

PENAS CRUELES E INUSUALES

**EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES
AL CASTIGO EN LOS ESTADOS UNIDOS**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

PENAS CRUELES E INUSUALES

**EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES
CONSTITUCIONALES AL CASTIGO
EN LOS ESTADOS UNIDOS**

Marina Mínguez Rosique

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Marina Mínguez Rosique

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-24-7

Depósito legal: B-19955-2020

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	15
PROLEGÓMENOS	19
1. La polémica sobre la interpretación constitucional en EE. UU.	20
2. La jurisdicción del SCOTUS.	21
3. La incorporación constitucional y la Octava Enmienda.	23
CAPÍTULO 1. LA HISTORIA DE LA OCTAVA ENMIENDA.	27
1. Antecedentes.	27
1.1. El Massachusetts Body of Liberties (1641)	27
1.2. La Bill of Rights británica (1689)	30
2. La promulgación de la Octava Enmienda	31
3. El significado original de la Octava Enmienda	32
CAPÍTULO 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS PILARES INTERPRETATIVOS DE LA OCTAVA ENMIENDA.	37
1. Los primeros pronunciamientos.	37
2. La irrupción de la proporcionalidad: <i>Weems v. United States</i> (1910) . . .	41
3. Apelando a la dignidad: <i>Trop v. Dulles</i> (1958)	45
4. Octava Enmienda y responsabilidad por el hecho (1962)	46
5. La moratoria de la pena de muerte (1967-1976)	48
5.1. Los antecedentes.	48
5.2. <i>Furman v. Georgia</i> (1972)	50
5.2.1. La minoría: Burger, Blackmun, Powell y Rehnquist	51
5.2.2. La mayoría: Douglas, Brennan, Stewart, White y Marshall	54

5.2.3. Recapitulación	60
5.2.4. La escasa duración de <i>Furman v. Georgia</i>	62

CAPÍTULO 3. EL DESARROLLO DE REGLAS ESPECÍFICAS A PARTIR DE LOS FUNDAMENTOS DE LA OCTAVA ENMIENDA 63

1. Los pronunciamientos del SCOTUS del 2 de julio de 1976.	63
1.1. Discrecionalidad guiada	64
1.2. La imposición automática de la pena de muerte	66
1.3. El fin de la moratoria y el mantenimiento de los «estándares de decencia en desarrollo»	68
2. Individualización de la condena: la obligación de valorar toda circunstancia modificativa de la responsabilidad penal	68
2.1. «Mitigating Evidence»: una obligación tanto para el legislador como para el juzgador	69
2.2. Octava Enmienda, agravantes y mandato de determinación: <i>Godfrey v. Georgia</i> (1980)	70
2.3. El «empate» entre agravantes y atenuantes	72
2.4. Excurso: el particular caso texano	73
3. El desarrollo de la proporcionalidad.	75
3.1. Proporcionalidad y naturaleza del delito	76
3.2. Proporcionalidad y características personales del acusado	78
3.2.1. La Octava Enmienda y los enfermos mentales	78
3.2.2. La Octava Enmienda y la discapacidad intelectual.	80
3.2.3. La Octava Enmienda y la minoría de edad.	84
3.3. Proporcionalidad y participación en el delito.	90
3.4. La Octava Enmienda y los casos no capitales con acusados mayores de edad	91
3.4.1. Discrecionalidad, individualización y condenas automáticas.	92
3.4.2. La evolución de la doctrina de la proporcionalidad	94
4. Las limitaciones constitucionales al método de aplicación de la pena de muerte.	102

CAPÍTULO 4. LOS LÍMITES A LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD 111

1. La Octava Enmienda y la población reclusa	111
1.1. Evolución de la concepción del recluso: de la muerte civil al sujeto con derechos	111
1.2. La población reclusa, la Octava Enmienda y otros derechos vinculados.	115
1.2.1. Malos tratos sufridos en prisión	115
1.2.2. Condiciones de la prisión	118
1.2.3. Régimen de aislamiento.	121
1.2.4. Salud, asistencia y tratamiento médico	124
1.2.5. Imposición de la pena de muerte de manera automática	126
2. La población no reclusa privada de libertad.	126

CAPÍTULO 5. OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LA OCTAVA ENMIENDA	129
1. Cuestiones procesales	129
1.1. La prueba en casos de pena de muerte	129
1.1.1. Introducción de nuevas pruebas	129
1.1.2. Pruebas admisibles o exigidas	130
1.2. El jurado	131
1.2.1. Instrucciones al jurado	131
1.2.2. Composición e imparcialidad del jurado	132
2. La delimitación negativa de la Octava Enmienda: la negación del carácter penal de ciertas consecuencias jurídicas	132
2.1. Criterios generales	133
2.2. El «internamiento civil involuntario» para delincuentes sexuales	135
2.3. El registro de delincuentes sexuales	140
CAPÍTULO 6. ¿RECOGE LA OCTAVA ENMIENDA EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS?	145
1. Recapitulación	145
1.1. La Octava Enmienda y la vertiente negativa del principio de humanidad de las penas	145
1.1.1. Penas	145
1.1.2. La vida en prisión	149
1.2. La Octava Enmienda y la vertiente positiva del principio de humanidad de las penas	149
1.2.1. La ejecución de las penas	149
1.2.2. Las penas	151
2. Las insuficiencias de la interpretación de la Octava Enmienda como principio de humanidad de las penas	152
2.1. Insuficiencias en el punto de partida: la diferenciación de los casos capitales	152
2.2. Insuficiencias en los pronunciamientos sobre la vertiente negativa	156
2.3. Insuficiencias en los pronunciamientos sobre la vertiente positiva	156
2.4. La exclusión del ámbito de la Octava Enmienda: fraude de etiquetas	158
2.5. ¿Existen buenas razones que justifiquen estas insuficiencias?	160
2.5.1. Una cláusula constitucional viva	160
2.5.2. El problema del fundamento	161
3. Octava Enmienda, proporcionalidad y otros principios penales	171
3.1. Proporcionalidad	171
3.1.1. Proporcionalidad y humanidad: perspectiva histórica	173
3.1.2. Proporcionalidad y humanidad: perspectiva actual	175
3.2. Responsabilidad por el hecho y culpabilidad por el carácter	176
4. Una prueba de fuego para dirimir el alcance garantista de la Octava Enmienda: el debate sobre la castración para delincuentes sexuales	177
4.1. Castración química	178
4.2. Castración quirúrgica	188

