

Ley de peligrosidad y rehabilitación social

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

I

En el título de la Ley de 4 de agosto de 1970 se pueden abarcar conductas que van más allá de la probabilidad de delinquir basada en un pronóstico. En efecto, «peligrosidad social» es un término más extenso que «peligrosidad criminal». Supone aquella la acentuada probabilidad de cometer un daño social, mientras que la peligrosidad criminal sería esa misma situación, pero con el riesgo de cometer un delito. Por tanto, el primer supuesto es más amplio que el segundo, pues toda peligrosidad social no es peligrosidad criminal, mientras que toda peligrosidad criminal siempre supone peligrosidad social (1).

Que la Ley pretende abarcar ambas situaciones se desprende de su propio preámbulo. En el número segundo se hace mención a la «probabilidad de delinquir», mientras que el número cinco dice «establecer las nuevas categorías de estados de peligrosidad que las actuales circunstancias sociales demandan por ofrecerse ciertamente como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales, con grave daño o riesgo para la comunidad.»

Prescindiendo de toda la problemática que supone el estado peligroso en sí (2), su fundamento (3) y determinación (4), debe

(1) COBO DEL ROSAL, M.: *Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1974*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, Valencia, 1974, págs. 107-108; LANDECHO, C. M.: *Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, en ídem., ídem., págs. 247 y ss.

(2) BARBERO SANTOS, M.: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en *Estudios de Derecho penal y Criminología*, Valladolid, 1972, páginas 13 y ss.; BUENO ARÚS, F.: *La peligrosidad social*, en *Razón y Fe*, mayo, 1971.

(3) CASABÓ RUIZ, J. R.: *El fundamento de las medidas de seguridad*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, cit., págs. 37 y ss.

(4) VIVES ANTÓN, T. S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, cit., págs. 391 y ss.

entenderse que las medidas de seguridad sólo se deben imponer, cuando corresponda, a los sujetos que tienen gran probabilidad de ejecutar algún delito, no a los que puedan cometer un daño social no constitutivo de delito. Esto es muy amplio y puede llevar a una situación de inseguridad jurídica (5). Por tanto, prescindimos del concepto de peligrosidad social, ocupándonos solamente de la peligrosidad criminal, para lo que no es necesario la comisión previa de ningún delito. Antón Oneca emplea el término peligrosidad social en el sentido que aquí se da la de peligrosidad criminal, al escribir: «las aplicables a sujetos que no han cometido delito, aunque es de temer que lo cometan (estado de peligrosidad social)» (6).

I. TITULO

Se pretende con esta nueva denominación de la Ley, según el apartado primero de su preámbulo, ponerse más en línea con la terminología moderna, así como ajustarse al compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social.

En principio ha de señalarse que el nombre dado a la Ley no es afortunado, ya que peligrosidad social pueden ofrecer determinadas personas cuya situación o conducta nunca terminará en el delito, pensemos, por ejemplo, en un enfermo contagioso que desconoce su enfermedad y, por supuesto, no tiene el menor interés de transmitirla. Supone un riesgo para la comunidad de no tomarse las medidas sanitarias pertinentes.

Tampoco parece acertada la segunda parte de su título, «Rehabilitación social», pues rehabilitar supone: «habilitar de nuevo o restituir una persona o cosa a su antiguo estado», o sea, volver a habilitar. Equivale, por tanto, a conseguir que el sujeto vuelva a la habilitación social que tuvo y perdió, y cuya nueva situación supone un riesgo para la sociedad desde el punto de vista criminal. Esto, que en efecto sucede en algunas ocasiones, en otras no se da, ya que el sujeto nunca estuvo habilitado para hacer vida en comunidad por lo que no precisa de rehabilitación, sino de una primera habilitación. Esto es frecuente en el terreno de la juventud, unas veces porque todavía no alcanzó la edad de madurez y, otras, porque no llevó el ritmo normal de incorporación a la sociedad.

Tal vez encajaría mejor el título de «Ley de peligrosidad criminal y habilitación social».

(5) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1973, pág. 812; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Medidas de seguridad y estado de derecho*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, cit., págs. 345 y siguientes.

(6) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, página 583.

II. RELACION CON LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES DE 1933

1. DEFECTOS PRINCIPALES QUE SUBSISTEN

a) Sigue sin definirse lo que sea la peligrosidad. Si el Código penal da una definición del delito en su artículo 1.º, más necesario resulta el de peligrosidad, ante la poca precisión de algunas de sus categorías. Puede buscarse su contenido teniendo en cuenta lo que al respecto se recoge en algunas de las categorías: «perjuicio para la comunidad», «predisposición delictiva», «moralmente pervertido», «revelen inclinación delictiva» (art. 2.º, 9, 10, 14, 15); «habitudinalidad criminal» (art. 4). Pero lo cierto es que no se da una definición.

b) Algunas categorías siguen siendo muy amplias, como sucede en los números 9 y 14 del artículo 2.º, por lo que a veces se puede dudar si una conducta se encuentra tipificada o no. Es cierto que el error de Derecho no exime, como en el Código penal. Sin embargo, mientras aquí la tipicidad suele ser clara, en la Ley no lo es tanto.

c) Se dice en el número 3.º del preámbulo de la Ley, que uno de los fines de ésta es evitar la superposición que se daba en algunos casos de estados peligrosos y delito. Han desaparecido algunos, como la explotación de juegos prohibidos, pero lo cierto es que la actual Ley cae en el mismo error al introducir nuevas categorías que coinciden con tipos del Código penal, como sucede ahora con las recogidas en los números 2, 5, 8 y en parte del 9 del artículo 2.º de la Ley (rufianes y proxenetas, pornografía, estupefacientes y daños).

d) Discutible es el tema del internamiento en establecimientos de trabajo de los sometidos a una medida. Parece que el trabajo aquí es obligatorio, cosa que no ocurre en el cumplimiento de la condena, con la redención de penas por el trabajo, donde el artículo 100 del Código penal dice «podrán». En el mismo sentido, el artículo 65 del Reglamento de los Servicios de Prisiones. Aquí es potestativo.

Por su parte, hay un Convenio de la OIT sobre abolición del trabajo forzoso de 1957, suscrito por España. ¿Puede considerarse en los supuestos de la Ley el trabajo como forzoso? La verdad es que en ningún caso equivale a «trabajo coactivo», que va en beneficio del sujeto, pues se pretende habilitarle para la vida en sociedad, y, además, según el artículo 24 del Fuero de los Españoles, es un derecho —también un deber— el trabajo para todos los españoles. No parece que sea el sentido de la Ley «trabajo forzoso», sino obligatorio, como una medida necesaria para su recuperación. Por otra parte, esta es la situación de la mayoría de los ordenamientos (7): trabajo obligatorio para los sometidos a medidas de

(7) Se recoge el trabajo como medida en los Códigos penales de Italia (art. 215-1), Portugal (art. 70), República Democrática Alemana (art. 34), Brasil (art. 88), Costa Rica (art. 101), etc.

seguridad (art. 28 Reglamento... «mediante un sistema basado en la "obligatoriedad del trabajo"»).

e) Cabe la posibilidad de que la medida se cumpla después del cumplimiento de la pena (art. 97 del Reglamento), lo cual demuestra la ineficacia de los sistemas de tratamiento penitenciarios (sobre ésto volveremos después).

f) Se sigue con el confusionismo de las diversas categorías de peligrosidad.

Las categorías que se recogen en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley son unas predelictuales, otras postdelictuales; por otra parte, hay de aplicación a antisociales, antisociales-predelictuales, las que coinciden con figuras de delito del Código penal, y, finalmente, las del artículo 3.º para «enfermos y deficientes mentales», que se introduce en la nueva Ley.

