

## **Interpretación constitucional del concepto “grave riesgo” en la libertad asistida.**

*(Por Pablo J. Brandán Molina)*

[pjbrandan@hotmail.com](mailto:pjbrandan@hotmail.com)

**Sumario:** I) Introducción. II) Antecedentes históricos y caracterización del instituto. III) Requisitos legales. IV) Institutos en los que se plantea la cuestión de la peligrosidad en nuestro ordenamiento jurídico. V) Reseña teórica sobre los conceptos de peligrosidad y de “grave riesgo”. Ponderación del “concepto”. Alcance. VI) Análisis de los distintos criterios sentados por nuestros jueces de ejecución penal sobre el grave riesgo. VII) Conclusiones. VIII) Bibliografía.

### **I) Introducción.**

En la presente ponencia analizaremos el instituto de la libertad asistida y en particular el requisito negativo que dispone que el egreso del interno no constituya un grave riesgo para sí o para la sociedad, previsto en el art. 54 de la ley 24.660.

De la interpretación del grave riesgo pueden surgir inconvenientes de orden constitucional. Así, cuando en la evaluación del riesgo se valore elementos que predican peligrosidad futura del condenado, como podrían ser íntimas convicciones, creencias o valores, sustituimos el derecho penal de acto o de hecho propio de nuestro sistema penal por un derecho penal de autor ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y evidentemente inconstitucional.

Estos elementos de ponderación puramente subjetivos e inconstitucionales muchas veces son utilizados y evaluados negativamente por los distintos profesionales de las áreas técnicas del servicio penitenciario cuando realizan sus dictámenes o informes. Los que a la postre son tenidos en cuenta por el consejo correccional para calificar supuestamente la evolución que ha evidenciado dentro del tratamiento de reinserción social el condenado, es decir, su calificación conceptual.

Nuestro objetivo es analizar la manera en la que nuestros jueces de ejecución interpretan el “grave riesgo” contrastándolas con la que proponemos, con la finalidad de concluir si a la hora de resolver sobre la concesión o no del instituto de la libertad asistida se aplican los principios constitucionales en la ejecución de penas privativas de la libertad.

Con ese propósito comenzaremos con una breve reseña histórica del instituto para seguir con la descripción de los requisitos exigido por nuestro ordenamiento jurídico, que tornan operativo el instituto, profundizando el estudio del requisito negativo referido al grave riesgo.

Al conceptualizarlo buscaremos si existe vinculación alguna con el concepto de peligrosidad, analizando los distintos institutos en los que se plantea la cuestión de la peligrosidad en nuestro ordenamiento jurídico y los inconvenientes que acarrea tal predicción tanto en el Derecho Penal como en el de la Ejecución Penal.

Para ello nos replantearemos el concepto “peligrosidad”, marcando los límites constitucionales que surgen de los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Analizaremos distintas resoluciones emanadas de algunos jueces de ejecución penal de nuestra provincia, tanto de la Justicia Federal como de la Provincial, con la finalidad de determinar la manera en la que los distintos operadores jurídicos responsables de la ejecución de la pena privativa de la libertad aplican e interpretan el texto que contiene el instituto que aquí nos ocupa.

Finalmente construiremos un concepto constitucional del “grave riesgo” con el que pretendemos impedir la elaboración de juicios de peligrosidad futura a la hora de resolver sobre la concesión o denegatoria de la libertad asistida, juicios que además de ser inverificables bajo los parámetros y paradigmas científicos, son inconstitucionales ya que con ellos se podrían denegar beneficios al penado, no con apoyo a conductas exteriorizadas del mismo que permitieran acreditar un grave riesgo, sino en base a conjeturas sobre lo que es probablemente su personalidad o las características de la misma.

## **II) Antecedentes históricos y caracterización del instituto.**

Con la sanción de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 se intentó enmarcar adecuadamente en nuestro país los distintos institutos involucrados en la ejecución de la pena privativa de la libertad y se crearon nuevos con la finalidad de sustentar una adecuada reinserción social del penado.

Según señalan López y Machado la intención del legislador ha sido instaurar un nuevo régimen de cese del encierro efectivo, en similares condiciones que las previstas para la libertad condicional, pero estableciendo un nuevo plazo como requisito temporal, al tiempo que se eluden las exigencias negativas previstas para dicho instituto.

