La fórmula adoptada por los Comunes y a la que más tarde se adherieron los Lores—dice Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 320, nota 1—, procuró ocultar dignamente el hecho de esta deposición y el hecho de que el Parlamento había creado un nuevo rey; pero, en contra de la Cámara de los Lores, insistieron en su resolución de que el trono estaba vacante; y esto fue decisivo.”

El texto de la fórmula adoptada el 28 de enero era el siguiente: “Que el rey Jacobo II, habiendo intentado subvertir la constitución de este reino, al romper el *contrato original entre el rey y el pueblo* [hasta aquí idea *whig*] y habiendo, por consejo de los jesuitas y otras personas perversas, violado las leyes fundamentales, y habiendo huido él mismo del reino, había *abdicado* el gobierno [concesión a los *tories*], y que el trono, por lo tanto, *está vacante* [conclusión *whig*]. [Resolved, That King James the Second, having endeavoured to subvert the Constitution of the Kingdom, by breaking the Original Contract between King and People; and, by the Advice of jesuits, and other wicked Persons, having violated the fundamental Laws; and having withdrawn himself out of his Kingdom; has abdicated the Government; and that the Throne is thereby vacant”. Cfr. *Journals of the House of Commons*, vol. 10 (1688-89), 14]. Véase, además, G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 113. Lo fundamental de tal fórmula aparece recogido también en el inicio de la Exposición de Motivos del *Bill of Rights*: “And whereas the said late King James the Second having abdicated the government and the throne being thereby vacant...”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I (London, 1950), 427; HALSBURY’S LAWS OF ENGLAND, vol. 7 (3.^a ed., London, 1954), 119, nota (i).

real como derecho divino, es decir, con la máxima "a Deo rex a rege lex", convirtiendo a la corona en una creatura jurídica (53).

Pues bien, a la huida de Jacobo II, el Parlamento nombró el 29 de enero una comisión encargada de redactar un proyecto para prever "algunas cosas que son absolutamente necesarias de considerarse para el mejor aseguramiento de nuestra religión, leyes y libertades" (54). El 2 de febrero, Sir George Treby, portavoz de la Comisión, presentó un proyecto de Declaración a los Comunes, cuya cláusula 19.^a, correlativa precisamente con la que sería la décima del *Bill*, expresaba:

"The requiring excessive bail of persons committed in criminal cases and imposing excessive fines, and illegal punishments to be prevented" [Debe impedirse la solicitud de cauciones excesivas a las personas encarceladas en casos penales, y la imposición de multas excesivas, y la de castigos ilegales] (55).

Con algunas enmiendas, el proyecto fue aprobado el 12 de febrero por ambas Cámaras, si bien no llegó a convertirse en ley hasta el 16 de diciembre de 1689. La nueva Declaración de Derechos afirmaba los derechos y libertades del pueblo y establecía la corona y el gobierno real de Inglaterra, Francia e Irlanda bajo Guillermo y María de Orange durante todo el tiempo que viviesen juntos y por toda la vida del cónyuge supérstite (56). Aceptada y ratificada la Declaración de los nuevos monarcas, fue publicada en forma de una Proclamación ["*Proclamation*"] el 13 de febrero de 1689 (57). Con posterioridad, fue promulgada con algunas adiciones en forma de un *Bill of Rights*, siendo, además, todos los actos legislativos del "Parlamento-Convencción", sucesivamente ratificados y confirmados en su vigor por el *The Crown and Parliament Recognition Act, 1689* [2 Will. & Mar. sess. c. 1] (58). De esta suerte, el *Bill*, que había sido

(53) Henry HALLAM: *Constitutional History of England*, vol. III (London, 1827), 92.

(54) *Journals of the House of Commons*, 10 (1688-1689), 15.

(55) *Ibidem*, 17. Cfr. A. F. GRANUCCI: "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 854.

(56) Cfr. HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, vol. 7 (3.^a ed., London, 1954), 199, nota (i), y 200; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 57-59.

(57) Las "proclamaciones" suponían la creación de delitos mediante decretos del monarca, sin consentimiento ni aprobación del Parlamento. Su incumplimiento venía conminado con pena. La mayor parte de los acontecimientos de la Restauración aparecen reflejados en Proclamaciones (la gran plaga, el fuego del Londres, el "*Popish Plot*"). La Declaración de Indulgencia de Jaime II era, en suma, una proclamación. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 333 ss.

(58) El título original era el de "*An Act for Recognizing King William and Queene Mary and for avoiding all questions touching the Acts made in the Parliament assembled at Westminster the thirteenth day of February one thousand six hundred eighty eight*". Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I (London, 1950), 431 ss.; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6 (London, 1969), 494-496; HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, vol. 7, 199. Así, pues, en virtud

aprobado tan sólo por un “Parlamento-Convención” —actuando naturalmente *de facto*, en nombre del pueblo soberano—, adquirió la fuerza de un verdadero estatuto y, como tal, aparece recogido en los libros que recopilan los estatutos (59).

El título original de la Declaración, según aparece recogida en los *Statutes of England* (60), es el de “*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*” [Una ley declarando los derechos y libertades del ciudadano y estableciendo la sucesión a la corona], si bien posteriormente dicha intitulación fue abreviada y transformada en la universalmente conocida de *The Bill of Rights, 1689* [1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2] (61).

En síntesis, en el preámbulo del *Bill* se deja bien sentado el carácter legal y representativo de la asamblea congregada en Westminster, así como la naturaleza declarativa de su contenido, para, acto seguido, entrar en la exposición de motivos:

de esta Ley, los actos legisferantes del susodicho Parlamento son leyes y estatutos, y como tales deben ser obedecidos.

(59) Lo irregular del procedimiento resulta evidente. Cfr. J. L. DE LOLME: *The Constitution of England or, An Account of the English Government; in which it is compared both with the Republican Form of Government; and the other Monarchies in Europe*, 1910 (nueva edición, London), 59 nota: “*The lords and commons, previous to the coronation of king William and queen Mary, had framed a bill which contained a declaration of rights which they claimed in behalf of the people, and was in consequence called the Bill of Rights*”. Véase, además, G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 103 ss., 117, lugar donde expone las irregularidades que implicaba el denominado “Parlamento-Convención”, para, después, expresar: “La Convención, después de cubrir el trono y de convertirse en la medida en que ello era posible, en un Parlamento legal, procedió a legislar” (p. 117). En sentido contrario Howard A. NENNER: *The Convention of 1689: A Triumph of Constitutional Form*, en *The Amer. Journal of Legal History*, 10 (1966), 282-296.

