

La idea de "peligrosidad" como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez"

Ziffer, Patricia S.

SUMARIO: I. Introducción: El rechazo de la "peligrosidad". — II. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez". — III. El problema de la "reinserción social del condenado" como pretensión de rango constitucional. — IV. El problema de la legitimación de la prevención especial. — V. La prevención especial frente a las exigencias del Estado de Derecho. — VI. El compromiso: las "teorías de la unión". — VII. La prevención especial y la "eliminación de los "peligrosos"". — VIII. Conclusión: no hay prevención especial sin criterios de "peligrosidad".

I. Introducción: El rechazo de la "peligrosidad"

Pocas expresiones gozan de tan mala fama entre los penalistas de América Latina y argentinos en particular, autodenominados "liberales", como el concepto de "peligrosidad". La fórmula es considerada el resabio de teorías positivistas lombrosianas, susceptibles de generar persecuciones raciales y políticas. En verdad, semejante resquemor no puede sorprender en un país permanentemente marcado por la descalificación de todo potencial oponente como "enemigo", y consiguientemente, como "peligroso".

En sociedades o coyunturas políticas proclives al temor y a la persecución es natural (¡y deseable!) que aumente la desconfianza del jurista frente a todo intento legislativo de actuar frente a "peligros", pues pocos frenos al poder estatal son tan efectivos como la exigencia de un "hecho" como presupuesto mínimo para la intervención estatal. Cuando el Estado extiende su potestad punitiva a los momentos previos a la exteriorización de la conducta que ya implique arrogarse ámbitos de libertad ajenos (1), los límites se difuminan peligrosamente para las garantías propias del Estado de Derecho. Lo decisivo ya no es lo que el hombre hace, sino aquello que no es posible saber realmente si alguna vez hará: la perspectiva dominante es la del futuro. Para calificar a un individuo como "peligroso", y actuar sobre él, conceptualmente, no existe ninguna necesidad de que haya realizado conducta alguna. La injerencia no se determina por la "gravedad del hecho", sino según las características del afectado. De allí que un Derecho penal "peligrosista" pueda ser considerado como el antónimo más preciso de un Derecho penal "democrático".

No obstante, aun en los países democráticos, los Códigos penales están plagados de "delitos de peligro", que, según su modalidad, no siempre son conciliables con una visión estricta del Derecho penal de hecho. En una rápida generalización, en particular las figuras de adelantamiento son vistas como "excepciones" que, bajo ciertas condiciones, autorizan la intervención penal "anticipada", y dentro de ciertos límites, con el objeto de evitar "a tiempo" que se concrete una conducta potencialmente riesgosa y que el Derecho penal, por ello, "llegue demasiado tarde" (2).

Pero, en todo caso, en los delitos de peligro, lo que se describe como peligroso es una situación o una conducta predeterminadas objetivamente y que el autor, en esa medida, ya ha realizado cuando sufre la reacción estatal "pena". Algo que, por principio, es bien distinto a aplicar la denominación de "peligroso" al ciudadano en sí, a partir de sus características personales, a fin de, sobre esa base, restringir sus derechos en forma drástica, o incluso, suprimirlos definitivamente, mediante el Derecho penal o civil de medidas.

Sin embargo, especialmente cuando se trata de delitos de peligro con estructura de "adelantamiento" (3), ambas situaciones tienen un importante punto en común: el juicio sobre el "peligro" depende, básicamente, de la conducta antijurídica futura del afectado, al menos en parte

se remite a ella. Aun cuando la legitimidad de los delitos de peligro se relacione con la posibilidad de que la conducta ya exteriorizada por el agente pueda ser definida per se como peligrosa, lo cierto es que el legislador presume que existe cierta probabilidad de que, de no intervenir, pueda llegar a cometerse un delito más grave. Pues en rigor es ese, y no otro, el sentido de los delitos de peligro en los "tipos de adelantamiento". La diferencia, en todo caso, reside en el punto de apoyo del juicio de peligrosidad: una situación descrita "objetivamente" y de antemano, en los delitos de peligro, frente a una inferencia "subjetiva" concretamente referida a características personales no predeterminadas, en los criterios legales tradicionalmente tachados de "peligrosistas".

Este último aspecto es el que genera el rechazo, en principio casi unánime. No obstante, en el Código Penal argentino subsisten las referencias expresas y tácitas a la "peligrosidad" del autor. Ellas han sobrevivido, incólumes, a innumerables reformas y contrarreformas legales. Frente a ello, cabe preguntarse si esto es la consecuencia de las influencias positivistas sobre los redactores del texto legal que pasaron inadvertidas a los controles legislativos posteriores — que supuestamente deberían haberlas suprimido, cuando en ciertos casos se han introducido más decisiones legales condicionadas a la peligrosidad (4)—, o bien, si existen razones materiales que, pese a los temores, justifican su presencia o la hacen inevitable.

El objetivo de este trabajo es el de indagar si existen esas razones, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Fermín Ramírez" parece rechazar en forma absoluta.

II. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez"

A) La pregunta acerca de si son legítimas las referencias a la peligrosidad presentes en nuestra ley penal se vuelve aún más urgente, en efecto, si se atiende a las duras expresiones en contra de ese concepto vertidas por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala" (5). El fuerte rechazo de la peligrosidad plasmado en dicha sentencia, por lo demás, constituyó uno de los principales argumentos con los que la Corte Suprema de la Nación Argentina declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado para el multirreincidente (art. 52, CP arg.) (6), en tanto dicha regla se fundamenta en la peligrosidad social del reincidente (7).