Incorporado el nuevo instituto en el sistema normativo de la ejecución de penas privativas de la libertad se convalida la existencia de un verdadero régimen penitenciario progresivo, ya que de esa forma se le posibilita a los condenados acceder a un período de reintegro anterior al del vencimiento de la pena<sup>1</sup>.

Así las cosas, este beneficio conforme lo dispone el art. 54 de la ley 24.660 permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal.

### **III) Requisitos legales.**

Nuestra ley de ejecución penitenciaria N° 24.660 describe en su art. 54 los requisitos que el juez de ejecución debe tener presentes a la hora de resolver sobre la concesión o no del instituto de la libertad asistida.

Siguiendo a López y Machado podemos esbozar que la norma establece un requisito positivo y tres negativos para la concesión de la libertad asistida.

El positivo consiste en el cumplimiento de la pena mediante encierro carcelario hasta seis meses antes de la fecha de vencimiento fijada. Y los negativos consisten en: a) la circunstancia de que solamente se aplica el instituto a los condenados a penas de prisión o de reclusión temporales, prohibiéndose expresamente para el caso de las sanciones a

---

<sup>1</sup> López Axels y Machado,R. “*Análisis del Régimen de Ejecución Penal*”. Buenos Aires. Ed. Fabián J Di Plácido. 2004, pag.181 y ss.

perpetuidad; b) no se le puede conceder al condenado que se le aplicó la accesoria prevista en el art. 52 del Código Penal; y c) el magistrado podrá denegarla cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

Este último requisito negativo genera grandes inconvenientes de orden constitucional en lo que se refiere a su concreta aplicación, toda vez que el supuesto y futuro riesgo social que puede representar la soltura de un condenado constituye un elemento de ponderación puramente subjetiva<sup>2</sup>.

A estos requisitos se le debe sumar un cuarto consistente en que el penado no haya sido condenado por alguno de los delitos que tornarían inviable el instituto en los términos del art. 56 bis de la ley 24.660 (texto según ley 25.948)<sup>3</sup>.

Por lo que, son cinco los requisitos legales que tornan operativo el acceso a la libertad asistida, uno positivo, caracterizado así por ser el propio sistema normativo el que señala la circunstancia que se tiene que dar para su aptitud (seis meses antes) y cuatro negativos que indican los extremos que no deben cotejarse para su procedencia.

De esos requisitos el tercero negativo del “grave riesgo” es el que nos preocupa y del que nos vamos a ocupar con mayor profundidad en el presente trabajo dejando para otra oportunidad el tratamiento de los otros requisitos que tornan operativo el beneficio.

#### **IV) Institutos en los que se plantea la cuestión de la peligrosidad en nuestro ordenamiento jurídico.**

Antes de abordar la problemática que genera la conceptualización del “grave riesgo” previsto en el art. 54 de la ley 24.660 consideramos necesario hacer un breve recorrido por los casos en donde nuestro legislador ha receptado la peligrosidad, o su predicción, en

---

<sup>2</sup> López Axel y Machado, R: Op. cit.

<sup>3</sup> Perez Arias, José – Novoa Rodríguez, Karina, “Libertad asistida industria Argentina”, en Revista de Derecho penal y Procesal penal, N° 7/2007, Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 1291

nuestro derecho positivo para cuyo cometido seguiremos la detallada y correcta enumeración que de ellos hace Beltrán<sup>4</sup>:

a) como criterio de peligrosidad general, que impulsa la imposición de una medida de seguridad a quien ha delinquido y es declarado inimputable, conforme lo prevé el art. 34 inc. 1º Código Penal.

b) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad, como uno de los criterios que el juez debe considerar al fijar el monto de la pena a aplicar en sujetos imputables conforme lo establece el art. 41 C.P.

c) en materia de menores, cuando la ley habla de peligro, se considera que esta expresión tiene un sentido objetivo y no subjetivo y que se atiende más al peligro en que pudiera hallarse el menor al que se le aplica una medida educativa, que a la peligrosidad del mismo.