1. *Predelictuales.*—En ellas hay una notable probabilidad de que el sujeto pueda terminar cometiendo algún delito. La presunción, sin embargo, tiene su margen de error. Son de este tipo:

NÚM. 10, ARTÍCULO 2.º «*Los que integrándose en bandas o pandillas, manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva.*»

No ofrece comentario alguno, ya que el propio texto legal determina que manifiesten evidente predisposición criminal.

NÚM. 11, ARTÍCULO 2.º «*Los que, sin justificación, lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten, indudablemente, su presumible utilización como instrumento de agresión.*»

En los supuestos de manifestaciones y alteraciones del orden público, esta gente armada casi siempre termina cometiendo alguna infracción contra las personas o daños en las cosas. La probabilidad de delinquir es grande.

NÚM. 13, ARTÍCULO 2.º «*Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa.*»

También aquí la posibilidad de cometer un delito contra la seguridad del tráfico, o culposo, es muy grande. El problema es principalmente de conductores jóvenes.

NÚM. 14, ARTÍCULO 2.º «*Los menores de veintidós años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos.*»

Sin entrar en detalles de quién sea el culpable de esta perversión moral, hay que estimar el riesgo que existe de caer en el delito, sobre todo, cuando carecen de trabajo estos jóvenes, realizan muchos gastos con sus vicios o conviven con sujetos de moral similar.

En todo caso, hay que excluir a los menores de esa edad emancipados.

NÚM. 15, ARTÍCULO 2.º, INCISO PRIMERO. «*Los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren..., revelen inclinación delictiva.*»

Hay que fundar ese carácter predelictual en lo que dispone el propio texto legal al decir: «revelen inclinación delictiva».

2. *Postdelictuales.*—Es preciso la existencia previa de una sentencia condenatoria. Sólo se da en dos supuestos:

NÚM. 15, ARTÍCULO 2.º, INCISO ÚLTIMO. «*O por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva.*»

ARTÍCULO 4.º. «*También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social.*»

3. *Antisociales.*—En estos supuestos no hay riesgo probable de que el sujeto caiga en el delito, aunque tales conductas suponen un peligro para la convivencia social.

NÚM. 3.º, ARTÍCULO 2.º «*Los que realicen actos de homosexualidad.*»

Estas conductas, a lo sumo, pueden suponer un riesgo para la moral y buenas costumbres sociales.

NÚM. 4.º, ARTÍCULO 2.º «*Los que habitualmente ejerzan la prostitución.*»

Lo mismo que en el supuesto anterior, nos encontramos ante conductas socialmente reprobables, pero penalmente no, ya que el Derecho penal no las sanciona. De todas formas, tienen más riesgo de caer en el delito (8) y buena parte de ellas, en su vida adulta, terminan cometiendo delitos relativos a la prostitución. Puede considerarseles predelincuentes.

NÚM. 9.º, ARTÍCULO 2.º «*Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a las personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas.*»

La probabilidad de que cometan posteriormente delitos no se da apenas. Nos encontramos ante el clásico gamberro, que cambia su conducta conforme se hace mayor, dejando atrás la edad juvenil. Pueden sus comportamientos ser constitutivos de faltas, por lo que más tarde algunos serían incluidos en el número 15.

(8) SERRANO GÓMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970, pág. 214.

NÚM. 12, ARTÍCULO 2.º «*Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello.*»

No estamos ante una situación predelictual, pues el autor de estos hechos no tiene probabilidad de cometer delitos. Su conducta es antisocial por los problemas que puede crear a la persona o su familia, cuando se le facilita la entrada o salida clandestina (trabajo, vivienda, etc.).

NÚM. 6.º, ARTÍCULO 2.º «*Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.*»

El mendigo habitual no suele ser peligroso en cuanto a la probabilidad de cometer delitos. Su conducta es antisocial. El problema puede ser para los jóvenes que al dedicarse a la mendicidad y marginarse de la sociedad, pueden, cuando sean mayores, terminar en el delito.

4. *Antisociales-predelictuales.*—En estos supuestos la conducta, en principio, es antisocial. Puede conducir a un riesgo de criminalidad en el futuro. Sin embargo, esta probabilidad es mucho menor que en los supuestos predelictuales, por lo que no parece oportuno incluirlos en ninguno de los dos grupos.

NÚM. 1.º ARTÍCULO 2.º «*Los vagos habituales.*»

La conducta es antisocial desde el momento que hay un deber de trabajar, como así lo establece el propio Fuero de los Españoles en su artículo 24.

Hay muchos vagos que sobreviven de cualquier forma, pero no existe riesgo de que delincan. Sin embargo, la vagancia, que suele suponer una falta de especialización laboral, supone en algunos casos un riesgo futuro de delinquir.

NÚM. 7.º, ARTÍCULO 2.º «*Los ebrios habituales y los toxicómanos.*»

En principio, la conducta de ambos es antisocial, en especial merma las facultades que toda persona debe tener para cumplir sus funciones sociales.

La probabilidad de delinquir viene determinada porque en tal situación se delinque con más frecuencia. Pensemos en el toxicómano que necesita cometer un delito para obtener el dinero con el cual comprar la droga.

5. *Categorías que coinciden con figuras de delitos.*—En estos supuestos se da una duplicidad de tipificación en la Ley y en el Código Penal. La figura se recoge en los dos textos legales, aunque la identidad no es completa.

NÚM. 2.º, ARTÍCULO 2.º «*Los rufianes y proxenetas.*»

No define la Ley lo que ha de entenderse por tales, por lo que

es necesario acudir al Código penal, donde se tipifican: Rufianes, en el artículo 452 bis, c); proxenetas, en el 452 bis, a), número 2 y bis, b), números 2.º, 3.º y 4.º Para ambos supuestos hay que tener también presente el artículo 452 bis, d).

NÚM. 5.º, ARTÍCULO 2.º «*Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología.*»

Dispone el párrafo 1.º, artículo 431 del Código penal: «El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...»

NÚM. 5.º, ARTÍCULO 566. «*Los que de igual manera ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o la decencia pública.*»

Prescindiendo de pequeños detalles, sobre los que volveremos después, vemos una duplicidad de figuras entre la Ley y el Código penal.

En cuanto a la apología podría tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 268 del Código y en el 566, número 4.

NÚM. 8.º, ARTÍCULO 2.º «*Los que promueven o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su consentimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente posean las sustancias indicadas.*»

Aunque no coincide exactamente con el artículo 344 del Código, hay conductas duplicadas: a) Tráfico ilícito; b) Promover, favorecer o facilitar el uso, y c) Tenencia ilícita.

Todo esto sin perjuicio de la declaración de peligrosidad a que hace referencia la Ley.

NÚM. 9.º, ARTÍCULO 2.º, INCISO ÚLTIMO. «*O daño de los animales, las plantas o las cosas.*»

Puede dar lugar a un delito o falta.

6. *Categoría especial.*—Es la recogida en el artículo 3.º de la Ley, que no tiene antecedentes en la Ley anterior.

«*Serán de aplicación los preceptos de esta Ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad.*»

Con este artículo se complican todavía más las categorías de la Ley de 1933.

III. OTROS ASPECTOS

1. *Garantías.*—Ofrece la presente Ley mayores garantías que la de Vagos y Maleantes, ya que:

— Además de estar comprendido el sujeto en cualquiera de los supuestos de los artículos 2, 3 y 4, se precisa, conforme al apar-

tado B) del artículo 2.º, que «se aprecie en ellos una peligrosidad social». Hay que estimar que el juez de vagos no imponía una medida si no existía esa peligrosidad, según la Ley de 1933 (9).

