

# **SOBRE EL PRESUNTO EFECTO INTIMIDANTE DE LA PENA DE MUERTE<sup>1</sup>**

**Eduardo Demetrio Crespo**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha

## **I. ¿Puede constituir el “efecto disuasivo” un argumento a favor o en contra de la pena de muerte?**

### **1. ¿Puede constituir un argumento a favor?**

De entrada el efecto disuasivo (“*deterrence effect*”) no es, ni puede ser, en ningún caso, un argumento a favor de la pena de muerte, porque por encima del principio preventivo se halla en el Estado de Derecho un valor cuyo peso es mucho mayor, que no es otro que la dignidad del ser humano, así como el derecho humano más importante, la vida, que quedan vulnerados por una pena que es intrínsecamente cruel (esto es, con independencia de su modo de ejecución).<sup>2</sup> El *carácter intrínsecamente cruel de la pena de muerte* la convierte en contraria al modelo de Derecho penal del Estado de Derecho, por lo que queda consecuentemente prohibida junto con la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, tal y como declara el Art. 15 CE. Es, por tanto, el argumento que debe contraponerse en primera instancia al del eventual efecto disuasivo. Esto resulta coherente con la idea de que el pensamiento preventivo y cualquier teoría basada en el mismo, con singular relieve la intimidación, encuentra sus límites externos en el

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado sobre la base de la ponencia presentada en las Jornadas tituladas “Contra las penas crueles e inhumanas y la pena de muerte” organizadas por la *International Academic Network for the Abolition of Capital Punishment* y la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (Madrid - 11/06/2013).

<sup>2</sup> Vid. al respecto el siguiente pasaje redactado por un grupo de jesuitas capellanes penitenciarios en los EE.UU extractado por Beristain Ipiña, A. “Victimológica y esperanzada hermenéutica filosófico-teológica de la pena capital”. En Arroyo, L.; Biglino, P.; Shabas, W. *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 375-385, 380: «*la pena de muerte debe abolirse por ser intrínsecamente injusta. Su ejecución no sólo destruye la vida humana sino que devalúa y brutaliza a quienes la practican. Además de su radical inmoralidad, ineficacia preventiva y desigual aplicación, resulta costosísima. La pena de muerte coloca una barrera frente a la investigación creadora de sanciones alternativas*”.

conjunto de postulados que provienen de la Filosofía de la Ilustración y que son constitutivos del Derecho penal del Estado de Derecho, entre los que se encuentra, sin duda, la abolición de la pena de muerte. Se trata de reglas de validez absoluta, que no admiten relativización alguna y que no pueden, por tanto, someterse al juego de la ponderación.<sup>3</sup>

Pese a que la pena de muerte como tal no ha sido considerada un trato inhumano y degradante en el Derecho internacional, cada vez cobra más fuerza la tesis según la cual tanto algunos medios de ejecución, como también las condiciones de reclusión de los condenados (“el síndrome del corredor de la muerte”) sí lo son.<sup>4</sup> Es muy interesante destacar, con Luis Arroyo, que los fundamentos de la abolición de la pena capital se relacionan hoy con objetivos de mayor alcance desde los que se debe reconstruir el contenido de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, entre los que figura en primer lugar la lucha contra el hambre en el mundo.<sup>5</sup> Ciertamente no existe vergüenza o lacra mayor para la humanidad que la contemplación de la muerte (evitable con los recursos de que hoy se dispone) por inanición de nuestros congéneres.

## 2. ¿Puede constituir un argumento en contra?

Mientras que la respuesta a nuestra primera sub-pregunta ha resultado ser clara y rotundamente negativa, la de la segunda lo será afirmativa por dos motivos principales: la inconsistencia de la verificación empírica de tal efecto y la ilegitimidad añadida que resulta de dicha inconsistencia.