Como es frecuente en las demandas que son llevadas ante la Corte Interamericana, en el caso "Ramírez", el tribunal detectó múltiples violaciones a derechos consagrados por el Pacto de San José de Costa Rica. En lo que aquí interesa, baste señalar que el demandante había sido condenado a pena de muerte, como consecuencia de la interpretación del tribunal de juicio, que consideró que correspondía aplicar la agravante prevista por el art. 132 del Código Penal guatemalteco, para supuestos de asesinato en los que "por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente" (8).

Si se prescinde de la descripción de los hechos, y especialmente, de la fuerte interferencia que produce la circunstancia de que la pena impuesta haya sido la de muerte, la sola lectura de la norma cuestionada, por sí misma, no necesariamente debería llevar a un rechazo tan drástico como el manifestado por la CIDH, p. ej., puede no ser irrazonable la restricción del último párrafo del mismo artículo: "... no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa". A pesar de la antipatía que prima vista suscita la expresión "peligrosidad" cuando ella aparece como factor de determinación de la pena (aquí, como fundamento explícito de una pena agravada), su presencia parece ser tolerada también por quienes denostan el llamado "Derecho penal de autor". Así, en Argentina la peligrosidad está presente desde siempre en el art. 41 del Cód. Penal, y ello ha sido aceptado por diferentes vías argumentales (9). Incluso, se la ha considerada la base de la

determinación de la pena en el derecho argentino (10), y no ha sido ajeno a la interpretación argentina el equiparar la peligrosidad a la culpabilidad misma (11), una interpretación que, frente a la redacción del art. 41 del Cód. Penal argentino, resultaba bastante más forzada, en comparación con lo que surge del texto guatemalteco. En efecto, en la medida en que este texto se refiere, claramente, a las circunstancias particularmente graves del hecho, si se entendiera que cuando se habla de peligrosidad, en realidad, se hace referencia a la peligrosidad previa, revelada en el hecho cometido, o en otras palabras, a que el autor haya sido capaz de cometer un hecho de tal gravedad (la peligrosidad equiparada a la "energía criminal"), no se advierte que exista violación alguna al principio de culpabilidad por el hecho. Allí no se hace ninguna referencia a las calidades personales, ni a la conducción de vida, ni a la posibilidad de reincidencia, ni a ninguna circunstancia "futura".

Por otro lado, un tribunal internacional debería tomar en consideración que la decisión de imponer la pena más dura posible en hechos de asesinato especialmente graves es tradicional en todas las legislaciones, también en la argentina; así como también es tradicional que frente a tales hechos, bajo la invocación de la "gravedad del hecho", se impongan penas que tienen el efecto, buscado o no, de producir la "eliminación" social del condenado, sea por medio de la pena de muerte, como en el ejemplo guatemalteco, o por medio del encierro perpetuo, como en el derecho argentino.

B) Pero ese no fue el punto de vista interpretativo que predominó en la Corte Interamericana, y, en parte, razonablemente, ya que no parece haber sido esa la interpretación dominante en el país demandado. Según se señala en la sentencia, "la agravante de peligrosidad no ha sido definida expresamente dentro de la jurisprudencia guatemalteca. Algunos tribunales hablan de peligrosidad social y otros de peligrosidad criminal. La doctrina señala que la peligrosidad social no puede ser invocada en un estado democrático de derecho, en cuanto corresponde a un Derecho penal de autor. La peligrosidad criminal implica el juicio del tribunal sobre la probabilidad de que el acusado cometa nuevos delitos en el futuro, cuando es inimputable y se discute la necesidad de aplicar una medida de seguridad. (...)" (12). En tales condiciones, estrictamente, no existía ningún apoyo en el derecho interno para intentar una interpretación de la "peligrosidad" que resultara conciliable con un Derecho penal de culpabilidad.

Por otro lado, equiparar completamente la "peligrosidad" a la "culpabilidad" — en un sentido similar a lo que ha intentado la doctrina argentina para preservar el art. 41 del Cód. Penal (13)— es pura cosmética. Aun cuando la peligrosidad se derive de los hechos efectivamente cometidos, tiene poco sentido utilizar la expresión si no se la está refiriendo al futuro y si no se pretende con ella "atenuar" los efectos del principio de culpabilidad (14), o bien, suprimirlo completamente.

Al expedirse en el caso "Fermín Ramírez", la Comisión Interamericana consideró que el Estado guatemalteco había incurrido en una violación del derecho de defensa al no expresar fundamento alguno con respecto a la peligrosidad del agente, y al haber concluido que revelaba una mayor peligrosidad a partir de "una relación de las mismas circunstancias que utilizó como agravación del delito" (15). La violación al derecho de defensa se consolidó en cuanto la acusación no se refirió a las circunstancias que demostraban la peligrosidad invocada.

La Corte, en cambio, desplazó el acento hacia otro aspecto del caso, y consideró que el problema decisivo no se centraba en la violación al principio de congruencia. Si bien reconoció que había existido una infracción procedimental seria, señaló que la valoración de la peligrosidad de Ramírez iba más allá de un problema procesal, y que se traducía en una lesión al propio principio de legalidad. De este modo, admitió expresamente el argumento central de los representantes del demandante, quienes habían alegado que la introducción de valoraciones subjetivas en un tipo penal, como la peligrosidad del delincuente o las características personales del autor, constituye una violación de dicho principio.

Así, la Corte indicó que "el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser

analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del art. 8 de la Convención. Esta invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía" (16). "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo — con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (17).

A partir de tales consideraciones, la Corte IDH concluye que la introducción en la ley penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención (18).

III. El problema de la "reinserción social del condenado" como pretensión de rango constitucional

A) En su parte resolutive, la sentencia de la Corte Interamericana ordena al Estado guatemalteco que se abstenga de aplicar la parte del art. 132 del Cód. Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, y que deberá modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su art. 2, "de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el art. 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto" (19).