— Desaparece la analogía, recogida en el artículo 1.º G) del Reglamento de la Ley de 1933.

— Mientras en la Ley anterior (art. 3.º) era suficiente para la aplicación de una medida la reiteración o reincidencia cuando fuera presumible la habitualidad criminal ahora en el artículo 4.º, aunque se suprime la reiteración o reincidencia se exige la condena de tres o más delitos y, además, la declaración de su peligrosidad social.

— Desaparece el número 2 del artículo 3.º de la Ley anterior donde se establecía la posibilidad de aplicar una medida por la comisión de cualquier delito con la simple declaración, por parte del tribunal sentenciador, de la peligrosidad del agente.

— Antes se aplicaba por el mero hecho de ser homosexual, ahora se precisa realizar «actos» de homosexualidad.

2. Desaparece la preocupación por los problemas de orden público de la Ley anterior (núm. 11, párrafo segundo, art. 2.º).

3. En el artículo 2.º se recoge: «Serán declarados en estado peligroso», lo que parece restringir la facultad de los jueces respecto de la Ley anterior, donde en el mismo artículo se decía: «Podrán ser declarados en estado peligroso.» Aquí se recoge con claridad que es potestad de juez. No ha de olvidarse que en las medidas el arbitrio judicial ha de ser grande, ya que se precisa —en la mayoría de los casos— la valoración de diversos hechos y conductas necesarios para determinación de la peligrosidad del sujeto. Sin embargo, el artículo 16 da un amplio margen al juez.

4. Se confunde «estado peligroso» con «peligrosidad» en el artículo 2.º, pues, además de peligrosidad, el sujeto ha de estar comprendido en alguno de los supuestos que se señalan. Ha de tenerse en cuenta que la peligrosidad está referida a un hecho aislado y a la norma penal: estado peligroso se refiere a un tipo de personalidad. La peligrosidad entra dentro del Derecho, el estado peligroso pertenece a la Criminología. Un sujeto puede ser socialmente peligroso y jurídicamente no (10).

5. No hay que confundir las medidas de seguridad con las medidas gubernativas. Estas tienen carácter sustitutorio por impago de multa, sin ninguna valoración *a priori* de peligrosidad, así:

— El Decreto de 4 de agosto de 1952 autoriza a los Gobernadores civiles a imponer un arresto sustitutorio, por el impago de multa impuesta, conforme a lo establecido en el artículo 260 de la Ley de Régimen Local, hasta quince días como máximo.

(9) Véase COBO DEL ROSAL, M.: *Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, cit., pág. 113.

(10) SABATER TOMÁS, A.: *Peligrosidad social y delincuencia*, Barcelona, 1972, págs. 112-113.

— Ley de 2 de septiembre de 1941, por la que se regula las atribuciones y funcionamiento de la Jefatura superior de Policía. En el párrafo último del artículo 8.º se establece arresto subsidiario por el impago de la multa impuesta por los Jefes Superiores de Policía, que puede durar hasta un mes.

— Tampoco tienen tal carácter el arresto subsidiario por el impago de sanción impuesta conforme al artículo 22 de la Ley de Orden Público (treinta días si impuso la sanción el Gobernador civil; sesenta, si fue el Director General de Seguridad, y noventa, si fue el Ministro de la Gobernación o Consejo de Ministro quien impuso la multa).

IV. SITUACION DE LOS MENORES DE DIECISEIS AÑOS (11)

Dispone el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley: «Los menores de dicha edad (dieciséis años) que puedan considerarse incluidos en los dos primeros preceptos citados (arts. 2.º y 3.º), serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores».

En el artículo 2.º de la Ley hay una serie de supuestos que no se recogen en el artículo 9.º, 1.º C) de la LTTM: «de los menores de dieciséis años *prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos*, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo requiera el ejercicio de su facultad reformadora». De estas categorías solamente coinciden con el artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad:

a) *Prostituidos*.—Coincide con el número 4.º de la LPRS, «los que habitualmente ejerzan la prostitución» (en la LTTM no se exige habitualidad).

b) *Vagos*.—Coincide con el número 1.º de la LPRS, «los vagos habituales» (tampoco se exige allí la habitualidad).

c) *Vagabundos*.—No coincide en ningún caso con la LPRS.

d) *Licenciosos*.—Según el Diccionario de la Real Academia equivale a «libre, disoluto, atrevido». Por su parte, «disoluto» equivale a «entregado a los vicios». Podría equipararse dentro de la LPRS a los que realicen actos de homosexualidad (núm. 3.ª), ebrio habitual o toxicómano (núm. 7.º, art. 2.º).

Ante esta situación surgen una serie de cuestiones:

1. ¿Queda derogado el artículo 9.º, 1.º C) de la LTTM en lo referente a medidas, y en su lugar se aplican las que correspondan conforme a los artículos 2.º y 3.º de la Ley de Peligrosidad?

(11) Véase PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y los Tribunales Tutelares de Menores*, en «Revista de la Obra de Protección de Menores, abril 1972, págs. 15 y ss.»; RODRÍGUEZ DEVESA, *Algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, cit. págs. 325 y ss.

Ha de estimarse que no hay tal derogación del citado artículo 9.º, 1.º C), pues conforme al artículo 2.º, 2.º, del Código civil, «las leyes sólo se derogan por otras posteriores». Hay que aceptar, por tanto, que ambas leyes están en vigor.

2. ¿Hay una ampliación en las facultades de los Jueces de Menores? Esta parece la solución más correcta. Dichos jueces podrán intervenir, además de en los casos recogidos en el artículo 9.º, 1.º, C) de la LTTM, en los supuestos recogidos en los artículos 2.º y 3.º de la LPRS.

3. La falta de concordancia entre algunos preceptos de la LPRS y la de TTM ha pretendido resolverse con la disposición adicional del Reglamento de la Ley de Peligrosidad, que dispone: «Cuando los menores de dieciséis años, sometidos a los Tribunales Tutelares de Menores, hayan de ser objeto de un tratamiento rehabilitador o asistencial, semejante al que se presta en los establecimientos de preservación y casas de templanza a que se refiere este Reglamento, podrán ser admitidos en ellos para recibir el tratamiento previsto en el mismo, bajo la tutela del Tribunal que así lo acuerde, sometiéndose en lo posible al régimen del establecimiento, que deberá salvaguardar la personalidad del menor y la especialidad de la acción tutelar del Tribunal» Aquí se establece una analogía, que, como dice Rodríguez Devesa, no puede ser admitida. Sostiene éste autor que, por estar proscrita la analogía tanto para la creación de penas como de medidas de seguridad, «los menores de dieciséis años que no se hallen comprendidos en el artículo 9.º de la LTTM, por más que concurren en ellos las circunstancias previstas en la Ley de Peligrosidad, no pueden ser sometidos a ninguna medida de seguridad distinta de las enumeradas en el artículo 17 de la LTTM» (12). Esto se corrobora con lo dispuesto en el artículo 2.º del Reglamento, que en su párrafo segundo establece: «Los menores de dicha edad (dieciséis años) que puedan considerarse incluidos en los dos primeros preceptos citados (arts. 2.º y 3.º de la Ley), serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores, *que aplicarán su legislación.*»

4. Tenemos, por otra parte, que la facultad de los Jueces de menores, conforme al artículo 9.º de la LTTM, es potestativa, mientras que en los supuestos de la LPRS es obligatoria. Esto no plantea problemas, ya que la solución es:

— Para los vagos o prostituidos, mientras no exista peligrosidad, la facultad de aplicar una medida es potestativa, conforme al artículo 9.º, 1.º, C) de la LTTM; es obligatoria cuando se aprecie en ellos la peligrosidad social, conforme al artículo 2.º de la LPRS.

