

PENA DE MUERTE, EFECTO DISUASORIO Y FORMULACIÓN DE POLÍTICAS¹

Hans-Jörg Albrecht

Director del Instituto Max Planck de Derecho penal internacional de Friburgo

“Surge de esto una cuestión: si vale más ser amado que temido, o temido que amado. Nada mejor que ser ambas cosas a la vez. Pero puesto que es difícil reunir las y siempre ha de faltar una, declaro que es más seguro ser temido que amado”. (Machiavelo: El Príncipe).

I. Introducción.

Maquiavelo sabía al igual que otros muchos lo saben ahora que el miedo es un compañero constante de los seres humanos y, por lo tanto, un importante asesor cuando se trata de la toma de decisiones humanas. En consecuencia, la amenaza de muerte se supone que es un poderoso instrumento para obligar a la gente al cumplimiento. La amenaza de muerte apela al conocimiento humano básico (y la experiencia) de que todo el mundo es vulnerable y en última instancia, siempre está expuesto a lesiones físicas y a la destrucción completa (a la que el sociólogo alemán Heinrich POPITZ bautizó con el término “Verletzungsoffenheit” (literalmente: la apertura a los traumas²); la amenaza de muerte tiene como objetivo avivar el miedo y busca la construcción de un motivo eficaz para el cumplimiento de las normas penales básicas. La creencia en la pena de muerte como una poderosa arma de disuasión tiene dos caras.

- 1) El potencial del castigo penal máximo de provocar miedo (y terror) en quienes se plantean la comisión de un delito grave (en particular, un asesinato) y

¹ Traducción de Marta Muñoz de Morales Romero. Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM).

² Popitz, H. *Phänomene der Macht*, 2ª Ed. Tübingen. Mohr, 1992.

- 2) La percepción que tiene la opinión pública sobre la retirada del potencial castigo que se traduce en inclinar la balanza hacia el incumplimiento y en la incapacidad del Estado para proteger la vida humana.

El derecho penal y la teoría de la pena han respaldado estas creencias en el fin de la prevención general y en el objetivo de reforzar las normas penales (positive Generalprävention). La Criminología se ha ocupado de estas cuestiones desde los años 50 en adelante y lo ha hecho desde diversos ángulos y sobre la base de diferentes métodos. La mayor parte de los estudios sobre el efecto disuasorio provienen de los Estados Unidos, donde la aplicación y ejecución de la pena de muerte cuenta con una capacidad avanzada de investigación³. En otros países en los que la pena de muerte se sigue aplicando a gran escala (China, Irán, Arabia Saudí, Singapur así como en otros países asiáticos) o bien no tienen la voluntad política para permitir y para poner en marcha las investigaciones empíricas (en China, debido a que los datos sobre la pena de muerte son secreto de Estado), o bien no tienen capacidad de investigación para realizar estudios profundos sobre temas de disuasión.

En los orígenes de la investigación empírica que se centra en la disuasión en general, nos encontramos con estudios, sobre todo en los EE.UU.⁴, que investigan los pretendidos efectos de la pena de muerte. Sin embargo, en este contexto, se han examinado (y se siguen examinando) otras hipótesis (populares) sobre el impacto de la pena de muerte, como son las “hipótesis de la brutalidad” (es decir, el hecho de que las ejecuciones lleven a aumentar los casos de asesinato⁵), la dependencia del efecto disuasorio en función de la extensión de la cobertura de los medios de comunicación⁶, o

³ Para una revisión completa, vid. Hood, R.G./Hoyle, C.: *The death penalty: A worldwide perspective*. 4ª Ed., New York. Oxford, 2008.

⁴ Albrecht, H.-J.: „Generalprävention“. En Kaiser, G. et al. (ed.): *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª Ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1993. pp. 157-164.

⁵ Bowers, W. J.: The effect of executions is brutalization, not deterrence. En Haas, K.C.; Inciardi, J.A. (eds.). *Challenging capital punishment: Legal and social science approaches*. Newbury Park, 1988, pp. 49-89. Bailey, W.C.: “Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma’s Return to Capital Punishment”. En *Criminology*, nº 36, 1998, pp. 711-736; Shepherd, J.M. “Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment’s Differing Impacts Among States”. En *Michigan Law Review*, nº 104, 2005. pp. 203-255.

⁶ Philips, D.D. “The deterrent effect of capital punishment: New evidence on an old controversy”. En *American Journal of Sociology*, nº 86, 1980, pp. 139-148; Sakamoto, A. et al. *Does the media coverage of*

el efecto diferido (es decir, aquellas ejecuciones que llevan a una disminución a corto plazo de los asesinatos, pero que después dicha disminución se desvanece y da lugar a un aumento tras unos días o semanas⁷).

II. La búsqueda de efectos preventivo-generales.

Inicialmente, las comparaciones transversales y longitudinales entre Estados con y sin pena de muerte (en los EE.UU.) se utilizaron en el estudio de los efectos disuasorios de la pena de muerte. Además de estos enfoques comparativos se han investigado series temporales de tasas de asesinato interrumpidas por la abolición (o introducción) de la pena de muerte con el fin de detectar un posible impacto de la pena capital. Estas comparaciones permitieron a los criminólogos determinar que la amenaza de ejecución no tuvo efecto sobre la tasa de asesinatos⁸. Durante la década de los 70 los análisis econométricos de series temporales de datos sobre las ejecuciones y las tasas de asesinato, hoy también denominados por algunos economistas⁹ como “estudios modernos sobre disuasión”, se llevaron a cabo para evaluar el impacto de la pena de muerte en las tasas de asesinato. EHRLICH, un economista estadounidense, concluyó en un estudio econométrico sobre el asesinato y las ejecuciones llevadas a cabo entre 1933 y 1969, que una ejecución impedía entre 7-8 asesinatos¹⁰. Sin embargo, los análisis posteriores de los datos utilizados revelaron que el fuerte vínculo determinado por EHRLICH desaparecía cuando se tomaban en consideración los últimos (cinco) años de las series temporales debido a que durante el período elegido hubo un gran aumento de asesinatos y una disminución dramática de las ejecuciones (como resultado

capital punishment have a deterrence effect on the occurrence of brutal crimes?: An analysis of the Japanese time-series data from 1959-1990. Tokyo. Ochanomizu University, 2001.

⁷ McFarland, S.G. “Is capital punishment a short-term deterrent to homicide? A study of the effects of four recent American executions”. En *Journal of Criminal Law and Criminology*, nº 74, 1983. pp. 1014-1030.

⁸ Selling, T. *Capital punishment*, New York 1967, p. 138; Hood, R.: *The Death Penalty. A World-Wide Perspective*, Oxford, 1996, pp. 180-212.