d) la peligrosidad al tratar el delito imposible, con adopción de un criterio subjetivista.

e) tras la reforma del art. 13 del Código Penal, (ley 25.892), se impone como condición para la obtención de la libertad condicional un “informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción laboral”, y ha agregado condiciones a la libertad condicional tales como “someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos”<sup>5</sup>.

f) para la concesión de libertad condicional se establece la necesidad de contar con un informe de conducta, conforme lo prevén los arts. 28, 101 y 104 de la ley 24660 al que se añadió el concepto del interno, merced a los dictámenes de los organismos técnicos (arts. 101 y 104).

g) para la ponderación del concepto se requiere que “ sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”, anexo IV. art. 56, decreto 1293, modif.

---

<sup>4</sup> Beltrán, Consuelo “La Peligrosidad. Reconstrucción interdisciplinaria del concepto” en Revista Semanario Jurídico. Córdoba. Publicado el día 5 de enero de 2008 y clase desgrabada de la Dra. Consuelo Beltrán dictada en el marco del curso “Problemas de la ejecución penitenciaria de la pena privativa de la libertad en la Argentina”, dirigido por los Dres. Eduardo Valdés y Consuelo Beltrán. Escuela Judicial, filial Córdoba, del Consejo de la Magistratura de la Nación. Año 2008.

<sup>5</sup> Beltrán, Consuelo: Op. cit.

por Dec. 1000/07 de la provincia de Córdoba, modif.. por Decr. 344/08 de la provincia de Córdoba.

h) en las pautas que deben contener los informes psicológicos que se presentan ante el Consejo criminológico, conforme lo prevé el art. 58 anexo IV decreto 1293 modificado por decreto 1000/07 y por decreto 344/08 en donde se establece la posibilidad del interno de relacionar su compromiso con el acto ilícito y con las consecuencias tanto para sí mismo como para terceros y disposición e interés en el cumplimiento de las pautas de tratamiento penitenciario.

i) y por último el concepto de “riesgo” o “grave riesgo” previsto en el art. 54 de la ley 24.660 el que tiene presumiblemente por objetivo lograr el resguardo social frente a una personalidad que se considera irrecuperable<sup>6</sup>.

Destacamos la importancia de su análisis y abordaje profundo, ya que como vemos, ese resguardo social frente a un supuesto irrecuperable nos puede impulsar a que, con esos elementos de ponderación puramente subjetivos, inverificables e inconstitucionales, que se conforman con la sola invocación del riesgo sustentado en pronóstico futuros e inciertos de peligrosidad sin sustento en conductas exteriorizadas por el penado que acrediten el riesgo, culminen con la denegatoria del instituto como manifestación de un derecho penal de autor, violatorio de nuestros principios constitucionales y de nuestro sistema jurídico.

## **V) Reseña teórica sobre los conceptos de peligrosidad y de “grave riesgo”. Ponderación del “concepto”. Alcance.**

En una primera aproximación al concepto de peligrosidad y de manera previa a su cimentación consideramos necesario resaltar que la misma es producto de una construcción caracterizada por ser aventurada, contingente e histórica y que depende de ciertos actos o dediciones de poder que conducen a visualizar a alguien como peligroso, no existiendo un concepto de sujeto peligroso unívoco, permanente y esencial. Pese a lo dicho, la peligrosidad es evaluada actualmente por numerosos operadores relacionados con el

---

<sup>6</sup> López Axel y Machado, R. Op. cit., pag.184.

sistema penal, lo que nos impulsa a buscar puntos de encuentro para el tratamiento adecuado del problema<sup>7</sup>.

Conforme lo señaláramos precedentemente y hecha la aclaración de su caracterización, también debemos decir que el concepto de “peligrosidad” y su aplicación actual en nuestro orden jurídico tiene como límite los principios constitucionales contenidos en los art. 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna, a lo que debemos sumar los criterios jurisprudenciales emanados tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la Corte Suprema de la Nación que impiden los intentos de una aplicación extensiva y generalizante del concepto de peligrosidad<sup>8</sup>.

Desde una perspectiva jurídica y constitucional, cabe señalar que, a partir de los casos “*Ekmekdjian*” y “*Giroldi*”, la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe “...servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”.