— Para los licenciosos cabe la misma solución: en los que no se aprecie la peligrosidad social, facultad potestativa; si se aprecia

(12) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Problemática jurídica de la delincuencia de menores*, en *Delincuencia juvenil*, Santiago de Compostela, 1973, páginas 203-204.

la peligrosidad, hay obligación de aplicar una medida (para las categorías de realizar actos de homosexualidad y ebrios habituales y toxicómanos, números 3.º y 7.º de la LPRS).

— Para los casos de menores de dieciséis años vagabundos, sólo cabe la facultad potestativa de la LTTM, ya que no existe precepto idéntico en la LPRS.

La situación de los menores de dieciséis años es más grave que la de los mayores de esa edad. Aquéllos pueden ser sometidos, además de las medidas recogidas en los artículos 2.º y 3.º de la Ley de Peligrosidad, por «vagabundo» o «licencioso» (art. 9.º, 1.º, C), de la LTTM), que no son aplicables a los mayores de dieciséis años. En los casos de «prostituidos» y «vagos» no se les aplicará a los mayores si no se declara previamente su situación de peligroso social, sí a los menores. De todas formas, los Jueces de menores generalmente sólo toman medidas en los casos verdaderamente importantes.

V. FIGURAS QUE SE SUPRIMEN

No se recogen en la Ley actual las características siguientes de la Ley de 1933 (art. 2.º):

1. Posesión injustificada de dinero (núm. 3.º).
2. Explotación o cooperación en juegos prohibidos (5.º).
3. Suministrar en establecimientos públicos, para su consumo inmediato, vino o bebidas espirituosas a menores, y los que promovieran o favorecieran la embriaguez habitual (7.º).
4. Ocultación del verdadero nombre, falsear el domicilio, así como el uso y tenencia de documentos de identidad falsos (8.º).
5. Extranjeros que quebrantaran una orden de expulsión del territorio nacional (9.º).
6. Incitación a la ejecución de delitos de terrorismo y atraco (11).
7. Sustraer a la lícita circulación divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos o de comercio, así como facilitar la especulación de los mismos (12).
8. Delito imposible, cuando se aprecie peligrosidad (art. 9.º, párrafo 4.º).

VI. FIGURAS QUE SE CREAN

1. Ejercicio habitual de la prostitución (art. 2.º, núm. 4.º).
2. Pornografía (5.º).
3. Tráfico ilícito, fomento del consumo y tenencia ilegítima de estupefacientes (8.º).
4. Integración en bandas o pandillas con actividades que manifiesten una predisposición delictiva (10).
5. Llevar armas u objetos de posible empleo en agresión (11).

7. Contravenciones de circulación (13).
8. Menores abandonados, que se hallen moralmente pervertidos (14).
9. Enfermos y deficientes mentales (art. 3.º).

VII. MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) *Modificaciones*.—No pasa a la nueva Ley el internamiento en colonias agrícolas; se limita el espacio de tiempo de duración de la expulsión de extranjeros, antes ilimitada, dura ahora cinco años; se eleva la cuantía de la multa a 50.000 pesetas. Estas son las modificaciones de más interés.

B) *Medidas de nueva creación*.—Son bastantes y se recogen en la enumeración que de las medidas de seguridad se hace en el artículo 5.º

1. Internamiento en establecimiento de reeducación (2.ª).
2. Internamiento en establecimiento de preservación (3.ª).
3. Arresto de fines de semana (4.ª).
4. Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados (6.ª).
5. Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo (7.ª).
6. Clausura del establecimiento (8.ª).
7. Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado actividades peligrosas (11).
8. Represión judicial (13).

VIII. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (13)

Prescindiendo del fin principal de rehabilitación que tienen las medidas de seguridad, se pueden clasificar:

1. Privativas de libertad (art. 5.º, 1.ª, 2.ª y 4.ª).
2. Restrictivas de libertad (10 y 12).
3. Restrictivas de derechos (7.ª, 8.ª, 9.ª, 11 y 14).
4. Represión judicial (13).
5. Curativas (3.ª, 5.ª y 6.ª).
6. Económicas (15 y 16).

(13) Véase BERISTAIN IPIÑA, A.: *Medidas penales en el Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974, pág. 106; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., págs. 825 y ss.; Fiscalía del Tribunal Supremo: *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, Madrid, 1972, págs. 94-95.

En realidad también son privativas de libertad las recogidas en los números 5.º y 7.º, o sea, las curativas y de reeducación.

Todas las medidas tienen su paralelismo dentro del Código penal con las penas, incluso las curativas en el supuesto de enajenados, artículo 8.º, número 1.º, párrafo 2.º

II

CUESTIONES DE POLITICA CRIMINAL

Se hacen ahora una serie de consideraciones, desde el punto de vista de la Política criminal, sobre las categorías recogidas en el artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

1.º *Los vagos habituales* (núm. 1.º, art. 2.º).

La vagancia tiene una gran raigambre histórica entre nosotros (14). Se recoge, dentro de los Códigos. En el de 1848 podía ser constitutiva de delito (arts. 258 y ss.); en el de 1870 era una agravante (art. 10, 23), así como también en el de 1928 (art. 67, 5.º), pudiendo ser falta (art. 813); no se recoge en los Códigos posteriores; sí en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, cuya fórmula se mantiene en la Ley actual.

Ha de entenderse que la situación debe ser voluntaria, pues no cabe considerar como tal a quien llega a la vagancia debido a crisis laborales, enfermedad, etc.

Pese a su tradición histórica, y como consecuencia de los cambios socioeconómicos, culturales, etc., su inclusión dentro de la nueva Ley no parece acertada, ya que, salvo en contadísimos supuestos —que vendrían a ser de laboratorio—, ha de tenerse en cuenta:

a) Que la peligrosidad sólo se da cuando el vago se encuentra incluido en alguna de las otras formas del artículo 2.º. Normalmente el vago lo es por estar en cualquiera de estos supuestos: rufián, proxeneta, homosexualidad, prostitución, pornografía, tráfico de estupefacientes, estar integrados en pandillas, son rebeldes a la familia o tienen relación con delinquentes o maleantes. Generalmente el vago habitual está incluido en más de una de estas categorías.

b) Es difícil, por otra parte, manteniendo la definición que de vago se da en el artículo 258 del Código penal de 1848 (que viene a repetirse en el artículo 10, 23 del de 1870, aun considerando las reservas que hace la Circular de la Fiscalía del T. S.), encontrar a un sujeto en situación de vagancia (viviendo sin disponer de medios lícitos), sin que entre en contacto con alguna de las otras figuras indicadas, en los que se aprecie la peligrosidad. Cuando esto no sea así, nos encontraremos, casi siempre, en supuestos de vagancia recogidos en el número 6.º referente a la mendicidad.

(14) Ley de las Cortes de Toro, de 1369; Pragmática, de 25-11-1552; Real Ordenanza de Vagos, de 7-5-1775; Novísima Recopilación (L. VII, Tit. XXXIX, L. XVIII)...

Hoy han variado las condiciones de nuestro Derecho histórico en lo referente a vagos.

De *lege ferenda* podía suprimirse este número del artículo 2.º, ya que esas conductas siempre van unidas a otras del mismo artículo, a través de las cuales se puede apreciar la peligrosidad. La figura, por sí sola, es prácticamente inoperante.

Ahora cabe la medida incluso por la reiterada comisión de faltas penales (art. 2.º, 15).

2. Los rufianes y proxenetas (núm. 2.º, art. 2.º (15))

Ya hay antecedentes en las Partidas sobre los explotadores de mujeres (P. VII, Tít. XXII, Ley I).