4.3. Valoración personal: test de la humanidad de la castración de delincuentes sexuales	190
A MODO DE CONCLUSIÓN	193
REFERENCIAS	195

PRÓLOGO

Tengo el honor y la enorme satisfacción de presentar por primera vez una obra de Marina Mínguez Rosique. Se trata de una parte de la que fue su tesis doctoral, que recibió una gran acogida y valoración del tribunal que la juzgó, presidido por Gonzalo Rodríguez Mourullo e integrado por Adela Asua, Jose Luis Díez Ripollés, Francesco Viganó y Juan Antonio Lascuraín. Siguiendo sus sugerencias, Marina Mínguez ha decidido desgajar el capítulo segundo de su tesis de la que será la publicación del grueso de su investigación doctoral sobre el principio de humanidad de las penas.

Y es que, con razón, el tribunal señaló que la investigación que Marina Mínguez realizó sobre el alcance y la interpretación jurisprudencial de la prohibición de penas crueles e inusuales en la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América merecía, por la originalidad de su objeto, extensión y calidad de su contenido, una publicación autónoma. Como su autora afirma, la Octava Enmienda no puede entenderse coextensa del principio de humanidad de las penas: porque el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha considerado que la citada prohibición incorpora principios y garantías que no pueden identificarse con él, singularmente la exigencia de responsabilidad por el hecho propio; porque la interpretación jurisprudencial de su alcance ha reconocido un contenido débil y menos intenso que el que corresponde, según su autora, a un principio de humanidad bien anclado y fundamentado en el respecto a la dignidad humana. Por tanto, la investigación que aquí se presenta se refiere al modo de entender el principio de humanidad de las penas de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Una investigación completa y intensa, que cubre un hueco en lengua castellana, que permitirá al lector reconocer y comparar argumentos y razonamientos sobre el fundamento y alcance del principio de humanidad de las penas tal y como lo entendemos en Europa.

Tiene el trabajo dos partes claramente diferenciadas. La primera, un trabajo exhaustivo, riguroso y muy preciso, va mostrando al lector la configuración, desarrollo y consolidación de los parámetros fundamentales de la interpreta-

ción del alcance de la Octava Enmienda por el Tribunal Supremo de EEUU, en un recorrido histórico de más de doscientos años. Esta primera parte evidencia no solo las muchas horas de trabajo dedicadas al estudio, sino un gusto por el detalle y la precisión, que son reflejo de las grandes virtudes con las que Marina Mínguez cuenta para la investigación: la prudencia y el rigor que la caracterizan no le permiten expresar una opinión hasta no haberse cerciorado concienzudamente de que no ha olvidado ninguna resolución, ni aspecto relevante de las mismas; su capacidad de síntesis y su elegancia en la escritura, han contribuido a bordar un texto ágil y, en ocasiones, novelado, que hacen su lectura fácil y el mantenimiento del interés del lector hasta sus últimas líneas, una consecuencia natural e inevitable del mismo.

En la segunda parte del trabajo (el capítulo VI) Marina Mínguez analiza de forma crítica la jurisprudencia previamente descrita. Y ello lo hace sin pasar de puntillas por los problemas más complejos como el fundamento del mismo, la dignidad humana, y su significado y consecuencias en la construcción de este principio limitador del contenido, duración y ejecución de las penas. Es en esta segunda fase, original y de construcción en primera persona, en la que brillan el resto de las virtudes de Marina Mínguez: su excelente formación no solo jurídica, sino en Filosofía moral y política, su fina capacidad analítica y crítica y su habilidad para reconstruir y dotar de contenido práctico y real a un principio, por todos afirmado, y por pocos profundizado. Defiende Marina Mínguez de forma apasionada y valiente una posición singular, que desarrolla en el bloque de su tesis y que aquí solo recoge de forma sintética: el contenido del principio de humanidad de las penas se entiende en su comprensión tradicional, como compendio de reglas prohibitivas, pero a ello ha de sumarse, el principio o, según nuestra Constitución, mandado de resocialización, que se convierte en la faceta positiva de este principio de humanidad de las penas. La comprensión amplia del principio y su propio fundamento, la dignidad humana, le sirven de puntos de referencia para efectuar una crítica severa, pero muy solvente, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU, acreditando paralelamente las posibilidades y ventajas de su propia comprensión. En este análisis destaca un aspecto, carente hasta la fecha de estudios, como es la conexión de la regla de exclusión de las penas manifiestamente desproporcionadas con el principio de humanidad de las penas, algo que forma parte de la tradición ilustrada de este principio y del núcleo del contenido asignado a la prohibición de penas crueles e inusuales por el Tribunal Supremo de los EEUU y solo tangencialmente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como señala la profesora Mínguez, integrar la manifiesta desproporción de las penas entre las prohibiciones inherentes al principio de humanidad tiene la ventaja de desvincular la proporcionalidad de la pena del vago criterio de necesidad que lo sustenta en el marco de las fundamentaciones utilitaristas de las penas, y conectarlo con el mundo de los valores. Este estudio vuelve a reflejar las cualidades de su autora, pues la ponderación en sus conclusiones, es fruto de su propia prudencia y madurez como investigadora. El capítulo acaba con una revisión del debate sobre el tratamiento penal de los