Pero, entonces, si la peligrosidad significa un "retorno al pasado" que "abre la puerta autoritarismo", la probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos ¿nunca puede ser un argumento para justificar un aumento de pena? ¿No existe ninguna vía legítima de fundar el encierro en la peligrosidad? ¿Es ilegítimo pretender que la pena cumpla una función de "aseguramiento" en cualquier sentido imaginable?

Tomados al pie de la letra, los fuertes términos del fallo "Ramírez" no parecen dejar dudas con respecto a la respuesta a estos interrogantes, y ya el mero plantearlos suena casi irreverente: en el Derecho penal, en el que se encuentran en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía, no puede haber ningún lugar — así se piensa— para consideraciones "peligrosistas" ni para pronosticar futuras reincidencias por parte del condenado, mucho menos para aumentar la pena sobre esa base.

B) Sin embargo, esta conclusión sería apresurada, al menos con semejante extensión. En efecto, más allá de la justicia final de la decisión del caso, la cuestión de la "peligrosidad" es mucho más compleja que lo que dejan entrever las consideraciones de la sentencia. Pues un Estado republicano, limitado por el principio de proporcionalidad de los actos públicos, no puede dejar de preguntarse por los efectos de una pena sobre un sujeto en concreto, si evitará que el condenado vuelva a cometer delitos, si carecerá de toda consecuencia o si la impondrá "a cualquier precio" a fin de demostrar la vigencia de la norma; y esta ponderación de las consecuencias del actuar estatal no es posible, sin reflexionar acerca de cuáles son las probabilidades de que ese sujeto vuelva a reincidir. En otras palabras: una veda absoluta de la "peligrosidad" sólo es posible en el marco de un Derecho penal dominado por una concepción absoluta de la pena, en la que la idea de prevención (ide delitos futuros!) no juegue ningún papel.

No obstante el resquemor que la noción de "peligrosidad" pueda generar, lo cierto es que negar toda posibilidad de que la reincidencia pueda agravar o atenuar penas, sea como circunstancia legal específicamente prevista para un tipo penal o como regla general de determinación de la pena (como en el art. 41, CP arg.) es negar el mandato del Pacto, según el cual "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social del condenado" (art. 5, inc. 6, CADH). Mal que le pese a muchos, no hay prevención especial posible sin consideraciones de peligrosidad. Ciertamente, es posible evitar la palabra y utilizar expresiones que suenen más "democráticas", como "pronóstico de reinserción social" (cf. art. 13, CP arg.) o "reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos" (art. 27 bis, CP arg.). Pero lo que no conviene hacer es eludir la realidad o esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, y esto no es otra cosa que "peligrosidad".

Pretender orientar la ejecución de la pena a la reinserción social del condenado sin corregir dicha ejecución según las posibilidades de que ese condenado en concreto, según su personalidad y sus circunstancias presentes y pasadas (esto es, sus antecedentes), vuelva a cometer un delito, no parece posible. Pues todo el sistema de ejecución penal se sostiene en pronósticos acerca de los avances y retrocesos en la resocialización del condenado, es decir, en juicios, referidos al futuro, más o menos favorables, con relación a la posibilidad de que reincida.

Tampoco se podría sostener, seriamente, que los pronósticos peligrosistas sólo se utilizan para atenuar los efectos de una pena adecuada al ilícito culpable ya dictada, y que, por lo tanto, sólo de ese modo no se vería afectado ningún derecho constitucional. En primer lugar, para que ello fuera así, todas las decisiones fundadas en la peligrosidad deberían ser en favor de la atenuación de la privación de libertad, y sabemos que esto no es así, ni puede serlo. Cada vez que se ejecuta una condena en la que, en abstracto, sería posible la ejecución condicional, cada vez que se deniega una salida transitoria o una libertad condicional, la posibilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos no es un argumento irrelevante. Cada una de estas decisiones se sustenta, básicamente, en pronósticos de peligrosidad. En segundo lugar, ya por razones lógicas, siempre que se formula un argumento fundado en datos de peligrosidad futura queda implicada una decisión perjudicial, también cuando, en apariencia, se atenúa una decisión en razón de la escasa peligrosidad a esperar. Pues toda decisión de atenuación para A, por falta de peligrosidad, implica lógicamente la denegación de esa atenuación para B, si no se da la misma situación de falta de peligrosidad. Dicho de otro modo: toda atenuación implica lógicamente una agravación para la situación contrapuesta.

C) En suma, todo instrumento legal orientado a la prevención especial, sea en la configuración de la ejecución de la pena, sea como prevención especial pura — bajo la forma de las llamadas "medidas curativas y de seguridad"— funcionan, implícita o explícitamente, con apoyo en pronósticos de peligrosidad.

Desde cierto punto de vista, parece posible afirmar que no siempre se trata de lo que puede llamarse peligrosidad en sentido "estricto" — entendida como juicio sobre el comportamiento futuro ("A volverá a cometer un delito")—, sino que, en ciertas situaciones, entraría en juego el pronosticar los efectos, positivos o negativos, de determinada pena. Pero en todos los casos, inevitablemente habrán de ser tomadas en cuenta las características personales y sociales del sujeto, y a partir de ellas, ponderadas también posibles conductas o situaciones futuras.

Por cierto, también se podría argumentar que cuando se habla de "resocializar" no se trata sólo de pensar en que el sujeto volverá a cometer delitos, sino que lo que está en discusión sería, acaso, la posibilidad de brindarle medios e instrumentos para desarrollar una vida digna. Es verdad que esto, en parte, es así. Pero no se debe olvidar que tanto en el tratamiento penitenciario, como en la aplicación de medidas curativas, no siempre se trata de una oferta generosa de ayuda social, sino

de ayuda coactivamente impuesta, y, como tal: de una restricción a ámbitos de libertad del sujeto pasivo de la reacción. Y donde empieza la coacción, se terminan los argumentos tuitivos (protección o beneficencia). Si el fundar una medida en la peligrosidad violase una garantía básica de los derechos del Hombre cuando ella reforzara la pena misma impuesta a un imputable, también tendría que violarla al ser impuesta a un inimputable.