En este sentido Zaffaroni ha replanteado dicho concepto definiéndolo como: “...la peligrosidad del agente, entendida como peligrosidad de su injusto (y no de su persona con independencia de éste), referida siempre al hecho pasado valorado ex ante (y no a un pronóstico cabalístico) teniendo como objeto el esfuerzo del Estado de derecho por contener las pulsiones del estado de policía (y no a la sociedad fundida totalitariamente con el Estado), no sería más que la expresión que permite, en una reconstrucción dogmática constitucional del art. 41, asentar legalmente la culpabilidad por el esfuerzo personal para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.”.<sup>9</sup>

Advertimos que conforme lo venimos señalando en los párrafos precedentes existe actualmente una prohibición a la realización de pronósticos futuros de delincuencia y de predicción de peligrosidad.

---

<sup>7</sup> Beltrán, Consuelo: Op. cit.

<sup>8</sup> Beltrán, Consuelo: Op. cit.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar. 2005, pág. 997.

Así, en los autos “Maldonado” de fecha 07 de diciembre de 2005 la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la invocación de peligrosidad para imponer mayor pena, constituye claramente una expresión del ius puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor.

Resalta Cesano que no resulta admisible intentar disminuir la peligrosidad o mejorar al penado a través de un programa que imponga creencias o valores, pues ello sería vulneratorio del ámbito de reserva que el art. 19 de la C.N. dispone para las acciones privadas de los hombres. Sólo puede pretenderse una conducta respetuosa de la ley y de los derechos de los demás.<sup>10</sup>

Remarcamos que es inconstitucional la admisión y valoración de los informes técnicos de las distintas áreas del servicio penitenciario que puntualicen indicadores y predictores de peligrosidad sobre la base de elementos subjetivos y estructurales de la personalidad, íntimas convicciones y valores de los internos. Advertimos que esto debe ser controlado adecuadamente por los jueces en el ejercicio de su función<sup>11</sup>.

Habiendo avanzado sobre el concepto de peligrosidad nos restaría solo hacer lo propio con el concepto de “grave riesgo”, del que desde un comienzo resaltábamos los inconvenientes constitucionales que su aplicación podría traer aparejada, de allí la importancia de hacerlo bajo los límites y parámetros constitucionales.

Por ello, si se obstaculiza la obtención del beneficio por vía del potencial y futuro riesgo que puede representar la soltura del causante caemos en un estado peligroso sin delito, que es una construcción que no tiene lugar ni en la dogmática, ni en nuestra ley penal, ni en la Constitución Nacional.

Entendida así la referida excepcionalidad negativa resulta inaplicable, desde que, más allá de que se presenta la posibilidad de incluir a ciertos condenados dentro de una determinada casta de personas consideradas como irrecuperables, también los pena con la negación de soltura anticipada sin que éstos hayan exteriorizado un acto antijurídico, en flagrante violación a las más elementales garantías constitucionales.

---

<sup>10</sup> Cesano, D: *“Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria”*, Córdoba, Ed. Alveroni. 2004. pág. 117

<sup>11</sup> Beltrán, Consuelo: Op. cit.

En definitiva y como lo destacan López y Machado la norma pretende que el magistrado considere al momento de resolver la solicitud de una libertad asistida, si tal o cual condenado habrá de cometer un delito en el futuro, capacidad adivinatoria que, evidentemente, no sólo se presenta como antijurídica, sino también como imposible<sup>12</sup>.

Para refrendar la problemática constitucional referida precedentemente, se evita realizar una ponderación sobre el eventual riesgo que puede ocasionar la soltura del causante, prefiriéndose valorar la calificación conceptual a la que se refieren los arts. 101 de la ley 24.660 y 67 del decreto provincial N° 344/08 para denegarle el acceso al instituto al condenado que, fundadamente, registre una desfavorable posibilidad de adecuada reinserción social.

En este aspecto valorativo, aclaran López y Machado que pese a que la evaluación conceptual también se dirige hacia el futuro del condenado, previendo las posibilidades de un eventual accionar disvalioso, el negativo registro conceptual posee un sustento objetivo constituido por la evolución evidenciada dentro del tratamiento de reinserción social aplicado al condenado.