delincuentes sexuales en las decisiones del SCOTUS y en la doctrina norteamericana, desde esta perspectiva de su adecuación al marco definido por la Octava Enmienda, que le sirve para poner de insistir en su propia concepción y en la escasa consistencia de los fundamentos restrictivos de la jurisprudencia norteamericana sobre las penas crueles e inusuales.

Estoy segura de que este primer libro de Marina Mínguez dejará al lector con la misma sensación que sentimos al acabar de visualizar la primera temporada de una gran serie de televisión: un enorme deseo de que se produzca cuanto antes la salida a la luz de la siguiente entrega; en este caso del grueso de su tesis doctoral. Hasta entonces, sirvan estas páginas de suculento aperitivo de lo que está por llegar (continuará .../...).

Madrid, 4 de julio de 2020.

Mercedes Pérez Manzano

INTRODUCCIÓN

En aquellos Estados en los que se ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho¹, el legislador no es absolutamente libre en su tarea de asignar un contenido y una duración a las penas, sino que debe constreñirse a un espacio cuyos límites están definidos por diversos principios constitucionales², como el principio de humanidad de las penas o el principio de proporcionalidad. Estos principios de corte constitucional no son sino el reflejo de unos valores defendidos tradicionalmente por la filosofía penal de corte liberal cuya función es legitimar y limitar el *ius puniendi*³. La limitación del *ius puniendi* resulta necesaria habida cuenta del carácter paradójico del Derecho Penal —en tanto que éste se configura como un mecanismo para proteger derechos humanos mediante la lesión de otros derechos humanos—, y la legitimación del Derecho Penal dependerá de la existencia de un equilibrio entre intereses contrapuestos: los derechos a proteger (o atacados) y los de aquel que ha delinquido⁴. Así, una vez aceptados los «costes» en restricción de derechos inherentes al Derecho Penal por su propia naturaleza, la existencia de imperativos negativos se configura como base legitimadora del propio sistema. Es en este contexto en el que el principio de humanidad de las penas cobra especial sentido.

1. Definido como el «*principio valorativo supremo que debe orientar toda elaboración dogmática del Derecho Penal*», MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 30. A la hora de señalar qué implican estos tres conceptos, este autor señala que el Estado social impone un límite basado en la necesidad social de la intervención penal, el Estado de Derecho obliga a un sometimiento de dicha potestad punitiva a la legalidad, y el Estado democrático obliga a que el Derecho Penal respete al ciudadano como un ser dotado de derechos innegables derivados de su dignidad humana, de la igualdad y de su capacidad de participar en la vida social (MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 114).

2. En este sentido, también, VIGANÒ, *Some thoughts about judicial review of criminal legislation*, señalando que las Constituciones establecen principios que pretenden guiar al legislador y funcionan como límites.

3. FERRERES COMELLA, *El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios*, pp. 109-110.

4. MIR PUIG, *Derechos humanos y límites del Derecho Penal*, pp. 463-464.

A pesar de las numerosas referencias acerca de su importancia y carácter imprescindible, el principio de humanidad de las penas cuenta con un hándicap de partida que dificulta su función de límite del *ius puniendi* al carecer de un significado claro y definitivo⁵; un problema que trae causa de dos circunstancias: la especial sensibilidad de este principio frente a las variaciones históricas y/o culturales, y la existencia de discrepancias con respecto a su contenido, incluso dentro de un mismo sistema de creencias⁶. Asimismo, la caracterización de este principio no tanto como norma jurídica, sino como idea rectora o base axiológica del sistema, lo hace susceptible de una aprehensión emocional y retórica que debe ser evitada, pues el objetivo de luchar contra la inhumanidad y la indignidad exige una aproximación analítica, crítica y racional⁷. En este sentido, sostiene TOMÁS Y VALIENTE que

«la emoción no es un arma crítica y la pura sentimentalidad no basta ni para reformar realmente ni tan siquiera para proponer determinadas reformas. El sentimiento humanitario no habría sido suficiente para lograr reformas en el proceso penal si no hubiese estado incardinado en un pensamiento riguroso (...)»⁸.