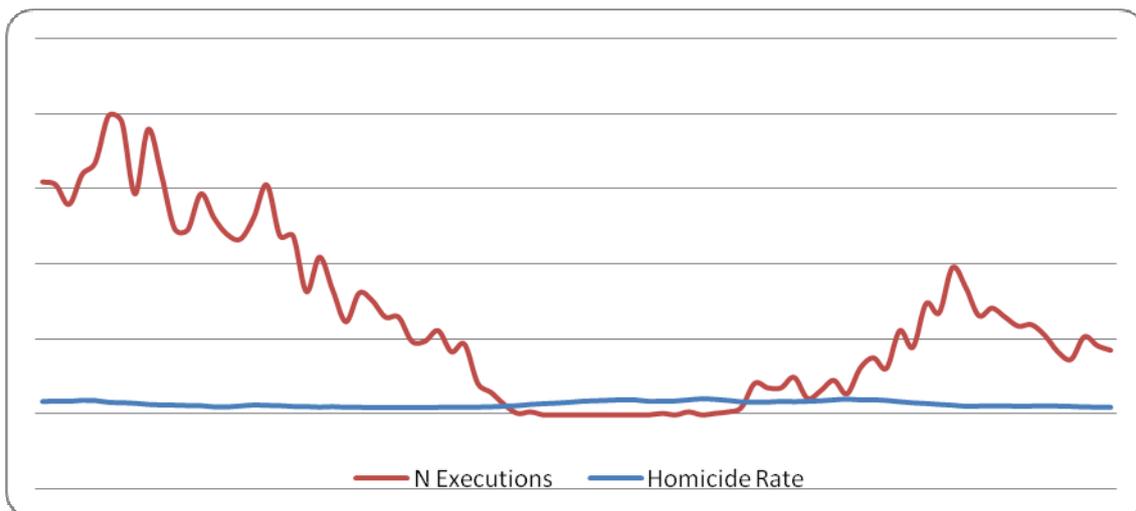
⁹ Rubin, P.H. Dobbs, S.C. *Statistical Evidence on Capital Punishment and the Deterrence of Homicide. Written Testimony for the Senate Judiciary Committee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights*, February 1, 2006.

¹⁰ Ehrlich, I. “The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death”. En *American Economic Review*, nº 65, 1975, pp. 397-417; Ehrlich, I.: “Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence”. En *Journal of Political Economy*, nº 85, 1977, pp. 74-88.

de los acontecimientos que llevaron a la moratoria “no oficial” de la pena de muerte a finales de los 60, véase el gráfico 1)¹¹.

En un meta-análisis sobre los efectos disuasorios del castigo penal iniciado por la *American National Academy of Science*¹², desde 1978, se han detectado fallos en el análisis econométrico que hasta ahora no se han subsanado¹³. La escasa validez de los enfoques anteriormente mencionados se atribuye al bajo número total de condenas a muerte y ejecuciones, así como a la distribución geográfica extremadamente dispar, pues el uso de la pena de muerte tras ser reintroducida en 1977 se ha centrado en Texas y en algunos otros Estados¹⁴. Además, otras condiciones que podrían explicar la evolución de las tasas de asesinato generalmente no se contabilizan, en especial el posible efecto sobre la tasa de asesinatos de las penas de cadena perpetua sin posibilidad de revisión¹⁵.

Gráfico 1: N ejecuciones y tasas de asesinato (/ 100.000). Estados Unidos 1930-2012



Fuente: <http://www.deathpenaltyinfo.org/executions-death-sentence>; www.fbi.org.

¹¹ Bowers, W. J.; Pierce, G. “The illusion of deterrence in Isaac Ehrlich's research on capital punishment”. En *Yale Law Journal*, n° 85, 1975, pp. 187-208; Yunker, J.: “Is the death penalty a deterrent to homicide? Some time series evidence”. En *Journal of Behavioral Economics*, n° 5, 1976, pp. 1-32.

¹² Blumstein, A. et. al. *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington, 1978.

¹³ Klein, L.R. et. Al. The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Assessment of the Estimates. En Blumstein, A. et al. (eds.): *Deterrence and Incapacitation.... op. cit.* pp. 336–360.

¹⁴ Donahue, J.J. y Wolfers, J. “The Death Penalty: No evidence for Deterrence”. En *Economists' Voice*, April, 2006. pp. 1-6.

¹⁵ Fagan, J. “Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment”. En *Ohio State Journal of Criminal Law*, n°4, 2006, pp. 255-320, pp. 269.

En la actualidad se están realizando análisis econométricos. En efecto, una segunda ola de investigaciones econométricas se debe desde la década de los 90 al denominado problema de la agregación de los EE.UU. mediante el uso de datos de panel para los Estados o condados. El problema de la agregación se produce como consecuencia de la distribución extremadamente dispar de las penas de muerte impuestas y efectivamente aplicadas en los Estados donde la pena de muerte está en vigor. Los gráficos 2 y 3 dan alguna idea de la magnitud del problema de la agregación. El Gráfico 2 simplemente muestra el curso de la pena de muerte en los Estados Unidos en general, y en Texas, en particular. En efecto, queda demostrado -en todo caso- que los efectos disuasorios de la pena de muerte se deben buscar en Texas ya que dicho Estado fue el responsable de aproximadamente el 13% de todas las sentencias de muerte en los Estados retencionistas impuestas entre 1977 y 2010. Además, Texas alcanza el 38% de todas las ejecuciones llevadas a cabo durante este periodo.

Gráfico 2: Ejecuciones en los EE.UU. y en Texas (1968-2012)