La Declaración de Derechos fue promulgada, como queda dicho, en forma de proclamación el 12 de febrero de 1688 y posteriormente incluida con ciertas adiciones en el *Bill of Rights* de 1689. Los actos legislativos fueron ratificados por el *Crown and Parliament Recognition Act, 1689*. Por lo dicho, podrá observarse de inmediato que el *Bill* aparece fechado unas veces en 1688 y otras en 1689. Esta diversidad de fechas se debe al cambio que en el calendario inglés del viejo estilo (juliano) operó el *Calendar (New Style) Act, 1750* [*An Act Regulating the Commencement of the Year, and for correcting the Calendar now in use*, 24 Geo. 2, c. 23], con arreglo al cual, el comienzo del nuevo año se fija en el 1 de enero, en lugar del 25 de marzo, como era antes usual. Cfr. THE STATUTES, *The Third Revised Edition*, vol. 1, 1950, 616 ss.

En lo que hace referencia a las elecciones del denominado “Parlamento-Convención”, véase, Narcisus LUTTRELL: *A Brief Historical Relation of State Affairs from September 1678 to April 1714*, vol. I (Oxford, 1857), 494.

(60) [1 Will. & Mar. sess. 2 c. 2]. Cfr. THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. 1, 1950, 426-431; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6 (London, 1969), 489-494. La Declaración se convierte en Estatuto en virtud del *The Crown and Parliament Recognition Act, 1689*.

(61) THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. 1, 1950, 426. La abreviación del título se debe al *The Short Titles Act, 1896* [59 & 60 Vict. c. 14], “*An Act to facilitate the Citation of sundry Acts of Parliament*”, de 20 de julio de 1896. Cfr. THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. XIII, *From the Fifty-Eighth and Fifty-Ninth Years of Queen Victoria to the Fifth Year of King Edward the Seventh*, A. D. 1895-1905 (London, 1950), 43.

“Por cuanto el último Rey, Jacobo II, con la asistencia de varios jueces consejeros y ministros perversos, intentó subvertir y extirpar la religión protestante y las leyes y libertades de este reino...

Mediante la asunción y el ejercicio de un poder de dispensa y de suspensión de las leyes y de la ejecución de las mismas sin consentimiento del Parlamento

Mediante el encarcelamiento y persecución de diversos dignos preladados, a causa de su humilde petición de estar exentos de prestar asentimiento al referido poder [de suspensión]

Mediante el desarme de varios buenos súbditos protestantes en una época en que los papistas estaban armados y se conducían en forma contraria a la ley

Mediante la violación de la libertad de elección de los miembros que han de servir en el Parlamento

Mediante las persecuciones entabladas en el Tribunal del King's Bench en materias y causas cognoscibles únicamente por el Parlamento y mediante otras diversas instancias arbitrarias e ilegales ...

Y por cuanto en los últimos años personas, en parte corrompidas e incompetentes, han vuelto a servir como jurados en procesos y, particularmente, diversos jurados, que no eran propietarios, en procesos por alta traición.

Y [por cuanto] han sido requeridas cauciones excesivas de personas encarceladas en casos criminales para eludir el beneficio de las leyes hechas en favor de la libertad de los ciudadanos

Y [por cuanto] han sido impuestas multas excesivas

Y [por cuanto] han sido infligidas penas ilegales y crueles

Y por cuanto han sido hechas diversas concesiones y amenazas de multas y confiscaciones, antes de la declaración de culpabilidad o de la sentencia, contra personas sobre las cuales deberían ser ejecutadas

Todo lo cual es total y directamente contrario a las leyes y estatutos conocidos y a la libertad de este reino”(62).

(62) “Whereas the late King James the Second by the assistance of diverse evil counsellors judges and ministers employed by him did endeavour to subvert and extirpate the Protestant religion and the lawes and liberties of this kingdome

By assumeing and exercising a power of dispensing with and suspending of lawes and the execution of lawes without consent of Parlyament ...

By committing and prosecuting diverse worthy prelates for humbly petitioning to be excused from concurring to the said assumed power

By issueing and causing to be executed a commission under the great seale for erecting a court called the court of commissioners for ecclesiasticall causes

By leyng money for and to the use of the Crowne by ptence of prerogative for other time and in other manner then the same granted by Parlyament

By raising and keeping a standing army within this kingdome in time of peace without consent of Parlyament and quartering soldiers contrary to law

By causing severall good subjects being protestants to be disarmed at the same time when papists were both armed and employed contrary to law

By prosecutions in the Court of King's Bench for matters and causes cognizable onely in Parlyament and by diverse other arbitrary and illegall courses

And whereas of late years partiall corrupt and unqualified persons have bene returned and served on juryes in tryalls and particularly diverse

Seguidamente, comienza el articulado del *Bill*:

“Y por todo ello, los referidos lores espirituales y temporales y los comunes, de acuerdo con sus respectivos poderes y elecciones, reunidos ahora en una representación plena y libre de esta nación, tomando en su más grave consideración los mejores medios para lograr los fines susodichos en primer lugar (como sus antepasados solían hacer en casos similares) para la reivindicación y la afirmación de sus antiguos derechos y libertades, declaran:

(1) Que el pretendido poder de suspensión de las leyes o de su ejecución por la autoridad real, sin consentimiento del Parlamento, es ilegal

(2) Que el pretendido poder de dispensa de las leyes y de su ejecución por la autoridad real, tal como ha sido asumido y ejercido últimamente, es ilegal

(3) Que la comisión para la erección del último tribunal especial en causas eclesiásticas y todas las demás comisiones y tribunales por el estilo son ilegales y perniciosas

(4) Que la detracción de impuestos para el uso de la Corona en base a la prerrogativa regia, sin autorización del Parlamento, por un tiempo superior o en forma distinta a la que debe ser concedida, es ilegal

(5) Que es derecho de los ciudadanos el dirigir peticiones al Rey, y todos los encarcelamientos y persecuciones por tal derecho de petición, son ilegales

(6) Que levantar o mantener un ejército en pie de guerra dentro del reino en tiempos de paz, a menos que lo autorice el Parlamento, es contrario a la ley

(7) Que todos los ciudadanos protestantes pueden tener armas para la defensa adecuada a sus condiciones y según lo autorizado por ley

(8) Que la elección de los miembros del Parlamento debería ser libre

(9) Que la libertad de expresión y de los debates del Parlamento no debería ser incriminada o cuestionada en ningún tribunal o lugar que no sea el Parlamento