Pese a ser consciente de las dificultades que genera esta «emocionalización», así como, especialmente, de la vaguedad que se deriva de su propio fundamento (la dignidad humana), entiendo que es posible, en todo caso, elaborar una delimitación del alcance del principio de humanidad de las penas en la línea de lo expuesto por FOUCAULT. Para este autor, la referencia al ser humano a la que alude el propio nombre del principio de humanidad de las penas parece responder a lo que él apuntó como «*el descubrimiento del "hombre" en el criminal*», que tuvo lugar en el s. XVIII y que operó como motor de muchas reformas penales: el hombre —la persona, diríamos hoy—, el sujeto sobre el que actúa la intervención penal con la intención de corregirlo y transformarlo, se configura como frontera de la legitimidad del Derecho Penal (el «hombre-medida» del poder)⁹. Así, este principio obliga a tener presente que el delincuente, independientemente del delito que haya cometido, no deja de ser una persona, un igual, un semejante: un ser humano que tiene un derecho inviolable a ser tratado como tal¹⁰. De ello deriva la primera consecuencia que puede

5. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, pp. 78-79.

6. DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 159.

7. TORÍO LÓPEZ, *La prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (esquema para un estudio)*, pp. 105-106, 125.

8. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, p. 239, que añade que este elemento sentimental del pensamiento ético-jurídico de la Ilustración cumple una función complementaria de su racionalismo ético y que, sin este humanitarismo de los poderosos, dicho racionalismo ético habría sido meramente contemplativo (pp. 240-242).

9. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 78. Se utiliza aquí «hombre» como sinónimo de «persona» o de «ser humano».

10. En el mismo sentido: MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, p. 81; RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 156, haciendo referencia a LIEPMANN.

extraerse de este principio, que es que le señala al Derecho Penal un ámbito sobre el que no sólo no debe operar, sino que, por el contrario, debe mantener intacto¹¹. Se trata, por tanto, de que la actuación del Estado a través del *ius puniendi* no puede afectar a la esencia del ser humano, que es inviolable.

De ello derivan dos claras manifestaciones del principio de humanidad: en primer lugar, una manifestación negativa, que establece la prohibición de torturas, penas y tratos humillantes o degradantes; en segundo lugar, una faceta positiva, que impone la necesidad de que la pena —privativa de libertad, al menos— esté orientada a la resocialización del delincuente. Si bien de la vinculación de la primera faceta con el principio de humanidad de las penas no cabe ninguna duda¹², pues lo que queda proscrito son, precisamente, tratos contrarios a la esencia humana, tampoco existen dudas con respecto a la segunda. En efecto, la orientación de la pena privativa de libertad a la resocialización garantiza que la pena cumpla una finalidad para con el propio delincuente, al que se honra, por tanto, como persona; al que es inherente su autonomía; al que no se instrumentaliza para alcanzar fines ajenos a él; y garantiza también que la ejecución de la pena privativa de libertad se realice de manera que se intente minimizar la deshumanización y el deterioro de la personalidad que puede conllevar la privación de libertad prolongada. Y es que, como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI, en un Estado social y democrático de Derecho, que no se conforma con proclamar formalmente los derechos de los ciudadanos, el principio de humanidad de las penas no puede circunscribirse a proscribir los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes¹³, sino que exige algo más. Ese algo más no es sino la manifestación positiva de dicho principio, consistente en adoptar una orientación preventivo-especial positiva de la pena, basada en la idea de corresponsabilidad social en la génesis del delito, y con el objetivo de reinsertar socialmente al delincuente¹⁴.

Si bien la plasmación positiva del principio de humanidad de las penas resulta evidente en muchos textos de protección de derechos humanos y en numerosas constituciones nacionales¹⁵, no toda limitación constitucional expre-

11. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 78.

12. De hecho, en numerosas ocasiones, esta manifestación negativa de dicho principio (prohibición de penas inhumanas y degradantes) ha sido considerada como único contenido del mismo (en el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El principio de humanidad en Derecho Penal*, p. 210).

13. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El principio de humanidad en Derecho Penal*, p. 210.

14. A esta vertiente positiva del principio de humanidad de las penas se ha referido expresamente el TEDH (STEDH Murray c. Países Bajos [Gran Sala], de 26 de abril de 2016, par. 211). JESCHECK también apuntaba incipientemente en esta dirección cuando señaló las obligaciones derivadas del principio de humanidad de las penas: «*que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de recuperación del condenado*» (JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, p. 35).

15. El contenido dual del principio de humanidad de las penas se ha recogido expresamente en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en el mismo artículo (art. 10 PIDCP, art. 5.6 CADH) o en Constituciones nacionales, como la italiana, en su art. 27.3. La

sa al legislador penal refleja literalmente y de forma precisa el contenido de este principio en sentido amplio, sino que el mismo puede recogerse en el marco de un conjunto de principios-límite más amplios. Este es el caso de la norma que será objeto de análisis en la presente contribución, la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, que, como, es sabido, es el precepto constitucional que marca los límites al legislador (y al juzgador) estadounidense en materia de configuración de las penas, al establecer que «*No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales*». En una primera lectura de este precepto se observa que, al referirse a los límites de las penas, curiosamente se utilizan dos términos diferentes al empleado para mencionar los límites a la imposición tanto de multas como de fianzas: mientras que en el caso de estas últimas se hace referencia al exceso como límite, en el caso de las penas se utilizan los adjetivos «crueles e inusuales» como expresivos del núcleo de la prohibición. La vaguedad de los términos utilizados y la inherente dificultad para definirlos y delimitarlos, junto con la conjunción copulativa que los une, son factores que explican una convulsa y variable jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, plagada de inconsistencias.