Por lo demás, el único modelo "democrático" de "readaptación" que la ejecución de la pena podría imponer como modelo de "vida digna" es el de una vida "sin delitos". En este sentido, no se puede negar que cuando una norma legal se orienta a evitar los "efectos desocializantes" de una cierta pena (por ejemplo, la ejecución condicional respecto de las penas privativas de libertad de corta duración), el aspecto más craso de desocialización posible es la creación de situaciones que fomenten la comisión de delitos, esto es, que sea la propia pena la que convierta al sujeto en "peligroso", en miras al futuro.

IV. El problema de la legitimación de la prevención especial

A) La presencia de la finalidad de prevención especial en el Pacto de San José debería dejar fuera de toda duda no sólo la legitimidad de que el Estado persiga la readaptación social del condenado, sino que, además, el orientar la privación de libertad a tal objetivo es una obligación de derecho internacional (20). Sin embargo, como lo demuestra el caso "Fermín Ramírez", los fines "resocializantes" de la pena también tienen su cara oscura.

Según el conocido esquema de la prevención especial elaborado por Franz von Liszt en el Programa de Marburgo, el Derecho Penal no tiene por finalidad ejercer retribución, sino prevenir otros delitos por parte del delincuente. Para el logro de este objetivo, la pena puede actuar de tres maneras: como amenaza, respecto de los delincuentes intimidables, como instrumento de corrección, respecto de los no intimidables, pero susceptibles de ser corregidos, y finalmente, como medio de aseguramiento de la comunidad frente a aquellos autores que no resultan alcanzables por la pena, los incorregibles (21).

En cualquiera de sus formulaciones, positiva ("resocialización") o negativa ("intimidación o aseguramiento"), la teoría de la prevención especial aparece como la antítesis de la retribución y del castigo justificado por sí mismo. Como lo señalaba Exner, la idea de prevención especial se presenta como la vía para "racionalizar" la retribución (22). Desde este punto de vista, no puede sorprender su presencia en el Pacto de San José, pues es innegable que perseguir como finalidad la "readaptación social" tiene una cara humanista, que se preocupa por los efectos nocivos que puede tener el encierro y que intenta darle un sentido positivo a la ejecución de las penas de privación de libertad. Al mismo tiempo, por esa vía se refleja en el Derecho penal el Estado "social" de Derecho, no sólo por medio del intento de asumir la compensación de los posibles déficit sociales del condenado, sino también postulando, bajo ciertas condiciones, la renuncia a la señalización del hecho como disvalioso. Sobre esta base, en el sistema legal argentino, la ejecución de la pena privativa de libertad se estructura de tal manera que, a partir de cierto momento, el encierro efectivo ya no aparece como necesario para afirmar la norma a costa del autor, y la necesidad de contrarrestar los efectos perniciosos de la privación de libertad adquiere preponderancia a través de la atenuación del encierro y de formas condicionales de recuperación anticipada de la libertad. Del mismo modo, cuando se trata de hechos de menor gravedad, la posibilidad de que la prisión provoque un daño social significativo es ponderada como un valor de mayor peso que la necesidad de marcar la infracción a la norma con una señal más clara, como la prisión. Tal el caso de la condena de ejecución condicional o las reglas de prescindencia de pena previstas respecto de los menores.

B) Sin embargo, a pesar de las ventajas que se le puedan señalar, toda prevención especial es vista con recelo dentro de un Estado liberal, y no sólo en sus aspectos "negativos", dirigidos a producir la eliminación y aseguramiento de los sujetos peligrosos. También la prevención especial positiva genera resquemores, en la medida en que todo intento "resocializante", en definitiva, coloca al Estado en posición de superioridad frente a la autonomía del individuo, y le otorga posibilidades de control y supervisión que representan claros peligros desde la perspectiva de las libertades individuales, o como lo formula la Corte Interamericana, "abre la puerta al autoritarismo".

En este sentido, cabe recordar que ya la idea misma de "resocialización" ha sido criticada con énfasis desde diferentes puntos de vista. Entre otras objeciones, se ha dicho al respecto que los esfuerzos terapéuticos no son más que el ejercicio del poder dominante, que el hombre termina convertido en mero instrumento en manos del terapeuta, que se trata de una adecuación coactiva al statu quo, que los riesgos de instrumentalización de la persona son difíciles de eludir, etc. (23).

Efectivamente, existe una evidente relación de tensión entre las injerencias de prevención especial y los derechos fundamentales, que no es del todo solucionable. La intimidad del sujeto, su moralidad y la totalidad de sus formas de conducta se convierten en objeto de coacción estatal (24). Un claro ejemplo lo constituyen las terapias de rehabilitación de drogadependientes coaccionadas bajo amenaza de pena, o incluso, los tratamientos en casos de inimputabilidad. Tampoco al inculpable se le reconoce "a right to be different", sino que, por lo menos en los casos de situaciones psiquiátricas agudas y falta de conciencia de la enfermedad, el tratamiento es llevado adelante aun en contra de la voluntad del afectado (25).

Desde otro punto de vista, las objeciones a que se halla expuesto un Estado que persigue la resocialización no son sólo de filosofía moral. Las dificultades prácticas que plantean los programas dirigidos a esta finalidad, así como los datos empíricos que hacen evidente el fracaso diario de penas supuestamente dirigidas a la readaptación, también constituyen argumentos de peso que dificultan una legitimación irrestricta de la prevención especial, en particular, cuando la injerencia estatal se apoya en el objetivo de lograr la prevención especial positiva. Paradójicamente (o quizá, ello no deba sorprender), ha sido la Criminología, que colaboró a apoyarla y a imponerla, la que también la puso en crisis. Pues han sido las diversas investigaciones empíricas acerca de los efectos de las sanciones y el tratamiento las que dejaron al descubierto los humildes resultados de las intervenciones de esta naturaleza (26).