Por otra parte, encuentra asidero en lo previsto por los arts. 104 de la ley 24.660 y 68 del decreto provincial 344/08 en cuanto establece que la nota conceptual servirá de base para la concesión de la libertad asistida<sup>13</sup>.

Ahora bien, según los autores citados este nuevo criterio de interpretación al ponderar exclusivamente la actitud del condenado durante su encierro resuelve el problema que traería aparejado una evaluación futura y potencial del riesgo, es decir una predicción de peligrosidad, al circunscribir su ponderación en actitudes del condenado.

Por último, en caso de no contar con la calificación de concepto el tribunal válidamente podría conformarse con el informe de conducta que le brindara la autoridad administrativa ya que como lo tiene dicho el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba la circunstancia de que no se puede obtener la calificación no se puede cargar desfavorablemente al condenado (cfr. T.S.J., Sala Penal, autos “Madriaga o Madariaga, Néstor Alberto p.s.a. robo, etc. –Recurso de casación” sentencia N° 154, 16/12/1998; citado por Adriana T. Mandelli, Doctrina judicial, Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal

---

<sup>12</sup> López Axel y Machado, R: Op. cit.

<sup>13</sup> López Axel y Machado, R: Op. cit.

Superior de Justicia de Córdoba 1994 -1999, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, p. 321, sumario N° 4).

En tanto que Cesano prefiere suplir dicha carencia de calificación conceptual por informes elaborados por las distintas áreas técnicas, los que pueden ser válidamente meritado para ponderar el riesgo (cfr. Sentencia de fecha 25 de febrero de 2008 de autos “Artaza, Ricardo Adrián s/ ejecución de pena privativa de la libertad” dictada por el Juez de Ejecución Penal N° 1 de Córdoba, doctor José Daniel Cesano).

Por su parte señala Garay que conjuntamente con las demás circunstancias personales del interno que pueden valorarse, el análisis de estos informes es el que permitirá al juzgador formarse un juicio de valor acerca de la procedencia del otorgamiento de la libertad, o, en su caso, la inconveniencia de ello frente a la posibilidad de que el egreso pueda constituir un grave riesgo para el condenado o la sociedad. Por ello, los criterios que puedan utilizarse en la valoración de tales informes y su carácter, resultan sumamente relevantes en el estudio de la figura. Por lo que en orden al riesgo para sí mismo o para la sociedad que pueda suponer el egreso del interno, la primera pauta que ha de tenerse en cuenta es el límite constitucional de la proscripción del derecho penal de autor, respecto de lo cual se ha señalado que este requisito “genera graves inconvenientes de orden constitucional en lo que se refiere a su concreta aplicación, toda vez que el supuesto y futuro riesgo social que puede representar la soltura de un condenado constituye un elemento de ponderación puramente subjetiva”, lo que significa que “puede rechazarse la soltura de un condenado por haber incumplido éste con los reglamentos carcelarios o rechazado el tratamiento de reinserción social que le fue ofrecido, pero es claro que jamás podrá constituir impedimento la ponderación exclusiva de cuestiones que se relacionen con su personalidad<sup>14</sup>.

Por último, y como lo adelantáramos en la introducción de la presente, el concepto constitucional del “grave riesgo” que nos propusimos construir consistirá en una evaluación del riesgo que tenga en cuenta sólo conductas exteriorizadas por el penado que permitan acreditar que desarrolla en la actualidad actos dañosos para sí o para terceros.

---

<sup>14</sup> Garay, María Teresa. “Libertad asistida: Cómputo del Plazo y pautas de valoración para su otorgamiento o denegación”; Revista Actualidad Jurídica de Derecho Penal de Córdoba, segunda quincena junio de 2006 – Año III- Vol. 68, pág. 4353 ss.

Para tal evaluación debemos tener en cuenta los informes técnicos, la valoración de algunas faltas disciplinarias del interno que permitan acreditar con su conducta riesgo para sí o para terceros, entre otros antecedentes.