Esta figura se encontraba en la Ley de 1933 (art. 2-2.º). Hay una duplicidad de preceptos con el Código penal. En éste se encuentra la figura del rufián en el artículo 452 bis, c); la del proxeneta en el 452 bis, a), número 2.º, y en el 452 bis b), números 2.º, 3.º y 4.º. Para ambos supuestos ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 452 bis, d).

Establece la F. T. S. que cuando el proxenetismo o rufianismo, como hechos aislados, entran dentro del Código penal, cuando son «conductas reiteradas o de hábito, serán al mismo tiempo, objeto de medida de seguridad», siempre que se declare la peligrosidad (16).

Por otra parte, en el artículo 452 bis, c), se establece con carácter imperativo la imposición de una medida de seguridad «al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote», además de las penas que se establecen en el artículo 452 bis, b). Nos encontramos ante una acumulación de pena y medida.

Para la aplicación de la medida a que se refiere el artículo 452 bis, c) no es necesario que se aprecie la peligrosidad. Esto va en contra de la Ley de Peligrosidad, a la que se remite para la aplicación de la citada medida.

De *lege ferenda* debió suprimirse, desde la entrada en vigor de la Ley de Peligrosidad, la medida a que hace referencia el artículo 452 bis, c) que, por otra parte, sigue refiriéndose a la Ley de 1933, aunque se sobreentiende que ahora es a la de Peligrosidad.

También debe de suprimirse de la LPRS, ya que:

— Como el propio preámbulo de la Ley establece en su número tercero se pretende eliminar toda superposición entre estado peligroso y delito, cosa que no se cumple en este supuesto.

— Su eliminación de la LPRS no afectaría para nada a la posibilidad de aplicación de medidas a rufianes y proxenetas, conforme al artículo 4.º de la Ley, pues como la propia F. T. S. establece, para la aplicación de medidas a unos u otros se requiere conductas reiteradas de hábito, por lo que cabría la aplicación de aquel artículo.

(15) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pag. 815; F. T. S., *ob. cit.*, páginas 20 y ss.; SABATER TOMÁS, *ob. cit.*, págs. 127 y ss.

(16) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 20.

cuando se cometan tres o más delitos, previa declaración de peligrosidad social. Esto sin tener en cuenta la opinión de algún autor que pide la exclusión del Código penal de estas conductas (17). Por otra parte, hay que ir al Código para encontrar el concepto de lo que debe entenderse por «rufián» o «proxeneta.»

No obstante, este supuesto, como en los demás que se irán viendo de superposición de estado peligroso y delito, quedarían resueltos con la reforma del artículo 4.º de la LPRS, que se verá en su momento, pudiendo vaciarse la Ley de algunas categorías del artículo 2.º.

3. *Los que realicen actos de homosexualidad* (núm. 3.º artículo 2.º) (18)

En la Ley de 1933 la figura allí recogida era la de ser homosexual (art. 2.º, 2.º), ahora se exige la realización de actos.

Esta figura, atípica en el Código penal, tiene antecedentes muy remotos. Prescindiendo de la época romana, en que tuvo que prohibirse la venta de jóvenes en el Campo de Marte, e incluso períodos anteriores el «pecado nefando» fue objeto de las más duras persecuciones, llegándose incluso a la aplicación de la pena de muerte (19), en el Código penal de 1928 se castigaba al que «habitualmente o con escándalo, cometiese actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo» (art. 616). En el Código de Justicia Militar se castiga la homosexualidad entre varones (art. 352).

Aunque no somos partidarios de que se sancione la homosexualidad, siempre que no dé lugar a escándalo público (art. 431 Código penal), abusos deshonestos (art. 430, en relación con el 429-3.º), corrupción de menores (art. 452 bis, *b*) o la falta del número 3.º del artículo 567, lo cierto es que hay sujetos que son peligrosos por chantajes, coacciones, delitos contra la propiedad para poder mantener el vicio a través de realizar actos contra natura con los que se dedican a la prostitución, peligro de corrupción de menores, delitos de sangre, etc. La garantía de la Ley subsiste en cuanto solo se aplica a quienes se aprecie peligrosidad. Los supuestos más graves se dan cuando el homosexual se dedica, además, a la prostitución, por lo que tal vez podría ser suficiente con el número 4.º, prescindiéndose del 3.º.

4. *Los que habitualmente ejerzan la prostitución* (núm. 4.º artículo 2.º)

Comprende tanto la prostitución masculina como la femenina. Estas conductas penalmente son atípicas, salvo en los casos de escándalo público (art. 431).

(17) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La mujer y el Código penal*, en «Cuadernos para el Diálogo», diciembre 1971.

(18) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 815; SABATER TOMÁS, *ob. cit.*, págs. 133 y ss.; F. T. S., *ob. cit.*, págs. 23 y ss.

(19) Véase TOMÁS VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969, págs. 226 y ss.

La prostituta en sí, apenas ofrece peligrosidad, en el sentido de probabilidad de delinquir; el riesgo es menor que en la prostitución masculina. La mujer no emplea el chantaje, pongamos por caso, como los varones. Sin embargo, hay un riesgo mayor de caer en el delito que en la mujer no prostituta. De un estudio realizado por nosotros sobre 200 de ellas: habían delinquido después de iniciarse en la prostitución el 20 por 100, aunque generalmente con hechos constitutivos de falta (20). Ultimamente, tienen notable participación en el tráfico ilegal de estupefacientes, y suelen tener ciertas relaciones con el mundo del hampa. Además, parte de ellas al llegar a su edad adulta se dedican al proxenetismo. Probar la prostitución es difícil.

Ninguno de nuestros Códigos penales considera la prostitución como delito. Sin embargo, la realidad de estas conductas es antiquísima, ya la Lex Julia hace referencia a ellas, también el Fuero Juzgo y las Partidas se ocuparon. Entre nosotros, y en el presente siglo, la reglamentación ha sido amplia (21), se mantiene la duda sobre el Decreto de 6 de noviembre de 1941, del Ministerio de Justicia, por el que se crean establecimientos penitenciarios especiales para el «internamiento y reforma de las mujeres reincidentes, en infracciones relacionadas con la prostitución» (art. 1.º); «el Director General de Seguridad, por sí o a propuesta de los Gobernantes civiles o Jefes Superiores de Policía, ordenará, con el carácter de detención gubernativa, el ingreso de las mujeres que reiteradamente cometan infracciones reglamentarias o de policía, relacionadas con el ejercicio de la prostitución...» (art. 3.º. Esta medida iba de un mínimo de seis meses, prorrogable de tres en tres meses, hasta un máximo de dos años. Vemos que se trata de una medida de seguridad, que no tiene razón de ser, después del Decreto Ley de abolición de la prostitución de 3 de marzo de 1956; ya que la prostitución no está reglamentada, sino abolida. Por tanto, hay que considerar derogado el Decreto de 6 de noviembre de 1941.

5. *Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología* (número 5 art. 2.º)

Estamos una vez más ante una posible coincidencia entre tipos del Código penal y Ley de Peligrosidad. El escándalo público, que de una u otra forma se recoge en todos nuestros Códigos penales (22), viene a coincidir en muchos aspectos con el número 5.º del artículo 2.º de la Ley. Las cuestiones de detalle no son suficientes como para mantener la medida de la Ley, tales pueden ser, entre

(20) SERRANO GÓMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España*, cit., pág. 214.

(21) Se reglamenta la prostitución por la Real Orden de 1-3-1908 y el Real Decreto de 28-9-1910; se establece la abolición de la prostitución por el Decreto de 28-6-1935; se vuelve a la reglamentación por el Decreto de 27-3-1941, quedando derogado el Decreto anterior.