(10) *Que no deberían ser exigidas cauciones excesivas, ni ser impuestas multas excesivas, ni ser infligidas penas crueles y desusadas*

(11) Que los jurados deberían ser debidamente inscritos en la lista correspondiente y recompensados

(12) Que todas las concesiones y amenazas de multa y confiscaciones por personas particulares hechas con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, son ilegales y prohibidas

(13) Y que para remedio de todas las injusticias y para la fir-

jurors in tryalls for high treason which were not freholders

And excessive baile hath been required of persons committed in criminall cases to elude the benefitt of the lawes made for the liberty of the subjects

And excessive fines have beene imposed

And illegall and cruell punishments inflicted

And severall grants and promises made of fines and forfeitures before any conviction or judgement against the persons upon whome the same were to be levied

All which are utterly and directly contrary to the knowne lawes and statutes and freedom of this realme”

Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 426-427; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6, 1969, 489 (la cursiva es nuestra).

me reforma y conservación de las leyes, deberían celebrarse, con frecuencia, Parlamentos”, (63).

En síntesis, la décima cláusula de la declaración de derechos contenida en el *Bill of Rights* expresa literalmente:

“That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusuall punishments inflicted” [Que no deberían ser exigidas cauciones excesivas, ni ser impuestas multas excesivas, ni ser infligidas penas crueles y desusadas].

Pues bien, según puede deducirse de la lectura de la cláusula, tanto su contenido como su dicción literal —con la salvedad de la partícula verbal “*ought*” que, dada la diversa naturaleza legal del *Bill* y del primer acto legislativo norteamericano en que aparece tal fórmula programática, ha sido adecuadamente sustituida por “*shall*” (64)—

(63) “And thereupon the said lords spirituall and temporall and commons pursuant to their respective letters and elections being now assembled in a full and free representative of this nation takeing into their most serious consideration the best meanes for attaining the ends aforesaid doe in the first place (as their auncestors in like case have usually done) for the vindicating and asserting their auintient rights and liberties, declare

That the pretended power of suspending of laws or the execution of laws by regall authority without consent of Parlyament is illegall

That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regall authoritie as it hath been assumed and exercised of late is illegall

That the commission for erecting the late court of commissioners for ecclesiastical causes and all other commissions and courts of like nature are illegal and pernicious

That it is the right of the subjects to petition the King and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal

That the raising or keeping a standing army within the kingdome in time of peace unless it be with consent of Parlyament is against law

That the subjects which are protestants may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law

That election of members of Parlyament ought to be free

That the freedome of speech and debates of proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parlyament

That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusuall punishments inflicted

That jurors ought to be duly impannelled and returned

That all grants and promisse of fines and forfeitures of particular persons before conviction are illegal and void

And for redresse of all greivances and for the amending strengthening and preserving of the lawes Parlyaments ought to be held frequently”

Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 427-428; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6, 1969, 490-491 (la cursiva es nuestra).

(64) La traslación de algunas cláusulas del *Bill* inglés a las Declaraciones de Derechos norteamericanos se hizo *in toto*, como sucede con la de la proscripción de los castigos crueles y desusados, que tan familiar se hizo a los comités redactores de los textos americanos de los años 1770 y siguientes. Cfr. Robert Allen RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, (New York, 1962), 19.

La sustitución de la forma verbal “*ought*” por “*shall*” no se debe ni mucho

han pasado íntegramente, primero a la Declaración de Derechos de Virginia y, luego, a la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América (65).

Establecido, pues, tan obvio nexos lingüístico entre el texto inglés y los americanos citados, resulta lógico que los historiadores se hayan preocupado por descifrar el “enigmático” contenido de la prohibición del *Bill*, es decir, en averiguar qué especies de penalidades son las que el *Bill of Rights* proscribía como “cruels y desusadas” y a las que, en consecuencia, afecta su prohibición.

En este sentido, si comparamos el texto del proyecto de los Comunes con el del *Bill* definitivo, podrán apreciarse claramente dife-

menos—como pretende el norteamericano WHALEN, *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 108, 112—al mero hecho de sustituir “la más cándida” “*ought not*” por “la más esperanzadora” “*shall not*”. Y es que la sustitución verificada entre ambos términos gramaticales y su diferenciación no se debe al capricho o a las preferencias del legislador americano. Por el contrario, responde a una diversidad filológica consustancial derivada también de una diversidad material existente entre los textos legales en que ambos vocablos vienen insertos. En este sentido, filológicamente, “*ought not*” significa que algo “no debería, no puede, etcétera..., ser”, de acuerdo con la naturaleza de las cosas. En cambio, en “*shall not to be*” resalta mucho más el tono imperativo de la expresión: “no deberán ser...”.

Pues bien, si tenemos en cuenta que la Declaración de Derechos contenida en el *Bill of Rights* está inserta en un documento que, en un primer momento, se redujo a ser una simple Declaración, sin llegar a revestir el valor de un estatuto legal—pues, según se ha dicho, los lores espirituales y temporales y los comunes actuaban de *facto* en un “Parlamento-Convención”, que, jurídicamente, por faltar la autorización regia, no era propiamente un Parlamento...—, no deberá extrañarnos que en el *Bill* se hable en un tono propio más de un manifiesto (*desideratum*) que de un texto imperativo inexcusable.

Nuestra tesis viene, además de reconocida por los modernos tratadistas ingleses en Derecho constitucional, avalada por la opinión de William BLACKSTONE, quien en sus *Commentaries on the Laws of England*, 1769, Oxford (reimpresión Dawson's of Pall Mall, London, 1966), 372, afirma, refiriéndose a las prohibiciones del *Bill* contra las multas excesivas, penas crueles y en desuso, la imposición y amenaza de multas y confiscaciones previas a la declaración de culpabilidad: “*Now the bill of rights was only declaratory, throughout, of the old constitutional law of the land...*”.

Por el contrario, con independencia de la variedad terminológica utilizada en las Declaraciones de Derechos americanas—algunas, según veremos, se limitan a copiar la frase del cuerpo legal inglés—, la Octava Enmienda a la Constitución de U.S.A. emplea con toda propiedad un tono más firme de obligatoriedad, en cuanto norma imperativa de primer rango. “*Shall not to be*” (no deberán ser...) expresa, en suma, una clara, expresa y terminante prohibición.

Quiero, a este respecto, expresar mi gratitud a Frau Dr. Barbara Huber, especialista en Derecho penal inglés en el “Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht” de Friburgo de Brisgovia (República Federal Alemana), pues los intercambios de criterio que hemos mantenido sobre este escabroso punto han sido de lo más fructífero.