Respecto a lo primero hay que destacar que la capacidad de intimidación se vincula a un fin preventivo-general negativo de la pena que se basa en la idea de que es capaz de proyectarse al futuro en orden a evitar nuevos hechos delictivos como aquellos que

---

<sup>3</sup> Sobre la diferenciación entre reglas y principios vid. Alexy, R. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1986, pp. 71 y ss., quien aclara que el punto decisivo de dicha diferenciación es que los principios son normas que imponen que algo se realice en la mayor medida posible con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, de modo que quedan definidos como “mandatos de optimización” (pág. 75). Por el contrario, las reglas son normas respecto de las cuales sólo caben dos opciones, o bien se cumplen o no se cumplen, de modo que cuando rige una regla resulta obligado hacer exactamente aquello que la misma exige, ni más, ni menos. A diferencia de los principios, las reglas contienen una suerte de *fijaciones* en el espacio de lo fáctica y jurídicamente posible. La consecuencia de todo ello es que la diferenciación entre reglas y principios tiene carácter cualitativo y no de grado, de tal suerte que toda norma o bien es una regla o bien un principio (pág. 77).

<sup>4</sup> Arroyo Zapatero, L., “La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte”. En *Revista de Occidente*, n° 385, 2013, pp. 5-26, 16.

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p. 23.

motivaron su imposición, disuadiendo a potenciales delincuentes de su realización.<sup>6</sup> Sin embargo, el pensamiento preventivo siempre ha encontrado en la “verificación empírica” uno de sus flancos débiles, cuestión que en el caso que nos ocupa se ha tratado de soslayar a través de diferentes estudios y modelos matemáticos que no son fiables en modo alguno. Así lo reconoce el propio Comité para el estudio del efecto disuasivo de la pena de muerte del Consejo Nacional de Ciencias norteamericano en su informe del año 2012, en el que pone de relieve que durante los 35 años siguientes a la sentencia de 1976 *Gregg v. Georgia* (428 U.S. 153) de la Corte Suprema, que terminó con la moratoria de cuatro años resultante de la sentencia de 1972 en el caso *Furman v. Georgia* (408 U.S.238), y particularmente en la última década, muchos estudios han retomado el intento de evaluar el efecto de la pena capital en la tasa de homicidios, alcanzándose conclusiones ampliamente variadas e incluso contradictorias: mientras que para algunos las ejecuciones salvan un número importante de vidas, para otros en realidad logran justamente el efecto inverso, y por último, también se sostiene que no influyen en dicha tasa. Por este motivo el Comité concluye que la investigación existente hasta la fecha carece de valor informativo acerca de la influencia de la pena capital sobre la tasa de homicidios y recomienda, por tanto, que dichos estudios no sean usados para informar deliberaciones que requieran juicios al respecto.<sup>7</sup> Por otro lado se argumenta que, propiamente, la cuestión relevante sobre el efecto disuasivo de la pena capital es la del efecto disuasivo marginal o diferencial respecto a las otras penas disponibles usadas comúnmente, en particular, respecto a la pena de prisión de larga duración o la cadena perpetua sin libertad condicional. Aparte de no especificar este tipo de componentes (distintos a la pena capital) en el régimen de sanciones del homicidio, el Comité observa otro de los grandes defectos de los estudios existentes en el uso de

---

<sup>6</sup> Sobre la discusión en el ámbito angloamericano, entre otras referencias, Cfr.: Bowers, J. “Deterrence or Brutalization. What is the effect of executions?”. En *Crime & Delinquency*, vol. 26, nº 4, 1980, pp. 453-484;

Radelet, M.L.; Akers, R. L. “Policy and perspectives. Deterrence and the death penalty: The views of the experts”. En *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 87, nº 1, 1996-1997, pp. 1-16; Chan, J. ; Oxley, D. “The deterrent effect of capital punishment: A review of the research evidence”. En *Crime and Justice*, nº 84, 2004, pp. 1-15; Sunstein, C. R.; Vermeule, A. “Deterring Murder: A Reply”. En *Stan.L.Rev*, Vol. 58, 2005, pp. 847-858; Steiker, C. S. “No, capital punishment is not morally required: deterrence, deontology, and the death penalty”. En *Stan.L.Rev*, Vol. 58, 2006, pp. 751-790; Donohue, J.J.; Wolfers, J. “Uses and abuses of empirical evidence in the death penalty debate”. En *Stan.L.Rev*, Vol. 58, 2006, pp. 791-846.