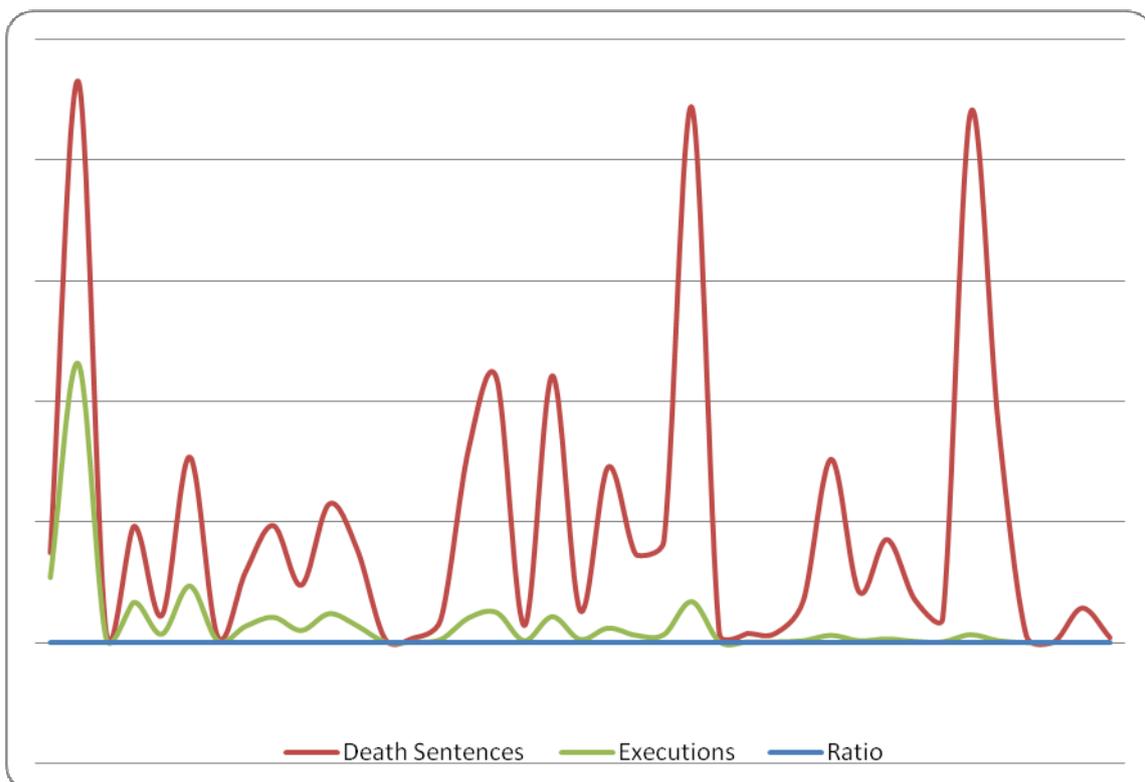


Fuente: <http://www.deathpenaltyinfo.org/executions-death-sentence>

Mientras que Texas representa un importante porcentaje de las penas de muerte impuestas y ejecutadas, la mayor parte de los Estados retencionistas no contribuyen en absoluto al número total de ejecuciones. De hecho, Texas, Oklahoma, Florida, Virginia,

Ohio, Georgia y Missouri han llevado a cabo aproximadamente el 70% de las ejecuciones entre 1977 y 2012, mientras que los Estados con un alto porcentaje de sentencias de pena de muerte impuestas y de internos en el corredor de la muerte han dejado claramente de ejecutar en su casi práctica totalidad la pena de muerte (California, Pennsylvania, véase el gráfico 3).

Gráfico 3: Relación de condenas a muerte/ejecuciones en los Estados retencionistas en los Estados Unidos (para el período comprendido entre 1977-2010)



Fuente: <http://www.deathpenaltyinfo.org/executions-death-sentence>

El Gráfico 3 transmite pues el mensaje de que la probabilidad de ser ejecutado después de haber sido condenado a muerte varía extremadamente. Un 70% de las sentencias a muerte se aplican en Virginia. Sin embargo, no se observaron ejecuciones en Kansas ni en otros Estados al noreste de los EE.UU.

Los resultados de la “nueva generación” de estudios econométricos sobre el efecto disuasorio de la pena de muerte son mixtos y muestran una amplia variación¹⁶. Un estudio reveló que entre 1977 y 1997 una ejecución impedía cinco asesinatos y que la conmutación de la pena de muerte por cadena perpetua se traducían en cinco nuevos asesinatos¹⁷. Otro estudio concluyó que una ejecución podría evitar hasta dieciocho asesinatos¹⁸. Es más, la reducción de dieciocho asesinatos se completa con un estudio de 2007 afirmando que por cada ejecución se salvarían 74 vidas¹⁹. Otro estudio econométrico determina que una ejecución evitará tres asesinatos y establece que dicho efecto es independiente del tipo de asesinato (el mismo efecto disuasorio se detecta en el caso de los crímenes pasionales que en el caso de otro tipo de homicidios²⁰). Por otra parte, una reducción de 2,75 años en el tiempo que el sujeto está en el corredor de la muerte esperando la ejecución previene un asesinato más. En el último estudio de este tipo realizado en Texas, los resultados demostraron la existencia de un efecto disuasorio medible de la pena de muerte, aunque el efecto se estimó en la prevención de 0,5 homicidios por cada ejecución²¹. Una correlación cero entre las ejecuciones y la tasa de asesinatos ha sido igualmente detectada por KATZ/LEVITT/SHUSTOROVICH quienes, sin embargo, encontraron efectos disuasorios en la correlación entre las condiciones de prisión (medidas por el número de muertes en las cárceles) y la tasa de delincuencia²². Las investigaciones econométricas después revelaron correlaciones que no se prestan a una interpretación teórica plausible. Éste es por ejemplo el caso en el que se afirma que el efecto disuasorio de la pena capital dependerá del número de

¹⁶ Weisberg, R. “The Death Penalty Meets Social Science: Deterrence and Jury Behavior under New Scrutiny”. En *Annual Review of Law and Social Sciences*, n° 1, 2005, pp. 151–70.

¹⁷ Mocan, H.N.; Gittings, R.K. “Getting Off Death Row: Commuted Sentences and the Deterrent Effect of Capital Punishment”. n *Journal of Law and Economics*, n° 46, 2003, pp. 453-478, p. 453.

¹⁸ Dezhbakhsh, H.; Rubin, P.H.; Shepherd, J.M. “Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data”. En *American Law and Economics*, n° 5, 2003, pp. 344-376, p. 344.

¹⁹ Adler, R.D. y Summers, M. *Capital Punishment Works*, Wall Street Journal Friday, November 2, 2007.

²⁰ Sheperd, J.M. “Murders of Passion, Execution Delays, and the Deterrence of Capital Punishment”. En *Journal of Legal Studies*, n° 33, 2004, pp. 283.

²¹ Land, K.C.; Teske, R. C.; Zheng, H. “The Short-Term Effects of Executions on Homicides: Deterrence, Displacement, or Both?” En *Criminology*, n° 47, 2009, pp. 1009-1043. Con este estudio se demostró que por cada ejecución en Texas se prevenían 2,5 asesinatos, aunque más allá de un periodo de 12 meses la cifra de asesinatos evitados bajó a 0.5.