(65) Con anterioridad, sin embargo, apareció la cláusula en el *Massachusetts Bodies of Liberties* (1641), que sirvió después de modelo a la *New York Charter of Liberties* (1683) y a la *Pennsylvania Charter of Privileges* (1701). Cfr. *Weems v. United States*, 217 U.S., 349, 394 (1910); B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 69, 163, 170.

rencias que, a juicio de GRANUCCI, van más allá de lo puramente gramatical o lingüístico (66).

Así, el Proyecto del 2 de febrero habla de “penas ilegales” (“*illegal punishments*”). Pero el documento aprobado y convertido en *Bill* el 12 del mismo mes alude literalmente en su exposición de motivos a las “penas ilegales y crueles” (“*illegal and cruel punishments*”), mientras que en la cláusula 10.^a de dicha normativa se hace expresa referencia a las “penas crueles y desusadas” (“*cruel and unusual punishments*”).

Ningún documento de la época da explicación del cambio gramatical o de redacción operado entre el texto del proyecto, el de la exposición de motivos y, finalmente, el de la cláusula décima del *Bill of Rights*. El propio GRANUCCI no vacila en afirmar que “la fraseología final, especialmente el empleo de la palabra “desusado” debe atribuirse simplemente al azar y a la chapucera redacción del proyecto de ley”. Por lo que, concluye, “no hay pruebas para relacionar la cláusula de las penas crueles y desusadas con el “*Bloody Assize*” (67).

Ello nos obliga a examinar la polémica doctrinal existente en torno a las motivaciones que impulsaron al legislador inglés de 1689 a confeccionar la cláusula décima del *Bill of Rights*.

A).—El “*Bloody Assize*” y el Chief Justice Jeffreys

De una parte, la mayoría de los historiadores y tratadistas en materia constitucional se inclinan por creer que la cláusula de prohibición encarna una reacción contra las arbitrariedades y la corrupción de la administración de justicia en la época de los Estuardo (68),

(66) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 855: “*The final phraseology, especially the use of the word “unusual”, must be laid simply to chance and sloppy draftmanship*”, dice el autor americano al relacionar el documento original de 2 de febrero (que alude a “*illegal and cruel punishments*”) con la cláusula décima de este último texto (que hace referencia a “*cruel and unusual punishments*”).

Incluso —añade—, John Somers, el reputado autor del *Bill of Rights*, llegó a escribir más tarde sobre las penas “horribles e ilegales” (“*horrible and illegal punishments*”) utilizadas durante el régimen de los Estuardo (p. 855, nota 78).

(67) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 851.

Siguen la tesis de GRANUCCI: A. J. GOLBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1789, notas 74 y 75; *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3236 (J. BRENNAN), 3250, nota 14 (J. MARSHALL, con un sentido crítico), 3274 (Chief Justice BURGER).

(68) Joel Prentiss BISHOP: *On Criminal Law*, 1923 (9.^a ed., Chicago), § 946: “*It was originated—expresa refiriéndose a la Enmienda Octava—by the Bill of Rights of 1688 was inserted as a provision against cruel judgments like those inflicted in the days of the Stuarts...*”; Joseph STORY: *Comentaries on the Constitution of the United States* (reimpresión 1970), § 1896: “*It was,*

concretamente contra los procesos por alta traición celebrados a raíz de la "Rebelión del Oeste" que encabezó Jacobo, Duque de Monmouth e hijo natural del fallecido Carlos II (69). Pero, además, constituye lugar común en la literatura la opinión de que la cláusula iba expresamente dirigida contra la conducta del *Chief Justice* Jeffreys con motivo de esos procesos en el "*Bloody Assize*" —una especie de "Tribunal de Sangre"—, conducta que hizo estremecer a la opinión pública, a la vez que hizo a aquél merecedor del calificativo "*Jeffreys of the Bloody Assize*" (70).

however, adopted, as an admonition to all departs of the national government, to warn them against such violent proceedings, as had taken place in England in the arbitrary reigns of some of the Stuarts..."; NOTE: *What Is Cruel And Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1910), 54-55: "The inhibition of the infliction of "cruel and unusual punishment" first appears in the Bill of Rights, at a time when the inhumanity of Judge Jeffreys of "Bloody Assizes" fame and of his fellows under the Stuarts, loomed large in the popular mind. This provision was aimed at the barbarities of that period, such as burning..."; BROWDY & SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 846, 847: "The eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishments was doubtless prompted by the barbarities that had marred the administration of English criminal law..."; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 361-363; M. Cherif BASSIOUNI: *Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, 1969, 27: "Traditionally the ban applied only against such atrocities as those practiced during the Stuart period..."; F. J. WHALEN, JR.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 111: "In England during the revolutionary struggles of the Tudor and Stuart reigns there had been great atrocities..."; NOTE: *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, en *Harv. L. Rev.*, 79 (1966), 635, 636; Malcolm E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 839: "That origin prompted at least one early commentator to suggest that the amendment proscribes only the tortures employed during the Stuart despotism"; Irving BRANT: *The Bill of Rights. Its Origin and Meaning* (Bobbs Merrill Co., Indianapolis), 1965, 155: "The story of the Bloody Assizes, widely known to Americans, helped to place constitutional limitations on the crime of treason and to produce a bar against cruel and unusual punishments"; B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. 1, 1971, 410.

(69) G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363; W. EMERSON: *Monmouth's Rebellion*, 1951; G. M. TREVELYAN: *Geschichte Englands* (4.ª edición, München, 1949), 529; Keith FEILING: *A History of England. From the Coming of the English to 1918* (London, 1952), 569-570; GUIZOT: *Historia de la Revolución de Inglaterra* (Madrid, 1844), 533; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 27-30, lugar donde el autor habla de los "tribunales sangrientos"; Luke Owen PIKE: *A History of Crime in England, illustrating the Changes of the Laws in the Progress of Civilisation*, vol. II (London, 1876), 212 ss.