(22) Código de 1822, arts. 532 y 533; Código de 1848, art. 482; Código de 1850, art. 364; Códigos de 1870, 1932 y 1944 vienen a emplear la fórmula actual; el de 1928, art. 618.

otras: la tenencia de material pornográfico nunca dará lugar a la aplicación de la Ley, y sí del Código penal (art. 431) siempre que haya un ánimo de difundir (23). La verdad es que el «escándalo público» tiene una extensión muy amplia en el Código como delito, o como falta.

Dispone el artículo 431, párrafo 1.º del Código penal: «El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...»; artículo 432; «El que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública...».

Como falta hay que tener presente el número 5.º del artículo 566: «Los que de igual manera ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública», y número 3.º artículo 567: «Los que con exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

Con la extensión del Código (24), no es mucho lo que queda para Ley. Sin embargo, como dice Rodríguez Devesa: «no se trata de luchar contra la pornografía, sino de considerar la intervención descrita en esta clase de hechos, como posible índice de una proclividad al delito que habrá de ser confirmada por un pronóstico criminológico» (25). No obstante, la presunción de criminalidad de estos sujetos, está encaminada a la comisión de delitos tipificados en el Código como de escándalo público; no suelen ser probables otras conductas. Por ello, siempre queda la posibilidad de aplicar una medida conforme al artículo 4.º de la Ley de Peligrosidad.

En cuanto a la apología, se puede recurrir al artículo 566-4.º del Código penal (26).

La diferencia entre el Código y la Ley habría que buscarla en los «conceptos de reiteración, continuidad, conducta de hábito y de actos ocasionales, aislados o esporádicos», ya que la identidad entre ambos textos legales es muy grande (27), lo cual no es suficiente para mantener esta figura en la Ley, pues, reptimos, una solución sería el artículo 4.º de la misma.

Por otra parte, son muchas las disposiciones de tipo administrativo que existen en nuestro país sobre pornografía y escándalo público: Ley de Prensa. artículos 2.º y 67; Ley de 22 de julio de 1967, determina la competencia del Ministerio de Información y Turismo en materia de moral y buenas costumbres (arts. 1.º y 2.º); también la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960, sobre la defensa de la moral por parte de Correos (art. 12), (28).

(23) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 30.

(24) Véase MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: *El delito de escándalo público*, Madrid, 1970.

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 818.

(26) Véase F. T. S., *ob. cit.*, págs. 31-32.

(27) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 30.

(28) F. T. S., *ob. cit.*, págs. 32 y ss.

De *lege ferenda*, por las razones apuntadas, puede prescindirse en la Ley de Peligrosidad del número 5.º del artículo 2.º.

6. *Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos* (núm. 6.º art. 2.º)

Casi se reproduce el número 4.º del artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes. Se agrega la explotación de ancianos y se cambia la profesionalidad por la habitualidad del mendigo. En cuanto a enfermos ya no se hace referencia a que sean mentales.

Se recogen tres supuestos:

- La mendicidad habitual.
- Vivir de la mendicidad ajena.
- Explotar con el mismo fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.

La Ley derogada decía: «mendigos profesionales» y ahora son «habituales». La F. T. S. estima que la terminología nueva es más amplia que la anterior, ya que «mendigo profesional es aquel que no cuenta con otro modo de vivir, en tanto que si la habitualidad supone la reiteración en la mendicidad no precisa una exclusiva dedicación» (29).

Ha de aclararse que desde el punto de vista criminológico no puede decirse que el término habitual sea más o menos amplio que el de profesional. La habitualidad en una conducta delictual o pre-delictual— supone una inclinación a la misma como consecuencia de un problema de personalidad—, en la profesionalidad, el sujeto vive en todo (o en parte) del delito.

En ocasiones puede coincidir habitualidad y profesionalidad.

Según el criterio de la F. T. S. sobre la habitualidad, resulta que éste es menos peligroso que el profesional, pues no precisa de una reiteración en la conducta. Parece que confunde aquí la necesidad o no de la mendicidad para la subsistencia, siendo en el primer caso profesionalidad. El riesgo de caer en el delito es más probable en éste que en el habitual, ya que pueden fallarle los ingresos por mendicidad, entonces se aprovecha la ocasión o se busca para cometer un delito, en previsión de épocas malas (invierno, vejez, enfermedad, etc.). Hay mendigos que cometen pequeñas infracciones para pasar los meses de invierno en una prisión, donde tienen asegurado cobijo y alimentos.

No comprende ahora la Ley a los mendigos profesionales, salvo cuando coincida en un mismo sujeto con la habitualidad, pese a ser más probable su futura conducta criminal. Otra cosa es que el habitual esté más necesitado de un tratamiento, en atención al desajuste en su personalidad.

(29) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 37.

En los otros dos supuestos: vivir de la mendicidad ajena o explotar a menores, enfermos, lisiados o ancianos no se requiere la habitualidad.

De *lege ferenda*, como ya se ha apuntado, habitualidad y profesionalidad no coinciden. Como el mayor riesgo de futuras conductas delictivas se da en los profesionales, sería más correcto admitir ambos supuestos, pues la habitualidad no siempre comprende la profesionalidad.

En cuanto a los que viven de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin, a enfermos, lisiados o ancianos, la solución no está en una medida de seguridad, sino en la misión que la administración tiene de ayudar a quienes no pueden valerse por sí mismos o sus familiares. No debe suplir una medida las deficiencias de la asistencia social que corresponde a la administración.

La explotación de menores en relación con la mendicidad, tiene una amplia protección legal hacia éstos, así como para evitar la mendicidad por culpa de quien deba proteger a esos menores.

La Ley de 23 de julio de 1903, castigaba a padres, tutores o guardadores por la mendicidad de sus hijos o pupilos menores de dieciséis años, así como los que se hicieran acompañar de los mismos para implorar la caridad pública (art. 1.º); en artículo 2.º se castigaba cuando fueran obligados a mendigar, haber obtenido poco de la mendicidad, entregarlos a otra persona para la mendicidad. La sanción se agravaba si la entrega hubiera sido retribuida (art. 3.º).

Ya la Ley de 26 de julio de 1878 castigaba la entrega de menores de dieciséis años a individuos que se dedicaban habitualmente a la mendicidad, fuera retribuida o no esta entrega (art. 1.º).

El Código de 1848 sancionó como delito la mendicidad (arts. 263 y 266); en el de 1928 se considera como falta (arts. 813, 850 y 851).

El Decreto de 23 de enero de 1963 dispone en su artículo 3.º, que se incorporen al Código penal (art. 584 núms. 10 y 11) los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903. Sin embargo, solo se incorporan los artículos 1.º y 2.º, no el 3.º.

También debe excluirse este punto por su coincidencia con el artículo 584, números 10 y 11. Debía incluirse en el número 10 un último inciso castigando igualmente a los que explotaren con igual fin a esos menores.

En suma, el número 6.º del artículo 2.º de la LPRS debía quedar:

Los que vivan en todo o en parte de la mendicidad, con lo que se evita poner mendigos habituales y profesionales, a fin de no entrar en nuevas dificultades cuando la Ley emplea el término habitual. Una fórmula más amplia podría ser: *Los que vivan en todo o en parte de la mendicidad propia o ajena*, aunque la misma amplitud tiene la primera fórmula.