<sup>7</sup> Vid.: National Research Council – Committee on Deterrence and the Death Penalty - Nagin, D.S.; Pepper, J.V. (eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, Washington. The National Academies Press, 2012, p. 1.

modelos incompletos e inverosímiles acerca de las percepciones de potenciales asesinos respecto al componente de la pena de muerte en el régimen de sanciones.<sup>8</sup>

Lo anterior no es óbice, sin embargo, para admitir que en el hipotético caso de que llegara a demostrarse la ineficiencia preventiva de tal pena, se desplomaría también el argumento en sí – el de que la pena de muerte se impone para prevenir mediante la intimidación futuros hechos delictivos – desde la vertiente práctica y, con ello, el efecto disuasivo no sólo no podría utilizarse a favor de la pena de muerte (como hemos visto antes), sino que podría utilizarse en contra, ya que un instrumento lesivo de derechos humanos deviene ilegítimo cuando (adicionalmente) se muestra ineficiente para la finalidad propuesta.

Son muchos los autores que se han ocupado de desmitificar y arrumbar el argumento sobre la eficacia intimidante de la pena de muerte. Como puede leerse en la Lección de incorporación al Claustro de profesores de la Universidad de Murcia que pronunció el 27.04.1964 el profesor Marino Barbero Santos, en el que cita ilustrativos estudios sobre las bases psicológicas que juegan en los asesinatos, hace ya varias décadas que dicho planteamiento fue puesto en cuarentena por los especialistas, no sólo porque resulta inadmisibile que el mayor de los castigos repose sobre una posibilidad que no puede demostrarse, sino porque, *sensu contrario*, se ha comprobado que en determinados casos tiene incluso efecto criminógeno, pues el deseo de ser ejecutado ha impulsado a determinadas personas a cometer un delito capital.<sup>9</sup> Por este motivo no deja de sorprender que siga siendo objeto de discusión, lo que nos lleva a pensar que se trata de más bien de un subterfugio pretendidamente “racional” para la defensa de la pena capital cuando su verdadera razón de ser radica en consideraciones de otra índole, que tienen que ver con sentimientos de carácter retributivo.

## **II. Un obstáculo más difícil de vencer**

En efecto, aun cuando estuviésemos dispuestos a admitir la futilidad del argumento sobre el efecto disuasivo de la pena capital como elemento a su favor, esto dejaría intacto el verdadero “núcleo duro” sobre el que se basa (confesada o inconfesadamente)

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>9</sup> Barbero Santos, M. “La pena de muerte, problema actual”. En Rodríguez Yagüe, C. (ed.); Gargallo Vaamonde, L. (coord.). *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ciudad Real. Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 11-153, 124, 129.

su respaldo: el *principio retributivo*. El correlato sería que, en el fondo, para el pensamiento subyacente de que la pena de muerte sería el castigo justo y, por tanto, merecido, a la realización de determinados hechos muy graves, resulta indiferente que se pueda probar o no el efecto disuasivo de la pena capital.

Se trata de un “constructo” de naturaleza cultural que hunde sus raíces en convicciones profundas. Se ha dicho, por este motivo, que sin ese arraigo en la convicción social decaería todo apoyo a la pena de muerte. Juega un papel muy importante en este sentido una de las manifestaciones de la prevención general positiva consistente en la internalización en la conciencia jurídica de la generalidad que, no por casualidad, se halla vinculada indirectamente a la retribución y no está sujeta necesariamente (como tampoco aquélla) a contraste racional alguno.

Son varios e importantes los argumentos que desde hace tiempo se oponen a la idea básica del pensamiento retributivo según la cual se castiga para restablecer bien la justicia material (en sentido kantiano), o bien la vigencia de la norma (en sentido hegeliano), siendo el esencial que el Derecho penal del Estado de Derecho no se justifica por el castigo en sí mismo, sino por la necesidad del castigo en orden a una finalidad superior consistente en proteger bienes jurídicos en el marco axiológico que brindan tanto la Constitución como los Tratados multilaterales de Derechos Humanos.<sup>10</sup>