C) Por otro lado, es indudable que la solidez de toda justificación de una injerencia basada en la prevención especial se sostiene o se cae con la posibilidad de determinar con cierta seguridad la "peligrosidad", y son conocidas las dificultades, o la imposibilidad, de pronosticar conductas humanas con alguna seriedad (27). Mantener privada de su libertad a una persona sobre la base de una sospecha insegura, con el solo fin de aventar los miedos y temores presentes en la sociedad es un objetivo que no puede ser legitimado (28).

Aun así, a pesar de las dificultades prácticas y de las objeciones teóricas y filosóficas, continúa subsistente la idea de que las penas privativas de libertad de larga duración han de tener su contrapartida en la pretensión de que un "tratamiento" durante la ejecución les dé algún sentido, que respete al penado como miembro de la comunidad y que aproveche sus posibilidades de resocialización (29). Aun cuando los resultados que se exhiben en esta dirección sean conocidamente magros, la idea de resocialización parece seguir siendo la única que logra paliar de algún modo las conocidas falencias de los instrumentos de sanción, en el intento de tornarlos más humanos y de brindar ofertas de socialización y terapia (30). Por otro lado, a pesar de que los intentos preventivo-especiales puedan tener cierta tendencia a tornarse desproporcionados, lo cierto es que, bien entendidos, ellos son susceptibles de ser limitados por la propia finalidad que los guía, ya sea que el logro del objetivo o el reconocimiento de la imposibilidad de alcanzarlo (31)

tornen innecesaria la injerencia.

V. La prevención especial frente a las exigencias del Estado de Derecho

Las posibilidades del Estado de "prevenir" peligros y de producir injerencias con anterioridad a que se manifieste un "hecho" tienen, dentro del Derecho penal, barreras constitucionales. La finalidad de prevención del delito no puede ser llevada adelante a cualquier costo, y son los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad los que, junto al principio de reserva, asumen la función primordial de limitar al Estado en la persecución de dichos fines. Esto tiene su reflejo no sólo en la existencia de límites para la configuración de tipos penales de "adelantamiento", sino que, además, existen restricciones a la actividad estatal orientada a prevenir los futuros delitos que podría llegar a cometer un individuo en concreto (e.g., el principio de reserva).

En el caso particular de los problemas que se plantean respecto de la imposición de penas, la tendencia a la desmesura y desproporción — a que podría conducir la persecución de fines resocializantes por parte del Estado— se manifiesta en la conflictiva relación entre principio de culpabilidad y prevención especial. Esta tensión aparece expresada no sólo conceptualmente, sino que se manifestó en arduas discusiones doctrinarias y legislativas (32), de las cuales dan cuenta en Argentina el enfrentamiento entre Soler y el positivista Ramos (33).

El conflicto potencial entre ambos objetivos es claro. Si lo que se pretende por medio de la injerencia penal es suprimir la peligrosidad del sujeto, — o bien, para decirlo en términos "políticamente correctos", "reinsertar socialmente" —, el principio de culpabilidad aparece como una traba innecesaria e injustificada. Pues lo que importa no es retribuir o señalar la "gravedad del hecho", sino que lo que se intenta es actuar sobre la persona. Nuevamente: interesa el futuro, no el pasado.

Por similares razones, "resocialización" y principio de legalidad tampoco se llevan bien (34). La prevención especial, para ser tal, exige una estricta individualización, pues ella sólo promete resultados si se toman cuidadosamente en cuenta las condiciones específicas de aquel sobre quien se actúa (35). Pero semejante exigencia con respecto a la consideración de las particularidades del caso no es realizable si una norma general restringe de antemano los criterios relevantes. La competencia reza: generalidad vs. singularidad. Por otro lado, dado que no es posible conocer ex ante cuál es la intensidad de la injerencia necesaria para contrarrestar las tendencias delictivas del sujeto, tampoco es posible establecer una pena determinada en el sentido del art. 18, CN. Las penas orientadas exclusivamente a la prevención especial son penas necesariamente teñidas de un componente de indeterminación (36).

VI. El compromiso: las "teorías de la unión"

Son conocidas las dificultades que aparecen cuando se pretende que la pena cumpla "varios" fines, fundamentalmente, que "combine" retribución, prevención general y prevención especial. Desde algún punto de vista, es posible pensar que la adecuación de la pena a la culpabilidad también tiene significación desde el punto de vista de la influencia sobre el autor. En la medida en que esta influencia consista en la apelación a la responsabilidad del condenado, a que reconozca que debe hacerse cargo del hecho cometido, ello sólo puede ser alcanzado por medio de una pena que no vaya más allá de la culpabilidad (37). Sin embargo, también es sabido que no en todos los casos la reacción adecuada a la culpabilidad es también la óptima desde el punto de vista de la prevención especial, pues la disocialidad del autor puede hacer necesaria una injerencia más intensa: entre las necesidades de prevención especial y la prevención general no existe una armonía preestablecida.

Una dificultad que no es sólo un apasionante (¡y eterno!) problema filosófico, sino de interpretación concreta de la Constitución y de la ley penal.

Esta urgencia interpretativa es, en definitiva, la que da origen a las llamadas "teorías de la unión". Desde el punto de vista de la coherencia teórica, ellas ofrecen múltiples puntos de ataque. Pero su dominancia no puede ser explicada desde esta perspectiva. Ella se debe, fundamentalmente, a que se trata de una construcción doctrinal que refleja el interés social (¡y legislativo!) de "obtener" de la pena diferentes objetivos, que no siempre pueden ser alcanzados simultáneamente (38). Dicho en pocas palabras: "La teoría de la unión no es correcta como teoría de la pena, pero sí lo es como teoría de la política criminal" (39).