7. *Los ebrios habituales y los toxicómanos* (núm. 7.º art. 2.º)

Los antecedentes se encuentran en el número 6.º artículo 2.º de la Ley derogada. La novedad es que no se exige la habitualidad a los toxicómanos. La probabilidad futura de delinquir, así como la peligrosidad se da con bastante frecuencia en ambos casos. La situación es más grave en los toxicómanos, donde: unas veces se delinque bajo los efectos de las drogas —también del alcohol— y otras: para conseguir el dinero necesario y adquirir la dosis que se precisan, esta situación es menos importante en los alcohólicos.

La fórmula debe seguir así y resulta acertada la reforma de haber suprimido la habitualidad en los toxicómanos.

8. *Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los ilegítimamente posean las sustancias indicadas* (núm. 8.º art. 2.º).

Nos encontramos una vez más ante duplicidad de preceptos de la Ley y el Código. No pretende la Ley colmar lagunas legales, con las diferencias que veremos existen entre ambos textos, sino el de determinar índices de peligrosidad (30). No existiendo tal peligrosidad delictual, no cabe imponer ninguna medida. Pese a todo, veremos cómo la duplicidad se da.

A) *Diferencias entre el artículo 344 del Código penal y el número 8.º del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad* (31):

— El artículo 344 se refiere a la conducta pasada y al hecho aislado; la Ley a la posible conducta futura.

— El artículo 344 sólo recoge la promoción al uso de drogas, no la promoción al tráfico a que se refiere la Ley.

— La Ley abarca a los «dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca el tráfico o consumo» de drogas, no así el artículo 344.

— Recoge también la Ley «fármacos que produzcan análogos efectos», que no trata el artículo 344. Sin embargo, éstos quedan incluidos en las «drogas tóxicas» a que se refiere el Código. Por otra parte, ha de advertirse que no conviene extender demasiado el catálogo de drogas tóxicas, sino que debe restringirse a las sustancias verdaderamente peligrosas, pues se observa aquélla tendencia, lo cual no es conveniente, ya que entran en la Ley o Código penal, conductas que no ofrecen ningún riesgo ni peligrosidad, por lo que no deben ser objeto de pena o medida.

B) *Coinciden el Código penal y la Ley de Peligrosidad*

— Clausura de establecimiento. (En la Ley art. 6.º, 6.º, c). Se plantean, no obstante, una serie de cuestiones, tales como el carácter

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 820.

(31) F. T. S., *ob. cit.*, págs. 43 y ss.

potestativo del cierre en el artículo 344 y la obligación en la Ley (art. 6.º, 6.º, c); la condición de establecimiento público del Código y mercantiles o industriales de la Ley, etc (32).

- Promoción al uso de drogas.
- Posesión ilegítima.

C) *Términos similares en Código y Ley*

Se pueden considerar similares: «Fomentar el consumo» en la Ley, con «promuevan, favorezcan o faciliten el uso», en el Código.

D) Sin embargo, no recoge la Ley los supuestos de *cultivo, fabricación, elaboración y transporte*, que son tal vez las situaciones más graves en el problema que para la sociedad puede plantear los estupefacientes, pues evitando el origen se eliminan las consecuencias.

Cabe la posibilidad de imponer una doble medida, en relación con la clausura de locales, la del Código y la Ley, pudiendo ser una más amplia que la otra, lo que resulta incongruente.

La sentencia de la Sala de Apelación de 27 de mayo de 1972, recoge la posibilidad de coincidencia de pena (art. 344) y medida (núm. 8, art. 2.º de la Ley). Considera que la medida debe quedar supeditada al cumplimiento de la pena, siempre que los efectos de ésta sean negativos; si en el cumplimiento de la pena se consigue la reeducación del sujeto y desaparece su peligrosidad personal, la medida de seguridad no se cumple. Esto es posible gracias al artículo 97 del Reglamento de la Ley de Peligrosidad (33).

De *lege ferenda* puede desaparecer el número 8, artículo 2.º de la LPRS, para evitar la duplicidad de preceptos. En todo caso cabe la aplicación de una medida conforme a lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley. Las diferencias existentes entre la Ley y el Código se podrían subsanar con la reforma del artículo 344, aunque no lo estimamos necesario.

9. *Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas* (núm. 9.º, art. 2.º).

El contenido de este número es de difícil precisión. Nos encontramos ante problemas de gamberrismo que siempre, y en todos los tiempos, se da en la juventud. Por el desprecio hacia la sociedad en los últimos años, así como la violencia y gravedad de los hechos, conviene tomar alguna medida. Nos encontramos ante conductas asociales, pero que pueden terminar llevando al sujeto a la delincuencia.

Es un hecho también cierto que estas conductas suelen desapa-

(32) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 49.

(33) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 47.

recer conforme el sujeto avanza de edad, por lo que debe tenerse cuidado en las medidas a aplicar, no resulten perjudiciales. De las establecidas en el artículo 6.º número 7.º, pueden ser eficaces: arrestos de fines de semana, reprensión judicial, multa y sumisión a la vigilancia de los delegados. A la juventud hay que advertirla o imponerle medidas poco gravosas que pueden ser suficientes. Hay que darle una oportunidad antes de aplicar medidas rígidas.

De *lege ferenda* y para evitar la duplicidad de conductas con el Código penal, pues algunos supuestos pueden dar lugar a delitos (daños de los arts. 558, 5.º y 6.º y 561) o la falta del artículo 579, debía suprimirse el inciso final: «o daño de los animales, las plantas o las cosas».

10. *Los que integrándose en bandas o pandillas, manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva* (núm. 10, art. 2.º).

Esta figura es novedad en la nueva Ley. No ofrece duda alguna su carácter predelictual, pues la presunción de posibles conductas criminales futuras se recogen de forma concreta al establecerse: «manifestaren evidente predisposición delictiva».

No distingue la Ley entre lo que ha de entenderse por banda y por pandilla, así como tampoco el número de componentes (34).

De todas formas, puede darse la duplicidad entre la Ley y el Código penal en el artículo 513, con la asociación transitoria para cometer el delito de robo y las asociaciones ilícitas que tienen por objeto la comisión de un delito (art. 172, 2.º).

Establece la F. T. S. «Esta forma de actuación sin más circunstancias, entraña ya una mayor peligrosidad que la acción aislada o individual, porque el número implica, una más meditada deliberación en el planteamiento, ejecución y aseguramiento del resultado previsto, y, además, facilita la impunidad del hecho ejecutado» (35).

Esto no es rigurosamente exacto. Desde el punto de vista criminológico el grupo criminal (o la banda) comete delitos de más envergadura. Esto, sin embargo, no supone una más meditada deliberación, por lo menos en el grupo, sino todo lo contrario: el sujeto individual suele meditar más la forma de ejecución que los asociados, ya que dispone de más tiempo y menos medios; la asociación para deliberar ha de reunirse, pues, cualquier idea ha de ser discutida en mayoría, luego se suele disponer de menos tiempo. La banda es mucho más peligrosa que el grupo (36).

En cuanto a la mayor facilidad de impunidad, tampoco es cierto que haya menos riesgo en los asociados. Es más difícil desarticular al sujeto individual, que al grupo o banda. En principio, el autor individual, medita más la ejecución, por lo que es probable que co-

(34) SERRANO GÓMEZ, A.: *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971, fas. 1.

(35) F. T. S., *ob. cit.*, pág. 58.

(36) SERRANO GÓMEZ, A.: *Criminología de las asociaciones ilícitas*, cit.

meta menos errores, que pueden servir para su identificación; en segundo lugar, a mayor número de autores más facilidad de cometer errores, y siempre será más fácil conseguir alguna pista y detención —aunque se tomen las mismas precauciones y se actúe de la misma forma que en el caso individual— cuando son varios los autores.

11. *Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión* (núm. 11. artículo 2.º).

Esta categoría es nueva en la Ley.