(70) "En la historia del Derecho inglés pocos nombres son más familiares que el de "Bloody Judge Jeffreys". Cfr. A. F. HAVIGHURST: *The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II (Part. I, 1660-1676)*, en *L. Q. Rev.*, 66 (1950), 62 ss., 63. Asimismo, bajo el título "Some Notorious Torturers" (algunos torturadores famosos), George RYLEY SCOTT [en *The History of Torture throughout the Ages* (reedición

Anglicano ferviente, asociado con los "Whigs" de Shaftesbury (que integraban el denominado *Country Party*), Monmouth desembarcó el 11 de junio de 1685 una flota en las costas occidentales de Inglaterra con el propósito decidido de hacer valer sus derechos al trono. Proclamado a sí mismo "Rey Monmouth", su ejército de campesinos fue derrotado en la batalla nocturna de Sedgemoor. Pese a implorar perdón ante el rey, su padre, Monmouth fue sentenciado a muerte y ejecutado en la Tower Hill. En su ejecución —que tuvo lugar el 15 de julio de 1685— desempeñó un papel preeminente el verdugo Jack Ketch, el cual se enervó ante la advertencia que en el cadalso le hizo Monmouth acerca de cómo había tratado anteriormente a Russell. Tras tres golpes inefectivos del hacha, el verdugo la arrojó al suelo musitando un "no puedo hacerlo", si bien, ante la amenaza de los "sheriffs", prosiguió su tarea. Según los informes de la época, Ketch precisó al menos de cinco golpes para acabar con el reo y, según nos cuenta MACAULAY, tuvo que recurrir finalmente a un cuchillo para lograr separar la cabeza del tronco (71).

Pues bien, al efecto de juzgar a los rebeldes capturados, se creó una comisión judicial especial —conocida con el nombre de "*Bloody Assize*" o "*Bloody Circuit*"— presidida por el juez Jeffreys (72).

ción de 1949, London), 134, 141 ss., 147] habla de Sir George Jeffreys: "... *His inhuman sentences, his fiendish cruelty, earned for him the sobriquet of "Bloody Jeffreys". The Court over which he presided was known as the "Bloody Assize". He sentenced hundreds to be hanged; he had hundreds of others transported - a fate worse than death. It was Judge Jeffreys who inflicted upon Tutching that terrible flogging sentence in which prisoner was to be whipped through every market town in Dorsetshire every year for seven years*" [sus sentencias inhumanas, su crueldad arrojaron sobre él el apodo de Jeffreys del *Bloody Assize*, nombre con el que se conoció el tribunal que le tocó presidir. Condenó a cientos a ser colgados y a otros a ser transportados. Fue también quien impuso a Tutching la terrible sentencia de azotes en los mercados de las ciudades todos los años durante siete]. Ello no obstante, HAVIGHURST opone que "los procesos de los rebeldes, especialmente los celebrados en el oeste en el denominado posteriormente "Bloody Assizes" implicaron culpabilidad por parte de los jueces y de la opinión pública en general". Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

Véase, además, H. B. IRVING: *Life of Judge Jeffreys* (London, 1898), un alegato en su defensa que no convence; J. G. MUDDIMAN: *Bloody Assizes* (Edinburgh, 1929), en tono más moderado y más científico; H. MONTGOMERY HYDE: *Judge Jeffreys* (London, 1940), también en tono de descargo para Jeffreys; Seymour SCHOFIELD: *Jeffreys of "The Bloody Assizes"* (London, 1937), haciendo un considerable esfuerzo para disculpar el proceder del *Chief Justice* Jeffreys, aunque, a decir verdad, ninguna de las cuatro obras citadas llega a ser convincente en sus intentos de exoneración.

(71) JOHN LAURENCE: *A History of Capital Punishment with especial reference to Capital Punishment in Great Britain* (1.^a ed., 1932, reedición por Kennikat Press, Dallas, 1971), 97. Una detallada relación de la ejecución del Duque de Monmouth puede verse en William ANDREWS: *Bygone... Punishments* (London, 1899), 115; George RYLEY SCOTT: *The History of Capital Punishment, including an Examination of the Case for and against the Death Penalty* (London, 1950), 174.

(72) Con él actuaron los jueces Montagu, Wythens, Levinz y Wright. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q.*

De los secuaces del Duque de Monmouth varios centenares fueron ejecutados, bien por los soldados después de la batalla, bien mediante procesos legales ante el referido Tribunal. Pero lo que más conmovió a la opinión pública fueron, sin duda, los procesos entablados por alta traición contra dos mujeres: Alice Lisle y Elizabeth Gaunt, las cuales fueron condenadas a ser quemadas vivas en la hoguera por dar refugio a dos rebeldes fugitivos.

La Gaunt fue condenada por alta traición a causa de haber dado refugio a un fugitivo implicado en la rebelión, con la particularidad de que el auxiliado, James Burton, fue lo suficientemente cobarde como para comparecer —a cambio de la obtención de un perdón— en calidad de testigo principal en el proceso de la infortunada mujer (73).

Alice Lisle, viuda de John Lisle, presidente del *High Court of Justice* de Cromwell y que, asimismo había tomado parte en los acontecimientos que llevaron a la condena y ajusticiamiento de Carlos I, fue juzgada en el mes de agosto por haber dado también asilo a dos rebeldes durante una noche y condenada por el delito de alta traición a la pena de muerte por el fuego; penalidad que solía ser la asignada tradicionalmente a las mujeres culpables de algún “*felony*”, pero en especial tratándose de los delitos de alta y pequeña traición (“*high and petit treason*”) (74). Sin embargo, el rey conmutó su pena por

Rev., 69 (1953), 522, 527. Véase la nota 50. Ello no obstante, PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 212 ss.] habla de las “exageraciones populares” en torno al “Bloody Assize”.

(73) En opinión de PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 215], la suerte que corrió Elizabeth Gaunt indica que Jeffreys fue más instrumento de crueldad que investigador.

El principal testigo contra la Gaunt, James Burton, se prestó a tal villanía después de que aquélla le hubiese proporcionado comida, bebida y dinero para huir. Para ella no hubo perdón y pereció en las llamas, inocente del delito por el que había sido condenada. Cfr. John LAURENCE: *A History of Capital Punishment*, 10; Gilbert BURNET: *History of My Own Times*, vol. I (1724), 649. Véanse, con carácter general, *Tryalls of Henry Cornish, Esq.... and John Fernley, William Ring and Elizabeth Gaunt... October 19, 1685* (London, 1685).

(74) Gran parte de la infamia que ensombrece el nombre de George Jeffreys se debe a su intervención en el proceso de Alice Lisle. Acusada de haber dado asilo a John Hickes, difícilmente podía ser condenada como cómplice de éste, cuando, como es este el caso, Hickes no había sido declarado culpable del delito de alta traición y, según las reglas del Common Law, era menester la condena del “principal” para que pudieran darse después casos de participación (*accessory*). Sin embargo, como observa PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 214], no era costumbre en la época celebrar procesos limpios en supuestos de alta traición.