De allí que, dentro de un marco normativo como el argentino, en el que, ya en el plano constitucional, la pena es concebida como limitada por los principios de culpabilidad y de legalidad, pero a la vez, está orientada a la reinserción social del condenado, la vía interpretativa para compatibilizar fines frecuentemente antinómicos sea correspondiente a la adoptada por las llamadas "teorías de la unión", y su equivalente para la determinación de la pena, la "teoría del ámbito de juego" (40): dentro del marco de la pena adecuada a la culpabilidad es legítimo perseguir fines de prevención, sea general o especial. Es decir, que la culpabilidad no sólo fundamenta la pena, sino que ella cumple la función de "limitar" al Estado en su afán de "prevenir" por medio de la pena concretamente impuesta al autor.

Pero la prevención especial puede ser antinómica no solamente con la finalidad de retribución; ella también puede hacer que el principio de legalidad se enfrente con el de culpabilidad. Así, si se trata de lograr certeza y de respetar el mandato de determinación, nada más adecuado al principio de legalidad que las penas absolutas; pero si se trata de responder proporcionalmente frente a la gravedad objetiva y subjetiva del hecho, y se pretende, además, tener en cuenta los efectos de la pena sobre la persona concreta del autor, nada más injusto que una pena que no admita "corrección" alguna. La encerrona es eludida por el legislador por medio de las "escalas penales", pero ello al precio de dejar en manos del intérprete la selección de los criterios relevantes para decidir entre las diferentes penas posibles. Y si la pena de prisión debe orientarse, fundamentalmente, a la "readaptación", es indudable que, entre estos criterios, habrá de estar presente de algún modo la prevención especial.

Tal es, sintéticamente, el esquema de análisis con que se encuentra el intérprete al momento de fijar las consecuencias del delito. Un esquema en el que las exigencias de los principios de legalidad y de culpabilidad no coinciden del todo con las que plantean frente a la redacción de un tipo penal, y que, puesto a funcionar frente al caso concreto, puede llegar a plantear serias dificultades para alcanzar una solución sistemáticamente satisfactoria.

VII. La prevención especial y la "eliminación de los "peligrosos""

Si bien la autorización de injerencias estatales dirigidas al mejoramiento activo de los ciudadanos puede generar arduas polémicas, el aspecto más oscuro de la prevención especial es, probablemente, el del tratamiento de los casos en los que la resocialización se da por vencida: ¿qué hacer con los incorregibles? La respuesta de von Liszt era categórica: "Frente a los irrecuperables, la sociedad ha de protegerse; y puesto que no queremos decapitar y ahorcar, y deportar no podemos, sólo queda el encierro de por vida" (41). En efecto, frente al fracaso, sólo queda la alternativa de la supresión del peligro que continúa representando el autor por medio de su "aseguramiento" a través de la prisión perpetua o bien directamente por medio de la eliminación física, tal como era el propósito del Estado demandado, en el caso "Ramírez".

Desde este punto de vista, aun cuando la Corte Interamericana hubiera sido más flexible, y hubiera

tolerado el concepto de "peligrosidad", de todos modos, habría subsistido el problema de la aplicación de la pena de muerte.

De las consideraciones del fallo no se desprende una clara condena a la pena de muerte. Esto no puede sorprender, ya que, según el propio Tratado (42), y más allá del rechazo que produce dicha pena, ella resulta admisible, en los países que no la han abolido, respecto de los delitos más graves (art. 4, "2", a contrario, CADH).

Mucho se ha dicho en contra de la pena de muerte. Ella representa, sin duda alguna, la desolidarización más radical de la comunidad frente al individuo (43). Un texto normativo como el del art. 4, CADH, sólo puede ser entendido en el marco de los compromisos característicos de un acuerdo multilateral que pretende tener la vigencia internacional más amplia posible. Pero ¿qué ocurre con otras penas, como la prisión perpetua, que también tienen el efecto de excluir socialmente al condenado en forma definitiva? Aun prescindiendo de la pena de muerte, la alternativa de pena máxima para el hecho que se le imputaba a Ramírez era una pena de 50 años. Una sanción, por cierto, prácticamente equiparable a la prisión perpetua. ¿Cómo conciliar la prisión perpetua, o una pena de 50 años de prisión, con la finalidad de que la privación de libertad se oriente a la readaptación social del condenado? Y ¿cómo hacerlo sin recurrir a la peligrosidad, o a su contrapartida "resocializadora", al momento de conceder o rechazar la libertad condicional? En efecto, la pena de prisión perpetua, tal como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico, sólo permite el regreso a la sociedad libre de aquellos que demuestren no ser peligrosos, pues de ello depende la recuperación de la libertad (44), y en este sentido, satisface las exigencias de "pena indeterminada" de los defensores más estrictos de la prevención especial.

La referencia a la gravedad de los delitos del art. 4, CADH, sumada a las afirmaciones del caso "Ramírez", llevarían a entender, en principio, que la pena de muerte nunca podría tener por finalidad la "eliminación de sujetos peligrosos", sino, en todo caso, señalar la extrema gravedad de ciertos hechos. Sin embargo, sería ingenuo creer que en sociedades dominadas por la concepción "mixta" de la pena, de que dan cuenta las teorías de la unión, la finalidad de prevención especial negativa no cumple ningún papel en la justificación de la prisión perpetua o la pena de muerte. Más allá de supuestas necesidades de prevención general positiva con que pueda justificarse que el Estado conserve, como ultima ratio, un instrumento de máximo rigor para señalar la extrema gravedad de ciertos hechos, no es posible negar, aun cuando, en general, ello no se diga en voz alta, que tanto la pena de muerte como la prisión perpetua vienen acompañadas de un drástico efecto de prevención especial negativa: ambas consisten, en definitiva, en la eliminación del condenado con fines preventivos.