²² Katz, L.; Levitt, S. D.; Shustorovich, E. “Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence”. En *American Law and Economics Review*, n° 5, 2003, pp. 318-343, p. 318.

personas ejecutadas. Al comprobar que el impacto de las ejecuciones de la pena de muerte difiere entre los Estados retencionistas (en el 20% de estos Estados la pena de muerte es disuasoria, mientras que en el 80% de los Estados restantes la pena de muerte no tuvo ningún impacto o incluso aumentó el número de asesinatos²³), SHEPHERD llega a la conclusión de que existe un umbral por encima del cual el efecto brutalizador se transforma en un efecto disuasorio. En ese sentido, más de 9 ejecuciones (por año) tienen efecto disuasorio, mientras que menos de 9 ejecuciones o no tienen efecto sobre las tasas de asesinato o desembocan en un aumento de dichas tasas. Esto a su vez se traduce en la extraña recomendación de ejecutar a más de nueve personas o bien de abstenerse por completo de llevar a cabo ejecuciones²⁴. Otro estudio encontró que la conmutación de la pena de muerte se traducirá en 5 nuevos asesinatos, mientras que cualquier otra salida del corredor de la muerte (muerte natural o asesinato cometido por un recluso) tan sólo tendrá como resultado evitar un asesinato²⁵. Es difícil de entender por qué el impacto de la conmutación ha de ser tan diferente en relación al que se produce mediante otro tipo de “salidas” del corredor de la muerte.

Los análisis econométricos se han llevado a cabo también con datos de Canadá sobre las ejecuciones y las tasas de asesinatos. Un estudio que abarca el período comprendido entre 1927-1960 no encontró ningún un efecto significativo²⁶, mientras que otro estudio posterior (utilizando una serie temporal prolongada de 1927 a 1977) da muestras de los efectos disuasorios de la pena de muerte en este país²⁷. El análisis de series temporales de asesinatos en Japón y de los datos de ejecuciones entre 1959 y 1990 no identificó un efecto disuasorio de la pena de muerte, sino que más bien reveló todo lo contrario: a las ejecuciones sucede un aumento del número de asesinatos²⁸.

²³ Shepherd, J. *Why not all executions deter murder*, The Christian Science Monitor, 14 de Diciembre de 2005.

²⁴ Shepherd, J.M. “Deterrence versus Brutalization.... *op. cit.* pp. 203-255.

²⁵ Mocan, H. N.; Gittings, R. K. *op., cit.*, 2003, p. 469.

²⁶ Avio, K. “Capital punishment in Canada: a time-series analysis of the deterrent hypothesis”. En *Canadian Journal of Economics*, nº 12, 1979, pp. 647-676.

²⁷ Layson, S. “Homicide and Deterrence: Another View of the Canadian Time Series Evidence”. En *Canadian Journal of Economics*, nº 16, 1983, pp. 52– 73.

²⁸ Sakamoto, A. et al. *Does the media coverage of capital punishment have a deterrence effect on the occurrence of brutal crimes?: An analysis of the Japanese time-series data from 1959-1990*, Ochanomizu University, 2001.

Según RUBIN la literatura que documenta la investigación econométrica sobre los efectos disuasorios de la pena capital es fácil de resumir. Sostiene que la mayoría de “los estudios modernos” detectan “un efecto disuasorio significativo de la pena capital”, si bien dicho efecto oscila entre 0 y 18 muertes evitadas por cada ejecución (la variación de los efectos incluye también valores negativos, es decir cada una de las ejecuciones que desemboca en nuevos asesinatos. Éste es el caso de dos de los cuatro modelos analizados por KATZ/LEVITT/SHUSTOROVICH²⁹). Los diferentes modelos que se utilizan en el análisis econométrico evidentemente tienen variaciones significativas. Para los economistas, continua RUBIN, esto no debería sorprender ya que los economistas esperan que los criminales potenciales respondan a la amenaza de la sanción penal³⁰. Sin embargo, esta conclusión es evidentemente infundada. La argumentación de los economistas se caracteriza, como FAGAN ha insistido, por demandas persistentes fundadas en la fuerte relación causal entre la pena de muerte, las ejecuciones u otras variables relacionadas con la pena de muerte y la tasa de asesinatos³¹. En una vista ante la legislatura del Estado de New York FAGAN resumió la crítica de los estudios econométricos llevados a cabo desde principios de la década de los 70. Afirma que estos estudios produjeron “resultados erráticos y contradictorios” y duda de que el tratamiento por igual de todas las formas de asesinato asumiendo que todos son igualmente disuasorios, arroje resultados significativos. FAGAN indicó después el fallo en el control de la auto-regresión y hace hincapié en que deberían tenerse más en cuenta las variables clave que reflejan las medidas de rendimiento específicas del sistema de justicia penal, en particular de las tasas sobre el número de delitos violentos resueltos. Además no se ha tenido en cuenta ni la falta de pruebas concluyentes sobre el efecto disuasorio de otras posibles causas en el aumento o disminución de las tasas de asesinato, tema ampliamente discutido en la literatura criminológica que ha abordado los “picos” de asesinato dos veces, una en la década de los 70 y otra a finales de los 80, ni tampoco la caída sin precedentes de las tasas de

²⁹ Katz, L. Levitt, S. D.; Shustorovich, E.: *op. cit.*, 2003; vid. también Donahue, J.J.; Wolfers, J. *op. cit.* p. 4.

³⁰ Rubin, P. H. “Statistical Evidence on Capital Punishment and the Deterrence of Homicide”. En *Written Testimony for the Senate Judiciary Committee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights*, 1 de febrero de 2006, p. 10.

³¹ Fagan, J. “Deterrence and the Death Penalty: A Critical Review of New Evidence”. En *Testimony to the New York State Assembly Standing Committee on Codes, Assembly Standing Committee on Judiciary and Assembly Standing Committee on Correction. Hearings on the Future of Capital Punishment in the State of New York*, 21 de enero de 2005, p.5.

asesinato desde principios de los 90 (véase el gráfico 1). La expansión de los mercados de crack violentos, la violencia de bandas y la amplia disponibilidad de rifles de asalto fueron el foco de la investigación econométrica. El análisis de la evolución de las tasas de asesinato tras dividir los Estados retencionistas de EE.UU. en tres categorías (“muchas ejecuciones”, “pocas ejecuciones” y “ninguna ejecución”), muestra que la disminución de las tasas de asesinato es mayor en el caso de los Estados incluidos en la categoría de “ninguna ejecución”, algo más baja en el caso de los Estados de la categoría de “muchas ejecuciones” y la más baja de todas se da en el caso de los Estados de “pocas ejecuciones”³². Esto podría interpretarse como un efecto ligeramente más fuerte en la tasa de asesinatos de la “ausencia de ejecuciones” en relación a los Estados dónde se practican “muchas ejecuciones”, sin embargo la mejor interpretación parece suponer que las tasas de asesinatos y ejecuciones no están relacionadas entre sí³³. Por último, también hay que tener en cuenta que existe una brecha entre economistas y criminólogos en lo que respecta a las evaluaciones sobre la disuasión a través de la pena de muerte. Como regla general, los criminólogos han llevado a cabo de una forma mucho más prudente las evaluaciones sobre la prevención general y los efectos disuasorios provocados por las ejecuciones. Una revisión reciente de la (nueva generación) de los estudios econométricos sobre disuasión apoya este punto de vista. Se considera que la investigación no es concluyente, y se afirma que no hay mucho espacio para resolver los problemas metodológicos y teóricos fundamentales que se derivan de la falta de pruebas del efecto disuasorio de la pena de muerte o su ausencia³⁴.