El objetivo de esta contribución es analizar si y en qué medida la Octava Enmienda contiene una plasmación positiva del principio de humanidad de las penas. Para ello, resultará necesario realizar un recorrido por los más de doscientos años de jurisprudencia del SCOTUS, que conducirá a la conclusión, que anticipo, de que este Tribunal ha dotado a la Octava Enmienda de un contenido muy extenso —de límites al *ius puniendi*—, pero poco intenso —con escasa eficacia práctica—. Como veremos, el contenido de la Octava Enmienda va más allá del principio de humanidad de las penas, pero la intensidad protectora del propio principio de humanidad de las penas en el contexto de la Octava Enmienda es muy limitada.

La contribución que aquí se presenta tiene su origen en mi tesis doctoral, «El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal», que, dirigida por la Prof.^a Dr.^a Mercedes Pérez Manzano y defendida el 14 de octubre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*. Siguiendo las sugerencias del tribunal, conformado por los Profs. Drs. Rodríguez Mourullo, Díez Ripollés, Asúa Batarrita, Lascuraín Sánchez y Viganò, se ha procedido a extraer e independizar para esta publicación el segundo de los capítulos de la tesis, dejando para una posterior publicación el grueso de la misma.

Constitución Española recoge ambas manifestaciones del principio de humanidad en dos preceptos distintos: el art. 15 y el art. 25.2 CE.

PROLEGÓMENOS

OCTAVA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

«No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales».

La disposición legal que marca los límites al legislador (y al juzgador) estadounidense en materia de configuración de penas es la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que señala que no podrán imponerse «castigos crueles e inusuales». Esta prohibición fue diseñada para proteger a aquellos condenados por delitos en un proceso penal¹⁶, lo que ha llevado a denegar su aplicación en el caso de personas aún no condenadas —como, por ejemplo, sujetos que huyen de la escena del crimen¹⁷ o sujetos en prisión provisional¹⁸—, o en el caso de castigos disciplinarios aplicados en colegios¹⁹ y en otros casos en los que se ha negado el carácter penal de la consecuencia jurídica²⁰.

Como puede observarse, esta cláusula utiliza términos diferentes al señalar las penas prohibidas —las crueles e inusuales— y restringir la imposición tanto de multas como de fianzas —las excesivas—; sin embargo, como se verá a lo largo de esta exposición, la prohibición de exceso o desproporción ha impregnado también el alcance de las penas no permitidas conforme a la Octava Enmienda. En cualquier caso, antes de comenzar con su análisis, deben abordarse tres cuestiones para facilitar la comprensión de este estudio, relacionadas con la interpretación judicial de la Constitución, la jurisdicción del SCOTUS y el fenómeno de la incorporación constitucional.

16. *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651, 664-667 (1977).

17. *City of Revere v. Massachusetts General Hospital*, 463 U.S. 239 (1983).

18. *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979).

19. *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

20. *Vid. infra*, Capítulo 5.

1. LA POLÉMICA SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EE. UU.

Antes de adentrarnos en el análisis de la Octava Enmienda, resulta procedente realizar una breve introducción acerca del importante papel que juega la interpretación judicial de la Constitución en EE. UU. Para enmarcar este inciso inicial deben reseñarse dos cuestiones de gran trascendencia. En primer lugar, que dicho cuerpo legal, norma suprema del ordenamiento jurídico estadounidense²¹, se encuentra en vigor desde 1789²²; en segundo lugar, que nos encontramos ante un sistema legal que sigue la tradición del *Common Law*, razón por la que las decisiones judiciales tienen un enorme peso en la interpretación de las normas (y, por supuesto, de la Constitución). Como es sabido, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en lo sucesivo, SCOTUS) se ha erigido en intérprete máximo de la Constitución²³; una labor que ha generado uno de los más polémicos (e interminables) debates jurídicos en dicho país. Así, a muy grandes rasgos, pueden distinguirse dos enfoques²⁴: las teorías originalistas, que abogan por una lectura de la Constitución a la luz del momento en el que fue concebida (bien basándose en la intención de aquellos que la redactaron y ratificaron —*original intent theory*—, o bien en el significado que una persona razonable hubiera dado al texto escrito en aquel momento —*original meaning theory*—), y las teorías que parten de la idea de una «Constitución viviente», es decir, aquellas que consideran que dicha norma evoluciona con la sociedad, ya sea por razones pragmáticas o por considerar que, de hecho, fue ésta la intención de los redactores. Tal y como podrá observarse claramente en líneas posteriores, la adopción de uno u otro enfoque tiene como consecuencia la producción de resultados que pueden ser radicalmente opuestos a la hora de interpretar el alcance y contenido de las Enmiendas.

Por otro lado, debe recordarse que, pese a la importancia de la cuestión, lo cierto es que, en la práctica, el SCOTUS tiene tendencia a no seguir sus

21. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177-180 (1803)

22. Habiendo sido enmendada desde entonces en veintisiete ocasiones (la última de ellas, en 1992). Se trata de la segunda Constitución en vigor más antigua, sólo superada por la de la República de San Marino (1600).

23. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962); *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 521 (1969); *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 503 (1977); *N. Pipeline Const. Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50, 62 (1982); *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 238 (1993); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 922 (1995). Pese a que algunas de estas resoluciones citan el archiconocido caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) como fuente de dicha aseveración, lo cierto es que dicha interpretación deforma el contenido real de este pronunciamiento, que realmente hace referencia a que existe una competencia del departamento judicial (jueces federales, no sólo del SCOTUS) para realizar controles de constitucionalidad (AMAR, *Marbury, Section 13, and the original jurisdiction of the Supreme Court*, p. 445).

24. El planteamiento de esta dicotomía es una cuestión clave puesta de manifiesto por la doctrina constitucional estadounidense: GREENE, *El originalismo de la Enmienda Decimocuarta*, p. 185; aceptando su popularidad, pero considerándola falsa, BALKIN, *Living originalism*, p. 3. Véase también FLEMING, *Fidelity, change and the good Constitution*, p. 516; SCALIA, *Foreword*, pp. 43-45.

propios precedentes, habiendo fallado en contra de sus resoluciones previas en numerosas ocasiones, especialmente en casos relevantes²⁵. En este sentido, los pronunciamientos sobre la Octava Enmienda no son una excepción. Son varias las razones que han sido apuntadas para explicar la debilidad del precedente en materia constitucional: la (casi) imposibilidad de cambiar a Constitución, la necesidad de tener una visión a largo plazo al abordar cuestiones constitucionales²⁶, y la polarizada y cambiante composición del SCOTUS²⁷.

En todo caso, la actividad jurisprudencial del SCOTUS se ha revelado como creadora o actualizadora de la Constitución, generando cambios que no han seguido el proceso de enmienda recogido en la misma. Es por todos conocido que esta faceta creadora ha provocado serias críticas, especialmente desde el sector originalista²⁸.

2. LA JURISDICCIÓN DEL SCOTUS

Para comprender el contexto en el que se dictan las resoluciones del SCOTUS que se analizarán en este trabajo, resulta necesario precisar el alcance de la jurisdicción de este tribunal. Como es sabido, el SCOTUS es el más alto Tribunal de los Estados Unidos de América y fue creado en virtud del artículo III de la Constitución, que establece en el primer inciso de su sección primera que «*El poder judicial de los Estados Unidos será depositado en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo*». Este Tribunal se configura, además de como máximo intérprete de la Constitución (*vid. supra*), como la cúspide de un sistema piramidal que le convierte en el más alto Tribunal de apelaciones tanto a nivel federal²⁹ como no federal³⁰.

25. CALABRESI, *Text vs. precedent in Constitutional Law*, p. 951.

26. *Ibid.*, pp. 955-956

27. Si bien a propósito de la pena de muerte, sobre esta cuestión señala RAGUÉS I VALLÉS que resulta prácticamente imposible saber en qué sentido se pronunciará el SCOTUS cuando se produzcan nuevas incorporaciones (ya sea por retiro o por fallecimiento de los magistrados), especialmente porque no puede pronosticarse ni cuándo se producirán estas bajas ni la adscripción política del Presidente que ocupe el cargo en dicho momento (RAGUÉS I VALLÉS, *La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía?*, p. 21).

28. MCGINNIS / RAPAPPORT, *Reconciling originalism and precedent*, pp. 832-833, quienes señalan que estas actualizaciones carecen del consenso que procuraría el proceso de enmienda, que, además, se realizaría de manera ciega y general (y no ante un caso concreto) y acarrearía una mayor aprobación popular.

29. A nivel federal, el Congreso, en virtud del artículo referido, ha creado dos escalones: el más bajo, conformado por las noventa y cuatro Cortes de Distrito, y un escalón superior conformado por las trece Cortes de Apelaciones de los distintos circuitos. Asimismo, existen diferentes Tribunales federales especializados (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para las Fuerzas Armadas, Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos) cuyas resoluciones pueden ser apeladas directamente ante el SCOTUS.

30. Al margen del sistema federal, en cada Estado existe una jerarquía entre Tribunales (Primera Instancia, Apelaciones), coronados por su correspondiente Tribunal Supremo estatal.

Existen cinco vías a través de las cuales un caso puede llegar a ser conocido por el SCOTUS: jurisdicción originaria, apelación, cuestión de interés público, recurso extraordinario y recurso de *certiorari*³¹. Los casos de jurisdicción originaria, ya recogidos en la sección segunda del artículo III de la Constitución³² —y establecidos en el Código de los Estados Unidos³³—, son aquellos que son conocidos directamente por el SCOTUS, sin haber pasado anteriormente por un Tribunal inferior³⁴. Además de tener reconocida esta jurisdicción originaria, el SCOTUS también tiene reconocida jurisdicción revisora, en la que se enmarcan las otras cuatro vías mencionadas (apelación, cuestión de interés público, recurso extraordinario, recurso de *certiorari*). Se denomina apelación —en sentido estricto— al procedimiento en virtud del cual un caso llega al SCOTUS de manera obligatoria tras el pronunciamiento del Tribunal inferior³⁵. Por otro lado, la cuestión de interés público (*certified question*) es una cuestión jurídica relacionada con un caso que es remitida al SCOTUS por un Tribunal inferior, solicitando indicaciones para su correcta resolución³⁶. Una vez conocido el caso, el SCOTUS puede, de oficio o a instancia de parte, considerar y decidir sobre el caso en su totalidad³⁷. De otra parte, los recursos extraordinarios atienden a circunstancias excepcionales y sólo se conceden bajo la prueba de que el peticionario no podría conseguir una satisfacción adecuada en ninguna otra instancia³⁸. Por último, el recurso de *certiorari* es la vía más habitual para que un caso llegue a ser conocido por el SCOTUS³⁹. Se trata de una solicitud de revisión cuya admisión a trámite no es un derecho, sino que resulta discrecional, y que sólo tendrá lugar cuando existan «razones convincentes»⁴⁰.