Como vemos con esta nueva y última interpretación no solo se evita una ponderación eventual del riesgo en base a predicciones de peligrosidad al fijar como pauta objetiva para tal ponderación la determinación de conductas riesgosas exteriorizadas por el condenado, sino que además se exige un análisis profundo y pormenorizado de los distintos elementos e informes que conforman la calificación de concepto del condenado, buscando allí conductas riesgosas actuales que permitan evaluar el riesgo de su egreso anticipado.

No consideramos adecuado conformarnos con la nota conceptual como único elemento objetivo a tener en cuenta para que el juez de ejecución fundamente o determine si el egreso anticipado puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad. Si creemos que es uno de los elementos a tener en cuenta en la evaluación de riesgo, pero no el único. Ello en función de que como lo señaláramos precedentemente, la nota conceptual puede estar determinada en base a informes y dictámenes que tengan en cuenta indicadores y predictores de peligrosidad y no en conducta externa del penado, que es en definitiva la que tiene que ser evaluada. Ello, por los siguientes motivos:

1) porque en la calificación conceptual se toman en cuenta elementos que no se reflejan o constatan en conducta exteriorizada por el penado. Sin perjuicio del indispensable aporte que efectúan los dictámenes emitidos por organismos técnicos, lo cierto es, que a los fines de un adecuado control judicial sobre aspectos relacionados al tratamiento penitenciario, resultan necesarias pautas objetivas y externas de mensuración de dicho proceso de resocialización, pues de lo contrario corremos el riesgo de caer en la construcción de conjeturas acerca de futuras acciones del interno.

2) y porque nos adherimos al concepto resocialización mínima, que limita el tratamiento de reinserción a la sola exigencia de conductas respetuosas de la ley y de los derechos de los demás. No consideramos adecuado un esquema que imponga valores o creencias. Siendo coherente con ello, nunca podríamos denegar la libertad asistida al penado que tenga conducta respetuosa de la ley. Como vemos el programa de reinserción solo exige conducta externa respetuosa de la ley y de los derechos de los demás y nada más.

Por lo dicho, el juez de ejecución debe analizar detalladamente cada uno de los elementos y dictámenes con los que cuenta el condenado en su legajo para evaluar el riesgo, que debe reflejarse en conductas exterior que acredite que se daña a sí mismo o a terceros.

## **VI) Análisis de los distintos criterios sentados por nuestros jueces de ejecución penal en la provincia de Córdoba sobre el grave riesgo.**

Con el propósito de cumplir con el objetivo propuesto, analizaremos distintos fallos de nuestros jueces de ejecución penal y la manera en que interpretan y aplican el requisito negativo del grave riesgo.

Comenzaré con lo reciente sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba con fecha 20 de mayo de 2009 en los autos “Legajo de ejecución de sentencia de O.A. Vega” (Expte. N° 62/07) donde el Tribunal al denegar una libertad asistida, señaló que: “...deben buscarse antecedentes agregados a la causa que evidencien riesgo, de manera que tal ponderación no se torne arbitraria, por lo que surge necesario hacer una interpretación constitucional del concepto de riesgo el que se debe construir en base a conductas exteriorizadas que demuestren que el penado se dañaba a sí mismo o que producía daños a terceros. Así su construcción queda sujeta a pautas objetivas y externas de mensuración y meritación para no caer en la edificación de una personalidad peligrosa evidentemente inconstitucional.

Además resaltó en los considerandos del pronunciamiento que: “...Se trata pues de la realización de una evaluación de riesgo, el que surgirá del análisis y ponderación de los informes técnicos, de la valoración de aspectos disciplinarios o faltas del interno cuando los hechos motivo de sanción permitan acreditar conductas autolesivas o dañosas para terceros y de demás antecedentes del caso, convirtiéndose el concepto en una pauta orientadora más, entre varias a considerar...”.

En tanto que el Juzgado de Ejecución Penal de 1ra. Nominación de Córdoba, a cargo del doctor José Daniel Cesano en los autos “ARTAZA, Ricardo Adrian s/ejecución de pena privativa de libertad” (Expte Letra A- N° 001 –Año 2008 (N° 18.3899 – SAC-) resolvió, con fecha 25 de febrero de 2008, conceder a R. A. la libertad asistida,

destacándose en sus fundamentos que la exigencia del “grave riesgo” requiere un análisis pormenorizado; evidenciando distintas aristas que deben ser dilucidadas.