VIII. Conclusión: no hay prevención especial sin criterios de "peligrosidad"

Leídas con detenimiento, la mayor parte de las objeciones que la Corte Interamericana formula en el caso "Fermín Ramírez" contra de la idea de peligrosidad son, en definitiva, cuestionamientos a la legitimidad de toda prevención especial. El núcleo general de toda concepción resocializante es el presupuesto de que son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad (45). Se trata de un criterio totalmente dominado por la perspectiva de futuro, en la cual lo decisivo es el juicio de peligrosidad: o bien se trata de la cuestión de cómo habrá de conducirse el individuo si el Estado no interviene, o bien, en el caso de la "resocialización", de cuáles habrán de ser los efectos de la injerencia estatal sobre la conducta futura del afectado.

En el marco de un estado liberal, el ordenamiento jurídico no está llamado a educar mejores ciudadanos por medio de la coacción (46). En todo caso, la actuación sobre el autor sólo puede ser autorizada en la medida en que ella aparezca como necesaria para proteger a la comunidad frente a

la posible comisión de delitos. Pero si se tiene en cuenta que esta "probabilidad de reincidencia" constituye un pronóstico, que, como tal, carece de toda certeza, no es de sorprender la poca aceptación de que gozan estos criterios entre los juristas. Si se presume, ex ante, que dicha probabilidad asciende, digamos, a un 80%, ¿cómo justificar frente a aquel a quien se le niega, p. ej., un permiso de salida, que él no sea incluido dentro del grupo de los que no habrán de reincidir? (47) La respuesta no parece sencilla.

No existe duda de que el concepto de peligrosidad entraña riesgos serios. Cuando el fundamento para avanzar sobre una persona es la peligrosidad, el punto de vista del juicio es diferente del que se utiliza para la pena. La persona no es valorada con relación a si su hacer u omitir es acorde o contrario al deber, sino, únicamente en cuanto a si su conducta pone en peligro la convivencia social o no. El juicio de valor social implícito en esta afirmación de peligrosidad no presupone la capacidad para actuar conforme al deber: puede ser frente a un menor o un mayor, frente a un enfermo mental o frente a una persona sana (48).

Por lo demás, no es de esperar que en el corto plazo la ciencia esté en condiciones de pronosticar con mayor certeza el grado de "peligrosidad" de un individuo. Tampoco está claro que sea deseable alcanzar este objetivo. Pero la inseguridad acerca de la conducta futura no necesariamente ha de llevar a rechazar toda ponderación de los riesgos de imponer una determinada pena respecto de un individuo en particular, o a renunciar a configurar la ejecución penitenciaria con un sistema de atenuación del encierro, que difícilmente pueda evitar tener que recurrir a decisiones basadas en pronósticos de mayor o menor peligrosidad. La tarea consiste, en todo caso, en reflexionar acerca de los presupuestos de legitimidad de la actividad preventivo-especial del Estado y en establecer claramente los límites y condiciones bajo los cuales es posible sostener decisiones basadas en conocimientos inseguros acerca de la conducta futura del afectado, de tal manera que el riesgo de error se mantenga en un margen relativamente aceptable, y fundamentalmente, como un problema que no puede ser escondido.

Por lo dicho, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que origina estas reflexiones debería ser revisado o, cuando menos, precisado en sus alcances.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*)Profesora adjunta de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. El trabajo corresponde a una investigación más amplia desarrollada en la Universidad de Friburgo de Brisgovia bajo la dirección del Prof. doctor Wolfgang Frisch, con el patrocinio de una beca de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt (Bonn, República Federal de Alemania).

(1) Este concepto sustituye aquello a lo que se suele aludir bajo la expresión "conducta lesiva", que es más sencilla, pero conceptualmente no superior. Si uno parte de la base — con JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", Mendoza, 2001— de que lo que protege la pena es la expectativa normativa, no objetos físicos — que de suyo quedan lesionados sin remedio, cualquiera que sea la pena que se aplique—, hay que hallar un concepto de conducta legítimamente punible que prescinda de componentes naturalistas (cuerpo humano herido, vidrio roto). Mas, por el hecho de que una norma declare punible un comportamiento no se dice ya que la norma sea de por sí válida. Para esto es preciso que el comportamiento punible implique que el autor, al momento decisivo de su acción, se haya arrogado ya la posibilidad de afectar ámbitos de dominio que no le pertenecen al sujeto. Decir que la intervención del Estado es "previa" presupone un punto de referencia seguro, antes de lo cual se trate aún de "un campo previo". Incluso en caso de que se utilice la expresión "conducta lesiva", se puede terminar en un círculo, si a su vez se puede entender que el "daño" jurídico-penalmente relevante es el producido "a la vigencia de la norma". Al respecto, cfr. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en ZStW, t. 97 (1985), p. 751 y sigtes.; sobre repercusiones de esta problemática en tipos penales particulares, cfr. ZIFFER, Patricia S., "El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma", Bogotá, 1996; idem, "El delito de asociación ilícita", Buenos Aires, 2005, p. 21 y sigtes., 31 y sigtes.

(2) La expresión se remonta a WELZEL, Hans, "Das Deutsche Strafrecht", 11ª ed., 1969, p. 3 y sigtes., expresada en el contexto de la discusión sobre la misión del Derecho penal.

(3) Son distintos los casos en que el legislador parte de la base de que cierta conducta ya realizada implica, en general,

creación de un riesgo reprobado. En estos casos lo ya hecho es declarado "arrogación no permitida" con miras al pasado.

(4) Así, p. ej., en el llamado "Blumbergstrafrecht" (la expresión fue acuñada por MAIER, "Blumbergstrafrecht", en "Nueva Doctrina Penal", año 2004-B, p. I / VI). En este caso no concurren las razones materiales que pretenden ser halladas en este trabajo, pero la cuestión no puede ser tratada aquí en particular.