Sin embargo, los resultados econométricos sobre la proporción de vidas salvadas por cada ejecución llevada a cabo han demostrado ser efectivos en el fomento de debates políticos y públicos, así como en la generación de una amplia cobertura por parte de los medios de comunicación. Estos hallazgos en los EE.UU. también han sido objeto de audiencias parlamentarias sobre los pros y contras de la reintroducción de la pena de muerte³⁵. Los debates sobre las promesas de salvar vidas a través de la ejecución de

³² Males, M. *Death Penalty and Deterrence: The Last Word*. Center on Juvenile and Criminal Justice, April, 2008. disponible en www.cjci.org.

³³ *Ibidem*, p. 2.

³⁴ Chalfin, A.; Haviland, A. M.; Raphael, S. “What Do Panel Studies Tell Us About a Deterrent Effect of Capital Punishment? A Critique of the Literature”. En *Journal of Quantitative Criminology*, nº 29, 2013, pp. 5-43, p. 41.

³⁵ Fagan, J. “Deterrence and the Death Penalty...” *op. cit.*; Fagan, J. “Public Policy Choices on Deterrence and the Death Penalty: A Critical Review of New Evidence”. En *Testimony before the Joint Committee*

criminales son similares a los recientes discursos de la llamada “tortura-rescate” y del derribo preventivo de aviones secuestrados para evitar su uso como arma³⁶. En este sentido, los efectos disuasorios y la prevención del crimen se sopesan frente a la ejecución de un delincuente culpable³⁷ de la misma manera a como se hace en el caso de la tortura a un sospechoso respecto a la información sobre el paradero de la víctima secuestrada para salvar su vida u obtener información sobre la localización estratégica de armas de destrucción masiva. Los argumentos utilitaristas dan respaldo moral y exigen al Estado la ejecución de una persona si su existencia puede dar lugar a la muerte de personas inocentes. A pesar de que las opiniones sobre el uso de la tortura para salvar la vida de muchos inocentes son bastantes alarmantes, y que, por supuesto, suponen una violación flagrante de las normas internacionales y nacionales, lo que es aún más alarmante es que la investigación empírica indicada esté llena de incertidumbres. Los datos se obtienen a través de los instrumentos estadísticos y modelos de una disciplina que no es capaz de predecir con precisión el ascenso y la caída del dólar de EE.UU. Sin embargo, con dicha metodología se pretende sugerir que una sola ejecución evitará 0,5, 3, 5, 7, 18 o 74 asesinatos. Sobre la base de estos datos también se puede predecir que la no ejecución de los condenados en los Estados donde la pena de muerte no está prevista en casos de asesinato conduciría a la misma disminución de asesinatos³⁸. En relación con otro tema delicado -el derecho a poseer armas de fuego- se han observado también argumentos similares³⁹.

on the Judiciary of the Massachusetts Legislature on House Bill 3834, “An Act Reinstating Capital Punishment in the Commonwealth”, 14 de Julio de 2005; Rubin, P.H. “Statistical Evidence on Capital Punishment and the Deterrence of Homicide. En Written Testimony for the Senate Judiciary Committee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights, Atlanta, 1 de febrero de 2006; Muhlhausen, D. “The Death Penalty Deters Crime and Saves Lives”, Testimonio dado el 27 de junio de 2007 ante el Subcommittee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights of the Committee on the Judiciary of the United States Senate.

³⁶ Bowden, M. “The Dark Art of Interrogation”. En *The Atlantic Monthly*, octubre 2003; Brugger, W. „Darf der Staat ausnahmsweise foltern?“ En *Der Staat*, n° 35, 1996, pp. 67-97; Jahn, M. „Gute Folter – Schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff „Folter“ im Spannungsfeld von Prävention und Repression“. En *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n° 87, 2004, pp. 24-49; Kreuzer, A. „Zur Not ein bisschen Folter? Diskussion um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher „Rettungsfolter““. En Nitschke, P. (ed.): *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung*. Bochum. Kamp, 2005. pp. 35-49.

³⁷ Sunstein, C.R.; Vermeule, A. “Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs”. En *Stanford Law Review*, n° 58, 2005, pp. 703-750.

³⁸ Males, M. *op. cit.*

³⁹ Bronars, S.G.; Lott, J.R. “Criminal Deterrence, Geographic Spillovers, and the Right to Carry Concealed Handguns”. En *The American Economic Review*, n° 88, 1998, p. 475-479; Dezhbakhsh,

Por el contrario, las discusiones sobre la disuasión basadas en la plausibilidad intuitiva de las tendencias y en la distribución, como el tipo de investigación realizada por SELLIN y otros⁴⁰ se han sucedido más en los debates sobre las incertidumbres de las matemáticas, la especificación de los modelos y su validación estadística. Todavía se trata de resultados obtenidos mediante estudios que comparan diferentes Estados y países, así como de las tendencias a través del tiempo los que demuestran que la pena de muerte no tiene ningún efecto disuasorio real⁴¹. Después de todo, la probabilidad de ser ejecutado en el corredor de la muerte para los hombres en los EE.UU. es sólo el doble respecto a la probabilidad de morir como víctima de un delito violento o de morir un accidente en el exterior. Como también se ha señalado, las tasas de mortalidad fuera de la cárcel para las personas en las bandas callejeras o involucradas en el tráfico ilícito de drogas tienden a ser significativamente más altas que en el caso de las personas que están esperando su ejecución en el corredor de la muerte⁴².

La carga de la prueba para demostrar el efecto disuasorio de la pena de muerte debe recaer en el Estado que la utiliza o introduce⁴³. Aunque ciertamente no es de esperar que el debate sobre la disuasión finalice en un futuro próximo (ni lejano), parece que no pueden proporcionarse pruebas convincentes que demuestren dicho efecto disuasorio⁴⁴. La percepción de que la pena de muerte es disuasoria se basa en creencias⁴⁵. En este sentido, las razones de la prevención general no ofrecen una base viable para apoyar la pena de muerte. Ésta es también la conclusión de un informe reciente sobre los efectos disuasorios de la pena de muerte encargado por la Academia Nacional de Ciencias. Más

H./Rubin, P.H. "Lives Saved or Lives Lost? The Effects of Concealed-Handgun Laws on Crime". En *The American Economic Review*, nº 88, 1998, p. 468-474.

⁴⁰ Selling, T. *The death penalty*, Philadelphia 1959.