Por otra parte, el señor Juez al referirse al requisito negativo que hoy nos ocupa, destacó que: “...no faltan opiniones que postulan directamente la inconstitucionalidad del recaudo. Por su parte – siguiendo la sabia doctrina de nuestro máximo tribunal federal – antes de llegar a una tal declaración el juez debe tratar de darle al precepto que se cuestiona una interpretación que sea compatible con la Constitución; es decir, las leyes han de ser interpretadas en el sentido más favorable a su validez (Fallos: 285:60; 292:211; 296:22; entre otros)...; ...Advirtiendo que a diferencia “del riesgo o la peligrosidad en abstracto, el negativo registro conceptual posee un sustento objetivo constituido por la evolución evidenciada dentro del tratamiento de reinserción social aplicado al condenado...”.

Asimismo se destaca del presente fallo que: “...Para el caso de que no existe una nota conceptual de parte de la administración debido a la cercanía en que, el decisorio de condena adquiriera firmeza, no constituye esto un obstáculo para la concesión del instituto...”.

Finalmente, la señora Juez del Juzgado de Ejecución Penal de San Francisco, Dra. María T. Garay con fecha catorce de agosto de dos mil ocho, en los autos: “ZALAZAR, Fabio Oscar p.ss.aa. Ejecución de Pena Privativa de Libertad temporal” (Expte. Letra “Z” N° 01 - Año 2008).- resolvió no hacer lugar al pedido de libertad asistida y resaltó en los considerandos del pronunciamiento que: “...restando verificar si se configura el requisito negativo respecto a que el egreso anticipado no constituya grave riesgo para sí o para terceros. Para efectuar tal valoración, debe considerarse el criterio sostenido por nuestro máximo Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, que se comparte y conforme al cual, la concesión de la libertad asistida consiste en un beneficio del que puede gozar el interno que exige una especial valoración de las condiciones personales en que se encuentra a los fines de descartar la existencia de un grave riesgo para el condenado o para la sociedad, intentando así evaluar cuál es el grado de reinserción logrado. Por ello, su concesión no es automática, sino que la ley exige efectuar un pronóstico de peligrosidad basada en la posibilidad de daño para sí o para la sociedad (T.S.J. Córdoba *in re* “Llanos, Ricardo Heriberto p.s.a. Encubrimiento agravado – Recurso de Casación” – Expte. “L”,

2/2004 y “Lucero, Claudio Angel p.s.a. violación de domicilio, etc. – Recurso de Casación –” Expte. “L” N° 11/2003.)...”.

## **VII) Conclusión.**

En la presente ponencia analizamos el requisito del “grave riesgo” que junto a otros torna operativo el instituto de la libertad asistida. Vimos las distintas interpretaciones que de él hacen algunos de nuestros jueces de ejecución penal, resaltando la dificultad constitucional que podría ocasionar una interpretación que permita pronósticos futuros de peligrosidad.

Destacamos que la invocación de supuesta peligrosidad futura constituye una expresión del ius puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no de conductas exteriorizadas por el penado que evidencien riesgo para sí o para terceros.

Consideramos que nuestros jueces hacen una correcta interpretación del grave riesgo, pero al momento de aplicarlo no hacen un adecuado control judicial sobre los aspectos relacionados al tratamiento penitenciario, ya que consideran y tienen en cuenta tanto pautas objetivas y externas de mensuración de dicho proceso de resocialización como también conjeturas, puramente subjetivas e inciertas, acerca de futuras acciones del interno que se desprenden de los informes y dictámenes de los organismos técnico-criminológico.

Es decir, pese a interpretar correctamente el grave riesgo bajo los parámetros y límites constitucionales, muchas veces al efectuar la evaluación del riesgo tienen en cuenta informes y dictámenes de las áreas técnicas que a veces contemplan y valoran cuestiones propias e íntimas del penado, que no se exteriorizan en conducta y que por lo tanto no pueden servir de base para determinar ni evaluar el riesgo de egreso por ser totalmente inverificables.