Últimamente se ha abierto, además, una nueva e importante grieta en la concepción retributiva que descansa en el libre arbitrio; la que proviene de los avances producidos en el ámbito de la investigación sobre el cerebro, que han demostrado la existencia en algunos casos de déficits orgánicos, así como relativos al control de los impulsos, que estarían detrás de determinados comportamientos violentos.<sup>11</sup> Como consecuencia, se han desarrollado en los EE.UU ciertas estrategias de defensa en orden a evitar la imposición de penas de muerte haciendo usos de técnicas de neuroimagen tales como la neuroimagen estructural, la tomografía computerizada o por emisión de positrones, etc.<sup>12</sup> Importantes investigadores, como p.e Adrian Raine, han defendido la idea de que por esta vía es posible marcar una estrategia de defensa para evitar la pena de muerte y

---

<sup>10</sup> Vid., con múltiples referencias, Demetrio Crespo, E. “Constitución y sanción penal”. En *Libertas*, nº 1, 2013, pp. 57-110, 63 y ss, 68-70.

<sup>11</sup> Vid., entre otras referencias, Merkel, G.; Roth, G. “Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe”. En Grün, K. J.; Friedman, M.; Roth, G. (Hg.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen. Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, pp. 54-95, 68.

<sup>12</sup> Carter Snead, O. “Neuroimaging and Capital Punishment”. En *The New Atlantis*, 2008, pp. 35-63.

poder sustituirla por pena de prisión. El caso más significativo ha sido el caso *Roper v. Simmons* (2005), en el que la Corte Suprema entendió que la aplicación de la pena capital a menores de 18 años en el momento de la realización del hecho violaba la Octava Enmienda debido básicamente a la inmadurez biológica de sus cerebros. Esta conclusión encontró apoyo en sendos informes de la Asociación Americana de Psicología y de la Asociación Médica Americana, que hacían uso de pruebas basadas en la neuroimagen para demostrar que los adolescentes eran categóricamente menos reprochables desde la perspectiva moral que los adultos y, por consiguiente, no eran merecedores de la pena capital.<sup>13</sup>

El problema de este tipo de estrategia radical, como pone de relieve Carter Snead, en que se trata de demostrar a corto plazo la menor capacidad de culpabilidad de determinadas personas, pero, a largo plazo, está implícito un ataque frontal a todo el pensamiento penal basado en el merecimiento, y con él, a los criterios subjetivos elementales de distribución del castigo, al partir de una imagen del hombre que se identifica con una corriente puramente determinista de la neurofilosofía, el materialismo eliminativo o reduccionista, según el cual el yo es una ficción y la persona responde básicamente a lo que dicta el sistema límbico de su cerebro. Por este motivo entiende el mencionado autor que los objetivos a corto y largo plazo podrían resultar contradictorios y que la finalidad humanizadora que se persigue podría volverse en contra a partir de la demostración científica de la futura peligrosidad del delincuente.<sup>14</sup>

No desarrollaré aquí empero esta problemática de cuyas bases argumentativas me he ocupado en otros trabajos<sup>15</sup>, porque me desviaría del objeto esencial de la ponencia que me fue encomendada y porque estimo que, en lo esencial, no aporta gran cosa a la cuestión principal que, como ya advirtiera Bockelmann, se resume diciendo que el

---

<sup>13</sup> *Ibidem.*, pp. 45-46.

<sup>14</sup> *Ibidem.*, pp. 48 y ss.

<sup>15</sup> Demetrio Crespo, E. "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal", *InDret* 2/2011, pp. 1-38; *Ib.*, "Compatibilismo humanista. Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho penal". En Demetrio Crespo, E. (dir.); Maroto Calatayud, M. (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al. BdeF & Edisofer, 2013, pp. 17-42; *Ib.*, «Identidad y responsabilidad penal», *AFDUAM*, n°17, 2013, pp. 237-254 (los tres con múltiples referencias).

argumento racional más importante contra la pena de muerte es que no hay argumento racional alguno a su favor.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Bockelmann, P. Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe. En Maurach, R. et al., *Die Frage der Todesstrafe: zwölf Antworten*. Munich. Piper, 1962. p. 139 (citado por Barbero Santos, M., “La pena de muerte, problema actual”, *op.cit.*, p. 115).