⁴¹ Lamperti, J. "Does Capital Punishment Deter Murder? A brief look at the evidence", disponible en <http://www.math.dartmouth.edu/~lamperti/my%20DP%20paper,%20current%20edit.htm>.

⁴² Katz, L.; Levitt, S.D.; Shustorovich, E. "Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence", en *American Law and Economics Review*, nº 5, 2003, pp. 318-343, pp. 319-320.

⁴³ Grahl-Madsen, A. "The Death Penalty. The Moral, Ethical, and Human Rights Dimensions: The Human Rights Perspective". En *Revue Internationale de Droit Pénal. La Peine de Mort. The Death Penalty*, Travaux de la Conférence Internationale tenue à l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles Syracuse, Italie, 17 au 22 mai 1988, nº 58, 1987, pp. 567-582, p. 579.

⁴⁴ Para más información, vid. Chan, J.; Oxley, D. "The deterrent effect of capital punishment: A review of the research evidence". En *Crime and Justice Bulletin. Contemporary Issues in Crime and Justice*, NSW Bureau of Crime Statistics and Research, Octubre, 2004.

⁴⁵ Donohue, J.J.; Wolfers, J. "The Death Penalty: No Evidence for Deterrence". En *Economists' Voice April*, 2006, p. 5, disponible en www.bepress.com/ev.

de treinta años después de la publicación del informe de 1978 sobre la disuasión⁴⁶, el nuevo informe arroja prácticamente los mismos resultados. El informe de 2012 indica que “hasta la fecha las investigaciones sobre el efecto de la pena capital en el asesinato no son contundentes acerca de si la pena capital disminuye, aumenta, o no tiene ningún efecto sobre las tasas de asesinato”. El informe recomienda a continuación que las decisiones políticas sobre la pena de muerte no se vean influenciadas por “peticiones basadas en investigaciones que demuestren que la pena capital reduce o aumenta la tasa de asesinatos en un número determinado o no tiene ningún efecto sobre la tasa de asesinatos”⁴⁷.

III. Creencias en la disuasión, opinión pública y pena de muerte.

Cuando hace tres años el Presidente de Mongolia anunció su voluntad política de abolir la pena de muerte⁴⁸, la respuesta parlamentaria fue demasiado negativa⁴⁹. La respuesta negativa de (la mayoría) de los miembros del Parlamento a la propuesta de abolir la pena de muerte es probablemente el resultado de percibir que el público apoya mayoritariamente la pena de muerte. La opinión pública se invoca también en otros países para justificar su mantenimiento⁵⁰. Esta justificación se basa no sólo en la opinión de que la pena de muerte disuade la comisión de asesinatos, sino también en la idea de la prevención general positiva. De acuerdo con las propuestas de la prevención general positiva la sociedad debe mantener la confianza en el sistema de justicia penal, así como en el sistema de normas penales. La confianza sólo puede mantenerse si la sociedad piensa que las normas penales se refuerzan a través del castigo efectivo. Un sistema de justicia penal por debajo de dichas expectativas perderá la confianza y en

⁴⁶ Blumstein, A. et al. (eds.). *op. cit.*

⁴⁷ Daniel, S.; Nagin, D.S.; John, V.; Pepper, J.V. (eds). *Deterrence and the Death Penalty*. Washington. National Research Council, National Academy of Sciences, 2012. p. 2.

⁴⁸ Disponible en www.president.mn, The Office of the President of Mongolia, Public relations & Communications Division “The Path of Democratic Mongolia Must be Clean and Bloodless”, 14 de enero de 2010.

⁴⁹ *Times Online*, 15 de enero de 2010: *Mongolia to abolish the death penalty*.

⁵⁰ Por ejemplo, vid. en el caso de China, Hu yun Teng: “On the Death Penalty at the Turning of the Century”. En Nowak, M./Xin, C. (eds.): *EU-China Human Rights Dialogue*, Proceedings of the Second EU-China Legal Expert Seminar held in Beijing on 19 and 20 October 1998, Viena, 2000, pp. 88-94, p. 93; Schabas, W.A. “Public opinion and the death penalty”. En Hodgkinson, P. (ed.). *Capital Punishment. Strategies for Abolition*. Nueva York. Cambridge University Press, 2004. pp. 309-331.

última instancia, fomentará la decepción y el debilitamiento de los recursos normativos. En todos los países retencionistas una gran parte de la opinión pública expresa su apoyo a la pena de muerte en casos de asesinato. Se teme que la insatisfacción de este apoyo de pie a la sociedad a pensar que el Estado no protege suficientemente la vida humana.

En este sentido, sin embargo, surgen varias preguntas. En primer lugar, las actitudes sobre la pena de muerte se ven afectadas por diversas condiciones y, obviamente, éstas no son estáticas. Los estudios empíricos han demostrado que el apoyo a la pena de muerte disminuye cuando se ofrece como alternativa la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional⁵¹. Las actitudes hacia la pena de muerte se relacionan estrechamente con el nivel educativo: cuanto mayor es el nivel educativo, menor es el apoyo a la pena de muerte.

Desde el punto de vista europeo, se ha dicho que el proceso político de la abolición de la pena de muerte se inició en períodos en que la mayoría (a veces abrumadora) del público estaba a favor de la pena de muerte. Los ejemplos del Reino Unido, Francia, Alemania y las nuevas democracias de Europa del Este son la prueba de que una opinión pública contraria no debe ser ni un factor decisivo en la toma de decisiones políticas, ni desembocar en conflictos graves o en un menor apoyo a los partidos políticos que llevan a cabo el proceso abolicionista. El proceso de la abolición en los países europeos (teniendo en cuenta los procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial) se caracteriza por los detalles. Alemania respondió con la abolición de la pena de muerte a las atrocidades del régimen nazi (sin tener en cuenta la opinión pública ya que la abolición no se discutió desde el punto de vista de los fines instrumentales o expresivos de la pena capital). En Francia, la abolición de la pena de muerte es el signo de identidad de la llegada del Gobierno socialista y el cierre de un período dominado por la política conservadora. En el Reino Unido, los discursos abolicionistas se centraron en la condena de inocentes. Posteriormente, a partir de la década de los 70 dentro del marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea se desarrolló una dinámica que dio lugar a la inmediata abolición de la pena de muerte en las nuevas democracias a partir de 1990 (aquí la abolición de la pena de muerte sirvió, por

⁵¹ Para el caso de los EE.UU., vid. Richard, C.D.: *Sentencing for Life: Americans Embrace Alternatives to the Death Penalty*, Death Penalty Information Center. Washington, April 1993; Death Penalty Information Center: *The Death Penalty in 2010. Year End Report*. Washington, December 2010, p.1; en el caso de China, vid. Oberwittler, D.; Shengui, Qi. *Public Opinion on the Death Penalty in China*, Freiburg 2009, p. 15.

supuesto, también como símbolo de ruptura con las nuevas democracias respecto a los regímenes autoritarios anteriores).