Por todo lo dicho, encontramos una discrepancia entre la interpretación constitucional del “grave riesgo” que efectúan nuestros jueces, con su aplicación posterior. Esto porque advertimos que los jueces al momento de evaluar el riesgo de egreso anticipado, tienen en cuenta informes y dictámenes que predicen peligrosidad futura en base a elementos totalmente ajenos a la conducta del penado.

Nos vemos en la necesidad de resaltar que la mayoría de nuestros jueces se adhieren al concepto de resocialización mínima propuesto por Cesano y aceptado por la mayoría de la doctrina. Dicho concepto referido a la finalidad de la ejecución de la pena de prisión, limita el tratamiento de reinserción de los penados a la sola exigencia de conductas respetuosas de la ley y de los derechos de los demás, no considerando adecuado un programa que imponga valores o creencias. Pero recalamos que no obstante su adhesión, al analizar la evolución del tratamiento del penado, tienen en cuenta elementos que no respetan esos límites.

En ese entendimiento, el “grave riesgo” debe surgir como fruto de la evaluación que el juez de ejecución haga sobre las conductas exteriorizadas por el condenado a fin de determinar si desarrolla en la actualidad acciones riesgosas para sí o para tercero. Resultando necesarias pautas objetivas y externas de mensuración que permitan evaluarlo, para no caer en la construcción de conjeturas acerca de futuras acciones peligrosas del interno.

En esa evaluación de riesgo se deberán analizar detalladamente cada uno de los elementos que conforman el legajo del penado, tales como informes de las distintas áreas técnicas del servicio penitenciario, las faltas disciplinarias, la nota conceptual, etc., de manera tal, que con ellos se determine objetivamente si el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

Advertimos que no es correcto considerar el registro conceptual como único elemento a tener en cuenta por el juez de ejecución para determinar el riesgo. La calificación conceptual es uno de los tantos elementos que el juez debe valorar en la evaluación que haga. Pero cada uno de los elementos que se tengan en cuenta y valoren deben responder a conductas exteriorizadas por el penado.

En concreto, puede ser tenidos en cuenta para evaluar el riesgo de egreso la peligrosidad demostrada en conductas riesgosas para sí o para terceros, los informes técnicos que determinen riesgo actual, siempre que sus conclusiones se basen en conducta exteriorizada, las faltas disciplinarias del interno que tengan su origen en conductas riesgosas para sí o para terceros, la calificación conceptual, etc. Como vemos no es la peligrosidad en abstracto la que sirve para evaluar el riesgo sino aquella asentada en conductas riesgosas.

En definitiva, consideramos que el juez de ejecución debe efectuar una ponderación de los informes técnicos buscando en ellos conducta actual que evidencie peligrosidad del penado para sí o para terceros, sin perder nunca de vista que la regla general es la concesión del beneficio conforme lo establece el art. 54 de la ley 24.660.

La mera invocación del riesgo como causal para denegar la libertad asistida resulta violatoria del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la C.N. y la pretensión de que el juez, al momento de resolverla, determine si el penado va a cometer un delito en el futuro, es inconstitucional. Si se obstaculiza la obtención del beneficio por vía del potencial y futuro riesgo, caeríamos en un estado peligroso sin conducta o sin delito, totalmente ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y propio de un derecho penal de autor.

#### VIII) Bibliografía

- 1) BELTRÁN, Consuelo “La Peligrosidad. Reconstrucción interdisciplinaria del concepto”. Córdoba. Revista Semanario Jurídico. Publicado el día 5 de enero de 2008.
- 2) CESANO, Daniel “*Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*”, p.117. Córdoba Ed. Alveroni, 2004.
- 3) GARAY, María Teresa, “Libertad asistida: Cómputo del Plazo y pautas de valoración para su otorgamiento o denegación”; Revista Actualidad Jurídica de Derecho Penal de Córdoba, segunda quincena junio de 2006 –Año III- Vol. 68
- 4) LÓPEZ Axel y MACHADO, R. “*Análisis del Régimen de Ejecución Penal*”. Buenos Aires. Ed. Fabián J Di Plácido- 2004.
- 5) PEREZ ARIAS, José – Novoa Rodríguez, Karina, “Libertad asistida industria Argentina”, en Revista de Derecho penal y Procesal penal, N° 7/2007, Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 2007.

6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro,  
*Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar. 2005.