(5) Sentencia del 20 de junio de 2005.

(6) En el caso "Gramajo, Marcelo Eduardo", sent. del 5 de septiembre de 2006.

(7) Si bien el art. 52, CP arg., no hace ninguna referencia a la "peligrosidad", para que la medida sea dejada condicionalmente sin efecto, el art. 53 exige que el condenado hubiera demostrado "actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad".

(8) El artículo 132 del Código Penal guatemalteco establece:

(Asesinato). Comete asesinato quien matare a una persona:

1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; 3) Por medio o con ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago; 4) Con premeditación conocida; 5) Con ensañamiento; 6) Con impulso de perversidad brutal; 7) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para sus copartícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible; 8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa.

(9) Cfr. ZIFFER, "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, 1996, p. 116 y siguientes.

(10) NUÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal argentino", t. II, Córdoba, 1965, p. 456 y siguientes.

(11) Así, BAIGUN, David, "Naturaleza de las circunstancias agravantes", Buenos Aires, 1971, p. 45.

(12) Cfr. el alegato de los representantes del demandante, no refutados en este punto por el Estado, en el ap. 56, "i".

(13) Acerca de la relación entre el art. 41, CP arg., y el peligrosismo positivista, cfr. también BACIGALUPO, Enrique, "Die spanische und iberamerikanische Strafrechtsreform im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland", p. 115 y sigtes. en Lüttger, Hans (comp.), "Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung", Berlín, 1979.

(14) Cfr. BACIGALUPO, loc. cit., p. 138.

(15) Ap. 81.

(16) Ap. 96.

(17) Ap. 95.

(18) Ap. 95.

(19) Punto resolutivo n° 8. Sin destacar en el original.

(20) Tal la interpretación que motivó la promulgación de la ley 24.660, de "Ejecución de penas privativas de libertad" (Adla, LVI-C, 3375).

(21) Publicado por primera vez bajo el título "Der Zweckgedanke im Strafrecht", en ZStW, t. 3, p. 1 y siguientes.

(22) EXNER, Franz, en "Die Theorie der Sicherungsmittel", Berlín, 1914, señalaba que el abandono de la prevención general en pos de otras formas de prevención no es un quiebre sino la realización de la idea misma de prevención. "Quien no reconoce esto y pretende ejercer retribución de todos modos ha abandonado la idea de prevención" (p. 39).

(23) Cfr., en detalle, ALBRECHT, Peter, "Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten", Basel-Frankfurt, 1981, p. 31.

(24) Cfr. KÖHLER, Michael, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1997, p. 41

(25) KAISER, Günther, "Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?", Heidelberg, 1990, p. 28.

(26) KAISER, op. cit., p. 48.

(27) Acerca de la totalidad de los problemas implicados en las decisiones de pronóstico, cfr. Frisch, Wolfgang (comp.), "Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis", Baden-Baden, 1994.

(28) Cfr., en sentido similar, aun cuando sólo referido, estrictamente, a las medidas, STRENG, Franz, "Das Legitimations-Dilemma sichernden Freiheitsentzugs. Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung", en "Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe", Berlín, 2003, p. 611 y sigtes., esp. p. 621.

(29) KINZIG, Jörg, "Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand", Freiburg, 1996, p. 42.

(30) KAISER, op. cit. p. 10.

(31) KAISER, op. cit., p. 11.

(32) Cfr., en Alemania, la llamada "Lucha de escuelas", entre los autores "clásicos", orientados a una pena fuertemente atada al principio de culpabilidad, y los "modernos", encabezados por von Liszt (véase, al respecto, FRISCH, Wolfgang, "Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung", ZStW, t. 94, p. 565 y sigtes.). Un proceso similar es descrito, para Italia, por MUSCO, Enzo, "Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem Italiens", ZStW, t. 102, p. 415 y sigtes., esp. p. 416 y siguientes.

(33) Cfr. BACIGALUPO, op. cit., p. 119.

(34) En palabras de Eberhard Schmidt: "La idea de un Derecho penal orientado al principio de legalidad va en contra de las ideas de la "defènse sociale"" ("Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform", en ZStW, t. 69, p. 359 y sigtes., esp. p. 360).

(35) NAGLER, Johannes, "Verbrechensprophylaxe und Strafrecht", Leipzig, 1911, p. 84.

(36) Tal la exigencia de von Liszt con relación a la indeterminación de las penas. Cfr. FRISCH, "Das Marburger Programm", esp., p. 582 siguientes.

(37) GRÜNWARD, Gerald, "Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik", en ZStW, t. 82, p. 250 y sigtes., esp. p. 252.

(38) ZIFFER, op. cit., p. 45 y siguientes.

(39) EXNER, op. cit., p. 44.

(40) ZIFFER, op. cit., p. 49 y siguientes.

(41) Op. cit., p. 36. La propuesta que, con ser dura, es menos drástica que la que había entrado en consideración respecto de Fermín Ramírez.

(42) Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

(43) NOLL, Peter, "Die ethische Begründung der Strafe", Tübingen, 1962, p. 20.

(44) Cfr. las reglas para la obtención de la libertad condicional en el Código Penal argentino. Conforme el art. 13, CP arg., en el caso de la prisión perpetua, además del plazo, por demás excesivo, de 35 años, se exige un certificado de no "peligrosidad", ya que la soltura se sujeta a la existencia de un "previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social".

(45) FRISCH, "Die Maßregeln", p. 370.

(46) BULL, Hans-Peter, "Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz", 2ª ed., Kronberg, 1977, p. 320 y s.

(47) Un ejemplo equivalente en FRISCH, "Die Maßregeln", p. 372.

(48) EXNER, op. cit., p. 50 y siguientes.