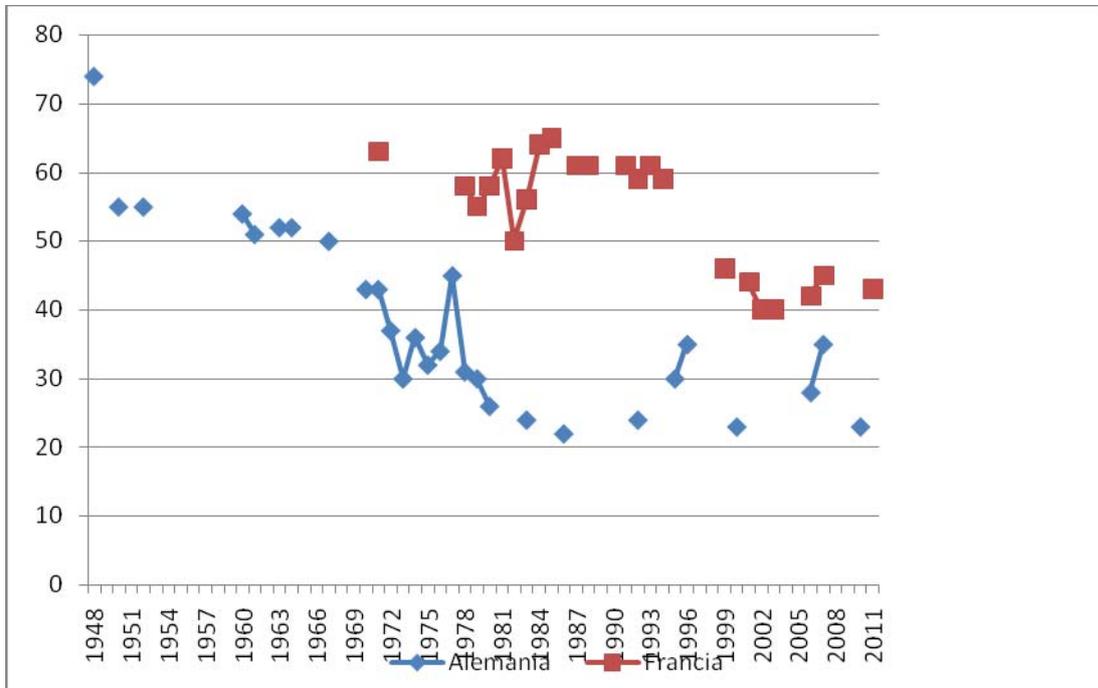
El apoyo a la pena de muerte puede cambiar con el tiempo. En Alemania (así como en otros países europeos) se ha observado que cuando la pena de muerte se abolió en 1949, el apoyo hacia la misma cayó rápidamente⁵². En el momento de la abolición la opinión pública alemana apoyaba mayoritariamente la pena de muerte, 50 años después, la tasa se ha reducido al 23% (véase el gráfico 4). El cambio significativo en la opinión pública (el momento en que la mayoría se opuso por primera a la pena de muerte) se produjo a finales de la década de los 60⁵³ y está probablemente relacionado con el cambio social y político característico de la época. En Francia, la pena de muerte fue abolida en 1981, poco después de que el presidente socialista Mitterrand llegara al poder y cuando la opinión pública estaba claramente a favor de la pena de muerte. La opinión pública francesa después de la abolición cambió lentamente de dirección. En el nuevo milenio, los partidarios de la pena de muerte se han convertido en una minoría. Y es así, como en un largo período de tiempo emerge una clara mayoría posicionada en contra de la pena de muerte que se corresponde con los cambios legislativos impulsados por el gobierno. También en Rusia, donde una moratoria sobre la pena de muerte impide llevar a cabo ejecuciones desde 1996, se aprecian cambios en la opinión pública. De acuerdo con una encuesta realizada por el *Yury Levada Analytical Center*, el 37% de los entrevistados en 2009 quería reintroducir la pena de muerte, mientras que en el año 2000 la proporción de partidarios fue mucho mayor y se situó en el 54 %⁵⁴.

⁵² Reuband, K.H. „Sanktionsverlangen im Wandel. Die Einstellung zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950“. En *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, nº 32, 1980. pp. 535-558.

⁵³ *Ibidem*, p. 342.

⁵⁴ www.angus-reid.com/polls/view/fewer_russians_would_restore_death_penalty/.

Gráfico 4: Apoyo de la opinión pública a la pena de muerte (% a favor de la pena de muerte) en Alemania (abolición de la pena de muerte en 1949) y en Francia (abolición de la pena de muerte en 1981)



Fuente: www.ifd-allensbach.de/news/prd_0214.html; BAIER, D. et al.: *Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse und wahrgenommene Kriminalitätsentwicklung*, Hannover, 2011, p. 62; http://www.tns-sofres.com/etudes/pol/231001_peinedemort.htm.

Desde una perspectiva político-criminal, la pregunta que debe finalmente hacerse es si la opinión pública está legitimada para condicionar el destino político de la pena de muerte. Por supuesto que las sanciones penales efectivas requieren el apoyo de la sociedad en general para que la legitimidad (y aceptación) de la ley no se vea amenazada. Sin embargo, deben existir límites al papel de la opinión pública. De hecho, en las diversas formas de la democracia representativa, los partidos políticos cumplen una función muy importante en la determinación de la agenda política y actúan como líderes de la opinión pública. La prueba de que la opinión pública sobre la pena de muerte es inconsistente y muy propensa a cambios⁵⁵ hace destacar la importancia de los

⁵⁵ Zimring, F.E.; Hawkins, G. "The Path toward the Abolition of Capital Punishment in the Industrial West". En *Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 58, 1988, p. 669; Grahl-madsen, A. *op. cit.*, pp. 669-688, p. 680.

partidos políticos y el juego de las élites políticas en la conformación de la opinión pública y la abolición de la pena de muerte⁵⁶. Durante años, las investigaciones han demostrado que la opinión pública sobre la pena de muerte varía cuando se utilizan diferentes métodos de votación en oposición a la fórmula “a favor o en contra de la pena de muerte”. Por ejemplo, en una reciente encuesta en los EE.UU. sobre la pena de muerte que proporcionó como opciones “pena de muerte”, “cadena perpetua no revisable ni conmutable”, “cadena perpetua no revisable”, “cadena perpetua revisable”, sólo el 33% de los encuestados apoyó la pena de muerte⁵⁷. Sin embargo, si se utiliza la fórmula “a favor o en contra”, dos terceras partes de las personas encuestadas se pronunciaron a favor de la pena de muerte⁵⁸. Hasta el momento, la abolición de la pena de muerte –frente a un amplio apoyo de la opinión pública- no ha tenido un efecto negativo a largo plazo sobre las élites políticas o partidos políticos. Por el contrario, las élites políticas contrarias pueden desempeñar un papel de liderazgo fundamental: pese a que la abolición puede no ser popular, las investigaciones demuestran que esta tendencia puede cambiar con el tiempo hasta que una mayoría abrumadora del público coincida con la decisión política por la que se suprime la pena de muerte⁵⁹. En Francia, una encuesta de opinión pública sobre los logros políticos del antiguo Presidente Mitterrand muestra que el impulso a la abolición de la pena de muerte ocupa el puesto más alto⁶⁰. Este hallazgo se corresponde con los resultados de la investigación sobre la relación entre política criminal y opinión pública en general. Es a los políticos a los que les corresponde determinar la agenda político-criminal y, en consecuencia, formar la opinión pública y concienciar al público (sobre cuestiones políticas específicas)⁶¹.