El tenor de la sentencia fue: “*to be drawn to the gallows and burnt with fire until she should dead*”. Al igual que en la mayoría de los casos sentenciados en el Bloody Circuit, la ejecución debía tener lugar al atardecer del mismo día (27 de agosto), en que hubiese recaído la sentencia, pero Jeffreys accedió a un aplazamiento hasta el 2 de octubre, por haberse interpuesto una solicitud de perdón dirigida al rey. Ello no obstante, lo único que se obtuvo de la inexorabilidad de Jacobo II fue la conmutación de la pena de muerte por la de decapitación (*death on the*

la de decapitación, lo cual era a todas luces *ilegal*, por cuanto esta decisión regia constituía una alteración material de la sentencia”, tal y como afirman Sir Edward COKE (75) y Sir Matthew HALE (76).

block), habida cuenta de que se trataba de una mujer de noble cuna. Alice Lisle fue, pues, decapitada en la plaza del mercado de Winchester. Cfr. G. BURNET: *History of My Own Times*, vol. I, 1724, 649-650.

En todos los supuestos de “felony”, la sentencia en el “Common Law” había de ser “*suspendatur per collum quosque mortuus fuerit...*”; en los casos de alta traición, si el reo es varón, la condena ha de ser “*to be drawn and hanged*” (ser arrastrado y colgado), pero, si es hembra, habrá de ser “*to be drawn and burnt*” (quemada). En cuanto a la forma o modo de la ejecución, tal como ha de hacerse por el oficial—dice Hale—, ha de ser siguiendo el tenor de la sentencia, “pues el sheriff no puede alterar la ejecución; si lo hace es “felony” y algunos dicen que “murder” (asesinato)”. Cfr. Sir Matthew HALE: *The History of the Pleas of the Crown (Historia Placitorum Coronae)*, edit. por Sollom Emylin, 1736 (reimpresión, London, 1971), vol. II, 399, 411 y 412. Véase, con carácter histórico general: *Royal Commission on Capital Punishment, 1949-1953, Report*, London, H.M.S.O., 1953, Parte III, Métodos de ejecución, etc., cap. 12, Sentencia de muerte, 240 ss.

Según informa HALE, el tenor de la condena por el delito de alta traición es el siguiente: “... *Et de indè per medium civitatis London directè usque ad furcas de Tiburne trahatur, & super furcas illas ibidem suspendatur, & vivus ad terram prosternatur, & interiora sua extra ventrem suam capiantur ipsoque vivente comburantur, & caput ejus amputetur, & corpus ejus in quator partes dividatur, & caput, & quarteria illa ponantur ubi dominus rex ea assignare voluerit...*”. Cfr. Sir Matthew HALE: *P. C.*, II, 397. El contenido concuerda casi con el de la sentencia de William de Marisco, que, en 1242, fue condenado a ser destripado, colgado y descuartizado: “*Primo igitur a Wesmonasterio usque ad turrim Londonarium, et inde usque ad illam poenalem machinam, quae vulgariter “gibbetus” dicitur, distractus, cum ibidem miseram animam exhalasset super unum uncorum est suspensus; et cum mortuus obriguisset, demissus evisceratus est et statim in eodem loco visceribus combustis, miserum cadaver in quator partes est divisum et ad quator principales regni civitates eadem partes, ut miserabile spectaculum illud singulos intuentes exterreret sunt transmissae. Omnes autem sexdecim socii, per civitatem Londoniarum ad caudas equorum tracti ad patibula sunt suspensi*”. Cfr. J. G. BELLAMY: *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages* (Cambridge University Press, 1970), 24, nota 2, 25.

(75) Así lo estima también Sir Edward COKE, a pesar de que tales conmutaciones por la pena de decapitación se han practicado en casos como los de Ana Bolena y la reina Catalina Howard, en tiempos de Enrique VIII; el duque de Somerset, bajo el reinado de Eduardo VI, y Lord Audley, en la época de Carlos I; casos bajo cuya autoridad fue decapitada Alice Lisle por alta traición. Cfr. *State Trials*, IV, 129.

La opinión de COKE se proyecta, en primer término, sobre la ejecución del Duque de Somerset (1550), acusado de traición y de “felony”, pero condenado únicamente por el último delito. La pena que se le impuso fue la de decapitación—desconocida en Inglaterra, si bien los casos en que se impuso fueron por orden expresa de la Corona—, por lo que “su ejecución es contraria a alguna de nuestras crónicas y a la opinión común; y en algunos puntos contraria a la ley”; por lo que “fue ilegalmente ejecutado, pues habiendo sido condenado por “felony”, no podía, con arreglo a la ley, ser decapitado”. Cfr. Sir Edward COKE: *The Third Part of the Institutes of the Lawes of England*, London, 1669, 12, 13, 52, 211 y 212; John REEVES: *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, vol. IV (2.^a ed., Dublin, 1787, reimpresión New York, 1969), 561 y 562.

La opinión que tal proceso mereció al insigne tratadista e historiador inglés Sir James Fitzjames STEPHEN (77) puede sintetizarse en su juicio de que, “si bien era cruel, pero legal, sentenciar a una mujer a ser quemada viva por dar refugio a dos rebeldes por una noche..., la declaración de culpabilidad era probablemente ilegal, sobre la base de que John Hickes, uno de aquellos a los que prestó auxilio, no había sido declarado culpable en su propio proceso...” (78). Además, prosigue STEPHEN, “la conducta de Jeffreys en este proceso ha hecho su memoria justamente famosa; pero hay un punto en el que debe hacerse hincapié: la parte más desagradable del proceso o el

En síntesis, dice COKE, si un hombre condenado por “*felony*” lo es a ser decapitado, no hay ejecución de la sentencia, porque ésta es la de horca. Por lo que, “si la ejecución puede ser alterada en este supuesto de horca por la de decapitación, por la misma razón podría alterarse por la de muerte por el fuego, etc... Para concluir este punto, *judicandum est legibus, non exemplis, et iudicium est juris dictum, et executio est executio juris secundum iudicium*”. En síntesis, “*judicandum est legibus non exemplis*, y, por lo tanto, dado que la sentencia es la autorización para la ejecución, de ahí se infiere que toda ejecución que no sigue el tenor de la sentencia es injustificable”.

(76) “La sentencia de alta traición—dice HALE—es complicada, *viz.*, ahorcamiento, decapitación, descuartizamiento”, por lo que “el rey puede perdonar todo menos la decapitación”. “Ahora bien, así como la forma usual de la ejecución por un “*felony*” es *suspendatur per collum quousque fuerit mortuus...*, de forma que el rey solo puede conmutar en decapitación en el supuesto de un par u otra persona de dignidad, en el delito de traición la decapitación forma parte de la sentencia, por lo que el rey sólo puede perdonar el resto, pero no la decapitación misma”. Cfr. Sir Matthew HALE: *P. C.*, vol. II, 412, 501, nota (d), apoyándose en la tesis de COKE.