31. PERRY JR., *Deciding to decide*, p. 24. Los términos originales empleados son «*original jurisdiction*», «*appeal*», «*certified question*», «*extraordinary writ*» y «*writ of certiorari*».

32. «*En todos los casos relacionados con Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules, así como en aquellos en los que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia*».

33. 28 U.S. Code § 1251: «(a) *El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción originaria y exclusiva sobre todas las controversias entre dos o más Estados. (b) El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva sobre: (1) todas las acciones o procedimientos en las que embajadores, otros ministros públicos, cónsules o vicecónsules de Estados extranjeros sean parte; (2) todas las controversias entre los Estados Unidos y un Estado; (3) todas las acciones o procedimientos por parte de un Estado contra ciudadanos de otro Estado o contra ciudadanos extranjeros*».

34. El equivalente español sería la primera y única instancia (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) que recoge la Constitución para los Diputados y Senadores (art. 71.3 CE) y para el Presidente y los demás miembros del Gobierno (art. 102.1 CE).

35. Esta vía se vio drásticamente acotada en virtud de la Supreme Court Case Selections Act of 1988 (Pub.L. 100—352), que derogó el anterior 28 U.S. Code § 1252.

36. Rule 19.1, Rules of the Supreme Court of the United States (2019).

37. Rule 19.2, Rules of the Supreme Court of the United States (2019); 28 U.S. Code § 1254.

38. Rule 20.1, Rules of the Supreme Court of the United States (2019). La propia regla alude a los recursos de *habeas corpus*, de *mandamus* y de prohibición en su redacción.

39. De hecho, resulta ilustrativo que, en el propio reglamento, el SCOTUS dedique a esta vía un epígrafe completo (III), mientras que las otras cuatro vías comparten un único epígrafe (IV) [Rules of the Supreme Court of the United States (2019)].

40. Rule 10, Rules of the Supreme Court of the United States (2019).

Además de remarcar que raramente se otorgará el *certiorari* en aquellos casos en los que las alegaciones versen sobre errores en la determinación de los hechos o sobre la indebida aplicación de un precepto, el propio reglamento del SCOTUS establece un listado (no exhaustivo ni vinculante) de cuestiones que son consideradas por el Tribunal: discrepancia entre decisiones de distintas Cortes de Apelaciones sobre un asunto trascendente, decisión de un Tribunal estatal sobre un asunto federal sobre el que el SCOTUS aún no se ha pronunciado, etc.⁴¹. Asimismo, podrá concederse el *certiorari* a un caso aún pendiente de resolución siempre y cuando se demuestre que dicho caso posee una importancia pública tal que justifique la desviación del proceso habitual y requiera un pronunciamiento inmediato del SCOTUS⁴².

3. LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA OCTAVA ENMIENDA

Las diez primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, aprobadas en 1791, configuran la *United States Bill of Rights* o Carta de Derechos de los Estados Unidos⁴³. Mientras que en el cuerpo de la Constitución se establecen y describen los poderes del Estado, las relaciones entre Estados y entre Estados y el Gobierno Federal, el proceso de enmienda y ratificación constitucional, etc., estos diez preceptos consagran y garantizan derechos y libertades individuales.

Ahora bien, tal y como señaló el SCOTUS unánimemente en 1833, las limitaciones al ejercicio del poder expresadas en la Constitución eran aplicables al gobierno creado en virtud de esta norma⁴⁴, es decir, eran salvaguardias frente al Gobierno Federal, y no frente a los Gobiernos estatales, tal y como parecen indicar todos los antecedentes históricos⁴⁵. Esta postura fue mantenida durante más de tres décadas en casos relativos a diferentes Enmiendas⁴⁶, entre ellos, el primer caso en el que se planteó directamente una vulneración de la Octava⁴⁷.

Tras la Guerra Civil (1861-1865), se introdujeron las denominadas «Enmiendas de la Reconstrucción» (de la Decimotercera a la Decimoquinta), con la

41. Rule 10, Rules of the Supreme Court of the United States (2019).

42. Rule 11, Rules of the Supreme Court of the United States (2019); 28 U.S. Code § 2101(e).

43. Debe precisarse que esta manera de llamar a estos artículos no figura en la Constitución, sino que es un constructo del Derecho Constitucional estadounidense. En cualquier caso, tal y como ha sido señalado en numerosas ocasiones, no se trata de enmiendas propiamente dichas, sino parte de la Constitución original (por todos, AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, p. 196).

44. *Barron v. City of Baltimore*, 32 U.S. 243, 247 (1833).