A este respecto, arroja interesantes resultados una encuesta longitudinal realizada anualmente con los estudiantes que se matriculan en la facultad de derecho de la

⁵⁶ Zimring, F.; Hawkins, G. *Capital Punishment and the American Agenda*. Nueva York. Cambridge University Press, 1986; Kelley, J. Y Braithwaite, J. Public Opinion and the Death Penalty in Australia”. En *Justice Quarterly*, nº 7, 1990, pp. 529-563.

⁵⁷ *Death Penalty Information Center: The Death Penalty 2010, Year End Report*, Washington, 2010, p. 1.

⁵⁸ GALLUP: En EE.UU., el 64% de la población apoya la pena de muerte en casos de asesinato, 8 de noviembre de 2010.

⁵⁹ J.: Kelley, J; Braithwaite, J. *op. cit.* pp. 529-563.

⁶⁰ <http://www.ipsos.fr/ipsos-public-affairs/sondages/francois-mitterrand-bilan-contraste-quatorze-annees>.

⁶¹ Beckett, K. *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford, 1997; Beckett, K. “Political Preoccupation with Crime”. En *Overcrowded Times*, nº 8, 1997. pp. 1, 8-11.

Universidad de Giessen⁶². La encuesta cubre las actitudes sobre la pena de muerte. La serie temporal (1976-2003) demuestra que la oposición a la pena de muerte disminuye considerablemente. Mientras que en 1976 el 75% de los encuestados expresaron su oposición a la pena de muerte, este porcentaje se redujo al 42% en 2003. Sin embargo, el porcentaje de los partidarios de la pena de muerte sólo aumentó ligeramente de un 5% en 1976 al 17% en 2003. Más pronunciado es, en cambio, el aumento en el número de indecisos a la hora de apoyar u oponerse a la pena de muerte. Mientras que la proporción de indecisos fue de aproximadamente un 20% en 1976, en 2003 más del 40% se mostró indeciso. Parece que entre los jóvenes alemanes la estricta oposición a la pena de muerte pierde terreno, lo que no significa que los jóvenes defiendan la tesis contraria, pero, los cambios tal vez se pueden interpretar como un paso hacia la neutralidad y/o como un reflejo de la creciente incertidumbre en cuanto a cómo los sistemas de sanción penal deben desarrollarse en el futuro. El creciente número de personas indecisas podría ser una señal de que el camino hacia la abolición no es irreversible⁶³, sino más bien que el apoyo a la pena de muerte puede gestarse de nuevo.

Todavía hay otro punto de vista desde el que plantear las preguntas relativas a la opinión pública. Los países que mantienen la pena de muerte a veces la justifican con las nuevas amenazas que surgen debido al cambio de las condiciones económicas, sociales y culturales. La corrupción, el narcotráfico, los delitos económicos, la falsificación, el tráfico de personas sin duda son una expresión de la rápida transición económica y al mismo tiempo, de las nuevas libertades. Junto a un público que reclama con fuerza la pena de muerte (probablemente a través de las emociones de una localidad, los medios de comunicación y los blogs de Internet) y advierte de las nuevas amenazas y de la necesidad de evitar la inestabilidad social, dicho argumento sirve para justificar la adopción de políticas que aceptan la abolición de la pena de muerte como un objetivo, pero la retrasa a un futuro lejano. Ello permite que la política criminal también se centre en la adopción de decisiones sobre las (nuevas) amenazas

⁶² Kreuzer, A. „Vergleichende Online-Delinquenzbefragung Gießen-Madison 2003“. En Damm, R. ; Heermann, P.W., R. Veil, R. (eds): *Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2005, pp. 539-558.

⁶³ Kreuzer, A. „Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA“. En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 8, 2006, pp. 320-326, p. 320.

estrechamente relacionadas con la inseguridad y los sentimientos particulares de inseguridad.

IV. Conclusiones.

¿En qué condiciones se puede apelar a un castigo más severo (incluyendo la pena de muerte) y los legisladores y los políticos tienden a justificar el castigo severo con las demandas de la opinión pública de dicho castigo? La investigación reciente en los países occidentales ha demostrado que las actitudes punitivas están estrechamente vinculadas a los sentimientos de inseguridad⁶⁴. La sensación de inseguridad está más estrechamente relacionada con la desconfianza. Cuanto mayor es la desconfianza hacia el Estado y las instituciones del Estado, más se ve el público afectado por la inseguridad. Esta ruta -cambios rápidos, desconfianza, inseguridad y demanda de castigos severos- se puede explicar. Sin embargo, provoca la pregunta de qué alternativas existen para responder a la inseguridad y desconfianza que sin duda no se puede evitar totalmente en períodos de transiciones económicas. La investigación internacional comparada muestra que la desconfianza está fuertemente correlacionada con la inseguridad social y la incertidumbre de cara al futuro⁶⁵. Cuantas más personas se sientan seguras y menos se sientan inseguras de su destino, más confiarán en las instituciones del Estado y menos van a reclamar un castigo severo. Casi más importante es, sin embargo, el hecho de que la preocupación conlleve a que en tales condiciones los políticos no acudirán a un castigo severo.

Por tanto, la política criminal y las normas de política criminal tienen que incorporarse (otra vez) a una política social general que haga intentos serios para reducir la incertidumbre y la inseguridad y generar confianza a nivel vertical y horizontal.

⁶⁴Hummelsheim, D. et al. "Social Insecurities and Fear of Crime: A Cross-National Study on the Impact of Welfare State Policies on Crime-related Anxieties". En *European Sociological Review*, nº 27, 2011, pp. 327-345.

⁶⁵Lappi-Seppälä, T. "Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies". En Tonry, M. (ed.). *Crime and Justice. A Review of Research*, Vol. 37, Chicago, London, 2008, pp. 313-387.