Ello no obstante, subsiste la polémica en torno a tan delicada cuestión. Así, FOSTER (*Crown Law*, 1792, 269) considera inútil la distinción entre una alteración total y una remisión parcial de la sentencia. “El rey no puede, en virtud de su prerrogativa, variar la ejecución, ni agravar la pena más allá de la intención de la ley. En este sentido, la regla de que el rey no puede alterar la condena es cierta; pero de ahí no se infiere que él, que indudablemente puede perdonar por completo al delincuente, no pueda mitigar su pena con respecto al pánico o a la infamia de la misma. Quiere ello decir que ya que la corona no puede ir más allá de la letra de la ley en lo que concierne a rigor, está asimismo limitada en su facultad de perdonar...?” En modo alguno; la ley procede en ambos casos con una uniformidad perfecta de sentimientos y motivaciones. La benignidad de la ley limita la prerrogativa de la corona en su caso, mientras que en el otro la misma benignidad la deja libre y sin trabas”.

(77) “Pueden hacerse una o dos consideraciones sobre el caso de Lady Lisle—dice STEPHEN—. Era cruel, pero legal sentenciar a una mujer a ser quemada viva por haber dado asilo a dos rebeldes por una noche”. Cfr. Sir James F. STEPHEN: *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, 1883, 13..

(78) Sir James F. STEPHEN: *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, 413. En idéntico argumento incide Sir Matthew HALE: *P. C.*, vol. I, 1736, cap. XXI, p. 238, nota (f): “Y en lo que respecta a aquel que recibe a un traidor con conocimiento de ello: que si él ha sido acusado, no debe ser juzgado hasta que sea declarado culpable el principal”. Por consiguiente, “la declaración de culpabilidad de Alice Lisle fue contraria tanto a la ley como a la razón; porque Hicks, el principal (por darle a él refugio fue convicta de traición), no fue en esta época declarado culpable, ni hubo además prueba alguna de que ella, cuando lo conoció, supiese que él había estado en la rebelión”. *Ibidem*, vol. II, 223, nota (e).

caso de brutalidad más evidente y notorio ocurrido en él radica en la forma en que el juez Jeffreys trató al testigo principal, Dunne, al que repetidamente maldijo e injurió” (79).

Sin embargo, los procesos del “*Bloody Circuit*” no concluyeron en este punto. Dada la imposibilidad material de juzgar individualmente a todos los procesados, Sir Henry Pollexfen, fiscal general de la comisión especial, llegó a una transacción en masa con todos los inculpados: nadie que se declarase culpable sufriría la pena capital. La propuesta de Pollexfen se difundió rápidamente y en un corto espacio de tiempo se concluyeron quinientos procesos (80). Aquellos que no se habían declarado culpables, pero que lo eran después por el Tribunal, sufrían inmediata ejecución —una innovación introducida por Jeffreys (81). Por el contrario, ninguno de los que habían admitido su culpabilidad, fue, al menos durante el período de actuación de la comisión especial, ejecutado, pero en el invierno lo fueron alrededor de doscientos sujetos de los que habían recurrido al remedio propuesto por el fiscal Pollexfen (82). Además, unos ochocientos fueron vendidos —pero no como esclavos— para ser “transportados” a la Isla de Barbados.

En síntesis, si esto era considerado por algunos “*tories*” como algo “*indecente y desusado*”, la opinión pública se estremecía ante el número de ejecuciones habidas y, sobre todo, por la conducta de

(79) Sir James F. STEPHEN: *A History of Criminal Law of England*, vol. I, 1883, 413, nota 4. Su criterio coincide, a este respecto, con el de PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 212, en el sentido de que Jeffreys aterrorizaba a jurados y testigos.

(80) La vida de Henry Pollexfen es tan contradictoria como la de la gran mayoría de los jueces de la época. Tras sus actuaciones en el caso Oates, defendió a los siete obispos en 1688 y fue nombrado de nuevo juez por Guillermo III. Sin embargo, tomó parte en la persecución criminal de los rebeldes en el oeste... Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

Según Irving BRANT [*The Bill of Rights...*, 154-155], “nadie sabe a cuantos cientos de personas inocentes o de culpabilidad dudosa envió Jeffreys a la muerte... Cuando acabó el horripilante espectáculo, una veintena había sido ejecutada y 1.260 esperaban al verdugo en tres condados”. Véase, en un sentido contrario, PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 213, el cual afirma que gran número de los condenados fueron liberados—durante la época en que el Chief Justice Herbert se hizo cargo del *Bloody Circuit*—por medio de perdones y proclamaciones. Ello, aparte de que el número de ejecuciones registradas en el Gaol Book del West Circuit (1685) no se corresponde, ni mucho menos, con las cifras manejadas por los modernos historiadores. Pese a todos los esfuerzos de PIKE por exonerar a Jeffreys, su contradicción es obvia, pues precisamente cuando Herbert llegó en la primavera de 1686 al Tribunal, fue “extremadamente crítico contra el comportamiento de Jeffreys en el mismo distrito durante el septiembre anterior”. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

(81) L. O. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 213.

(82) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 854. En contra J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29.

Jeffreys, el cual se apresuró a firmar todas las sentencias de muerte antes de disponer su regreso a Londres.

Sin lugar a dudas, las penas impuestas habían estado en proporción más con los deseos de la corona que con la gravedad intrínseca de los delitos; tal y como demuestra el propio *Chief Justice* Jeffreys, al expresar que, a su regreso del “Tribunal de Sangre”, fue reprendido por su lenidad (83). Y el historiador G. M. TREVELYAN no vacila en calificar los hechos de verdadera venganza, tomada primero por el coronel Kirke y su soldadesca, luego por el insano deseo de crueldad de Jeffreys y, finalmente, autorizada y estimulada por las órdenes del rey (84).

Pues bien, para la mayor parte de los historiadores —RYLEY SCOTT (85), BRANT (86), EDWARDS (87) y, recientemente, el *Justice* Thurgood MARSHALL (88)— resulta innegable la conexión entre el “*Bloody Assize*” y la proscripción de las “penas crueles y desusadas” contenida en la cláusula X del *Bill of Rights*. Aunque, a juicio de GRANUCCI —al igual que para PIKE (89)—, no hay pruebas para relacionar la cláusula con el referido Tribunal y sus consecuencias, por lo que los sucesos del “*Bloody Circuit*” no representarían, de esta suerte, más que algo puramente episódico en lo que la doctrina científica insiste por haberse dejado influenciar por la propaganda puritana, que ha creado una verdadera leyenda en torno al “Tribunal de Sangre”.