45. Cfr. AMAR, *The Bill of Rights: creation and reconstruction*, pp. 140-145.

46. Por todas, *Fox v. State of Ohio*, 46 U.S. 410, 411, 434-435 (1847); *Withers v. Buckley*, 61 U.S. 84, 89-90 (1857); *Twitchell v. Com. Of Pennsylvania*, 74 U.S. 321, 325-327 (1868).

47. *Pervear v. Commonwealth of Massachusetts*, 72 U.S. 475 (1866).

intención de limitar el poder de los Estados⁴⁸. Años más tarde, el SCOTUS interpretó la Decimocuarta Enmienda de manera que, en su virtud, ciertos preceptos de la Carta de Derechos pudiesen resultar oponibles frente a los Estados. A través de este proceso, conocido bajo el nombre de «incorporación», la Carta de Derechos pasó de ser una lista de garantías sólo vinculantes para el Gobierno Federal a ser una lista de salvaguardias frente a cualquier poder gubernamental: una transformación que cambió radicalmente la forma de entender la Constitución⁴⁹. En cualquier caso, debe señalarse que este proceso, que tiene un precedente en 1897⁵⁰ y arrancó claramente a partir de la década de 1920, no ha incorporado aún todos los preceptos recogidos en la Carta de Derechos, sino que la incorporación se ha realizado de manera selectiva⁵¹.

De hecho, las tres cláusulas que conforman la Octava Enmienda han seguido caminos distintos. En primer lugar, la prohibición de imponer de castigos crueles e inusuales fue incorporada en 1962, de la mano del caso *Robinson v. California*⁵². En segundo lugar, el SCOTUS evitó durante años pronunciarse sobre la incorporación de la prohibición de multas excesivas⁵³ y, de hecho, al reproducir una lista de cláusulas no incorporadas, la había señalado directa y explícitamente⁵⁴, hasta que el pasado 20 de febrero de 2019 estableció finalmente que la misma se encontraba incorporada y, por tanto, resultada oponible frente a los Estados en virtud de la Decimocuarta Enmienda⁵⁵. Por último, en cuanto a la prohibición de fianzas excesivas, el SCOTUS señaló en 1971 que dicho precepto «*ya había sido asumido*» como aplicable frente a los Estados y

48. Ex parte Commonwealth of Virginia, 100 U.S. 339, 345 (1879): «*Tenían como objetivo lo que realmente son: limitaciones al poder de los Estados y ampliaciones del poder del Congreso*».

49. AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution*, pp. 1136-1137.

50. Chicago, B. & Q.R. Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226, 241, 259 (1897). En esta ocasión, el SCOTUS estableció que la expropiación de propiedad privada para uso público debía seguir el debido proceso y otorgar una compensación (Quinta Enmienda). Pese a dicho pronunciamiento, el SCOTUS falló finalmente a favor de la ciudad de Chicago, que había otorgado la insignificante compensación de un dólar a la compañía recurrente. El único voto discordante de la sentencia no se oponía a la aplicación del precepto, sino que señalaba que la compensación ofrecida era meramente nominal e injusta.

51. Frente a esta teoría de la interpretación selectiva, basada en la cláusula del debido proceso, se encuentra la teoría de la incorporación total, cuyo máximo exponente fue el Magistrado Hugo Black (1886-1971, en el cargo desde 1937). Según esta última, la Decimocuarta Enmienda establece una incorporación automática de las Enmiendas Primera a Octava en virtud de la cláusula de privilegios e inmunidades. Para un conciso pero ilustrativo resumen de estas interpretaciones y de la postura del SCOTUS, *cfr.* K.A.M., *Eighth Amendment excessive bail clause applies to States through Fourteenth Amendment*, pp. 647 y ss.

52. *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 666-667 (1962).

53. *Browning-Ferris Indus. Of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 262-264 (1989). En este caso, el SCOTUS no se pronunció sobre su incorporación, puesto que sostuvo que dicho precepto de la Octava Enmienda no era aplicable a daños y perjuicios de carácter punitivo en aquellos casos en los que los Estados Unidos no fueran parte, tal y como sucedía en el caso concreto.

54. *McDonald v. City of Chicago, Ill.*, 561 U.S. 742, 765 n.13 (2010).

55. *Timbs v. Indiana*, 139 S.Ct. 682 (2019).

que la fianza era un elemento básico en el sistema jurídico⁵⁶, si bien debe señalarse que, en la resolución a la que se hace alusión (*Robinson v. California*), no existe manifestación concreta alguna sobre esta cuestión. A dicho pronunciamiento se añade la circunstancia de que esta última cláusula no aparece en el listado de cláusulas no incorporadas (*vid. supra*, n. 54). La aseveración de 1971 y la no inclusión en dicho listado han llevado a entender durante años, de manera generalizada, que dicha cláusula, por tanto, sí ha sido incorporada. Aunque la interpretación aquí apuntada es mayoritaria, el SCOTUS señaló en un pronunciamiento de 2008 (antes de la expresa incorporación del segundo inciso en 2019) que la Octava Enmienda era aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda⁵⁷, dando a entender una incorporación de la totalidad de dicho precepto constitucional. Esta interpretación ha sido tachada de inconsistente y apunta a cierta falta de rigor por parte del propio SCOTUS⁵⁸.

56. *Schill v. Kuebel*, 404 U.S. 357, 365 (1971).

57. *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, 419 (2008).

58. En el mismo sentido, WISEMAN, *McDonald's other right*, p. 24, n. 4.