Sin embargo, como veremos más adelante, la tesis de GRANUCCI adolece, a mi juicio, de un defecto básico de planteamiento histórico: el considerar aisladamente la cláusula X del *Bill of Rights* sin tomar en consideración su verdadero significado de una nueva Carta Magna o texto constitucional básico dentro del contexto político revolucionario de la vida inglesa de 1689, habida cuenta de que, según observa SCHWARTZ, “el *Bill of Rights* de 1689 puede considerarse después de la *Magna Charta* y de la *Petition of Rights*, como la tercera Gran Carta de la libertad inglesa” (90). De ahí que no sea correcto en este caso pretender, como hace GRANUCCI, verificar una interpretación his-

(83) Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 215, nota 1. Punto en el que parece incidir L. O. PIKE, cuando afirma que Jeffreys fue más instrumento que instigador de crueldad.

(84) J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29; Keith FEILING: *History of England, From the Coming of the English to 1918* (London, 1952), 574; G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 42.

(85) G. RYLEY SCOTT: *The History of the Torture throughout the Ages* (London, reedición, 1949), 134: “El *Bill of Rights* dispuso que la tortura era una forma cruel y desusada de castigo que bajo ninguna circunstancia debería infligirse”, y 147.

(86) Irving BRANT: *The Bill of Rights...*, 144-5.

(87) G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363 y 364, adoptando los argumentos de J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29.

(88) *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3251-2 (J. MARSHALL), 3272 (J. DOUGLAS).

(89) L. O. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 212-216.

tórica de un precepto con independencia del marco unitario del ordenamiento en el que está inmerso, máxime si, como este es el caso, toda la preceptiva del *Bill* abarca un proceso histórico-político y jurídico de varios años y, por tanto, resulta realmente difícil identificar eventos aislados con el contenido de la cláusula.

Ello no obstante, la resonancia que los argumentos esgrimidos por el autor norteamericano han encontrado (91) reclama un examen detallado, pero crítico al fin y al cabo, de los mismos.

— En primer término, la negativa de GRANUCCI a admitir la relación de la cláusula con el *Bloody Assize* y sus efectos posteriores reposa en el argumento de que ninguno de los métodos crueles en materia penal de que hizo uso el “Tribunal de Sangre” dejó de utilizarse una vez aprobada y puesta en práctica la normativa del *Bill of Rights*.

— En segundo, el autor norteamericano considera inverosímil que Sir Henry Pollexfen, precisamente uno de los redactores del *Bill of Rights* —fiscal general en el “*Bloody Circuit*” y amigo personal de Jeffreys— interviniese en la confección de un documento condenatorio de sus propias actuaciones en el referido Tribunal. Por consiguiente, en base a tal razonamiento, los redactores del *Bill* no habrían fijado como objetivo de la cláusula la proscripción de los procesos y condenas habidos en el referido Tribunal, ni calificado a éstos como ilegales.

— Por último, sólo una vez —según nuestro autor— aparece mencionado el “*Bloody Assize*” en los debates sostenidos a este respecto en los Comunes. Cierta que, en un principio, se trataba únicamente de confeccionar un *Bill of Indemnity* (Bill de impunidad) para los partidarios de Jacobo II, si bien hemos de constatar la exclusión de tal beneficio del *Lord Chief Justice* Jeffreys, puesto que, pese a haber muerto, se vio afectado por un *bill of attainder* (92), al igual que en fechas precedentes y por causas diversas se habían visto afectados Cromwell, Ireton y Bradshaw (93). Pero lo cierto es que los

(90) B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights...*, I, 1971, 40.

(91) Véase, por ejemplo, A. J. GOLDBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 1773, 1789, nota 74: “El incidente que determinó la inclusión de la protección contra las penas crueles y desusadas en el *Bill of Rights* fue la persecución y condena de Titus Oates en 1685”, citando a GRANUCCI. En realidad, como podremos apreciar más adelante, no se trata de una tesis original de GRANUCCI, sino expuesta anteriormente, primero por STEPHEN y, después, de nuevo reiterada por Frank Whalen, Jr.

(92) Según se ha dicho, incluso después de muerto, Jeffreys fue excluido del indulto general dado por Guillermo III (*Bill of Indemnity*-1690), como también lo fueron Herbert, Wythens, Holloway, Lutwyche, Heath y Jenner. En diciembre de 1689, los Lores procedieron a investigar los “asesinatos de Lord Russell, col. Sidney —en el que tan gran parte tuvo Jeffreys—, y otros”, anulando varios procesos. El 18 de diciembre de 1689, Jeffreys y Jenner eran colgados y quemados “en efigie”. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522-523.

(93) El “*Act of Attainder*” contra Cromwell y otros por el proceso y ejecución

debates de la Cámara de los Comunes no hacen referencia alguna al “*Bloody Circuit*” como algo “cruel, desusado e ilegal” (94).

— Por el contrario, nuestro autor cree encontrar una prueba fehaciente de lo que los autores de la Declaración de Derechos pretendieron proscribir en algo que, a mi juicio, encierra tanto valor epistémico, por no decir más, como el propio “*Bloody Assize*”, pero que, en opinión de GRANUCCI —firmemente anclado en una interpretación estática de la “*mens legislatoris*” y rechazando, en consecuencia, toda interpretación dinámica que pudiera hacerse de la cláusula referida— guarda estrecha conexión con la intención perseguida por el legislador inglés de 1689: el “*affaire*” de Titus Oates, comúnmente conocido como el “*complot papista*” (“*The popish Plot*”).

(Continuará)

de Carlos I es el Estatuto 12. Chas. 2, c. 30, 1660: “*An Act for the Attainder of severall Persons guilty of the Horrid Murther of Hislate Sacred Majesty King Charles the First*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 380-1. En *Journals of the House of Commons*, 8 (6 diciembre 1660), 252, aparece la Resolución de los Lores y Comunes en el sentido de que “*the carcasses of Oliver Cromwell, Ireton, Bradshaw, and Pride should be taken up drawn on a hurdle to Tyburn, and there hanged up in their coffins for some time, and after that buried under the gallows*”. Cfr. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 200, Apéndice, 630.

(94) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 855.