Hay en el Código penal diversos preceptos que hacen referencia al tema.

— Artículo 254 y ss. sobre tenencia ilícita de armas. Puede coincidir la Ley con el Código o no. La posesión del arma puede ser legítima y sin embargo, es posible que el sujeto esté incluido en la Ley de Peligrosidad; en otras ocasiones puede haber tenencia ilícita. En ambos casos el llevar las armas, por supuesto, fuera del domicilio del sujeto, fundamenta la peligrosidad en la presunción de que serán utilizadas como instrumento de agresión.

No siempre ha de considerarse que quien dispone de un arma de forma ilícita la tiene con el fin de agredir, puede ser para defensa.

— *Como agravantes*: Auxilio de gente armada (art. 10, 12.ª), malhechores armados (art. 10, 13.ª), atentado (art. 232, 1.º), Robo (501, párrafo último, 506, 1.ª).

— *Cualifican el delito*: Manifestaciones o reuniones a las que concurriere un número considerable de personas con armas de cualquier clase (art. 166, 2.º y 171).

— *Constitutivo de falta*: Uso en lugar público (art. 568), sacrlas en riña (art. 585, 2.º).

La Ley es más amplia, pues hace referencia a «otros objetos».

Por su parte, el Reglamento sobre armas y explosivos de 27 de diciembre de 1944, deja al «prudente arbitrio de la autoridad y sus agentes el apreciar si el portador de cuchillos, herramientas, utensilios..., tienen o no necesidad de llevarlas consigo» (art. 102).

La medida es acertada y se encamina, especialmente, a aquellos sujetos que lleven pistolas, escopetas de cañón recortado, cuchillos, navajas, cadenas, barras de hierro, etc., que por la presunción de su posible uso se deduce la peligrosidad. La verdad es que en muchas ocasiones incluso provocan el delito, debido a la ventaja que tienen sobre sus víctimas, al disponer de armas u objetos contundentes. Por otra parte, la situación es todavía más grave si tenemos en cuenta que los delitos que suelen cometer estos sujetos son contra la integridad física de las personas.

Por los «objetos» a que hace referencia la Ley y determinados tipos de armas, podemos decir que no hay coincidencias entre la

Ley y el Código penal. Puede darse en algún caso, pero es poco probable.

12. «*Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello*» (núm. 12, art. 2.º).

Los antecedentes más próximos se encuentran en el Reglamento de la derogada Ley de 1933 (art. 1.º, F), con un contenido más amplio ahora.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho a la emigración es hoy una realidad, por lo menos en la mayoría de los países civilizados. La figura que se recoge en la Ley de 1933 obedecía a las dificultades existentes en nuestro país para la emigración. Esto ha desaparecido. Nuestros traficantes de emigración, por así llamarlos, venían teniendo éxito en los últimos años, especialmente con portugueses y con marroquíes. También en estos países se ha facilitado la posibilidad de emigración a países europeos, situación que parece va a mejorar más con cara al futuro. Incluso los Estados se preocupan de instruir y canalizar a sus emigrantes.

Algo similar ocurre con la inmigración.

Por otra parte, ha de señalarse que estos sujetos no ofrecen ninguna probabilidad de cometer un delito, sino solamente de infringir disposiciones de tipo administrativo. El riesgo está en quien emigra sin la correspondiente protección oficial o contrato de trabajo; pueden llegar a situaciones económicas graves, que les lleve al delito, o psicológicas que les provoquen al suicidio.

Dipone el artículo 54 de la Ley de 21 de julio de 1971, sobre normas reguladoras de la emigración.

«Será castigado con pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas o con ambas penas, según las circunstancias del hecho y del culpable :

1.º El que promueva la emigración clandestina, ya sea por cualquier medio de propaganda, ya reclutando gentes, ya facilitando colocación o empleo en país extranjero.

2.º El que, simulando contrato o colocación, o por otro medio fraudulento, determine o favorezca la emigración de alguna persona a otro país.

3.º El que ilegítimamente, y por cualquier medio, facilite la salida de emigrantes del territorio nacional.»

Hay que añadir que estas conductas casi siempre se realizan por el lucro que se obtiene.

De *lege ferenda* consideramos que esa medida puede desaparecer por las razones siguientes :

— Ha disminuido el problema al facilitarse la emigración y participar el Estado.

— Porque tal vez sean suficientes las sanciones que se establecen en la Ley citada.

— En todo caso, puede modificarse el artículo 54 de la Ley de 21 de julio de 1971 para completar otras conductas e incluir la inmigración clandestina.

13. *Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa* (núm. 13, art. 2.º) (37).

Nos encontramos ante una serie de conductas para las que ha de tenerse en cuenta el Código de la circulación, ya que se recogen ahí las contravenciones a que hace referencia la Ley de Peligrosidad. El problema tal vez sea el poder determinar lo que ha de entenderse por «inexcusable». Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia, resulta: inexcusable, «que no se puede excusar»; a su vez excusar equivale a «alegar razones para sacar libre». En realidad todas las infracciones de circulación son inexcusables, pues obedecen a culpa o negligencia del infractor. Sin embargo, lo inexcusable, en el caso que nos ocupa, no ha de ponerse en los supuestos de culpa donde haya una responsabilidad criminal, a pesar de que aquí la conducta también es inexcusable. Tal vez sobre el término, ya que lo fundamental es que la contravención sea por circulación peligrosa.

Tomar una curva por la izquierda o entrar en un cambio de rasante por el centro de la carretera son conductas inexcusables, pero lo será más en una carretera de primer orden, con mucho tráfico, que en otra de tercer orden donde el tráfico es reducido. Tal vez la Ley contemple estos casos más graves. Si es así, la peligrosidad se da ya con un solo acto, no siendo necesaria la repetición, aunque la peligrosidad debe hacer referencia a la personalidad y no a los actos en sí.

En el artículo 289, I) y 273 del Código de la circulación se recogen diversos supuestos de circulación peligrosa: Conducir un vehículo de modo negligente o temerario o a velocidad que exceda de la establecida (art. 18, párrafo 1.º); competencia de velocidad en vías públicas abiertas al tráfico (art. 19); en cambios de rasante hay que circular por la derecha (art. 21, párrafo 3.º); infracciones en cambio de sentido, ceder paso a vehículos que vienen por la derecha y preferencia de paso (art. 25, *a*), *d*) y *e*); infracciones en adelantamientos (art. 30), etc.

Parece que la medida de seguridad es un escalón intermedio entre las sanciones del Código de la circulación y los delitos contra la seguridad del tráfico del Código penal (art. 340 bis, *a*). Allí la privación del permiso de conducir no excede de tres meses; en el Código penal es de tres meses y un día a cinco años, pudiendo ser definitiva; la Ley de Peligrosidad, no inferior a un mes ni superior a dos años. También aquí se prevé la posibilidad de prohibir la obtención por el mismo período de tiempo.

De todas formas no hay que confundir el carácter inexcusable de la infracción con los supuestos de peligro concreto de los artícu-

(37) Véase F. T. S., *ob. cit.*, págs. 67 y ss.

los 340 bis, a), 2.º y 340 bis, b), o peligro abstracto de los artículos 340 bis, a), 1.º y 340 bis, c) (38). La solución es controvertida.

No hay confusión entre el Código de la circulación y el penal, ni tampoco con la Ley de Peligrosidad. Dispone el artículo 276, II del primero: «La autoridad gubernativa que recibe una denuncia por hechos de tráfico que pudieran dar lugar a responsabilidad declarada en la Ley penal, dará inmediato traslado de ella a la Autoridad judicial competente, absteniéndose de todo procedimiento...» La relación con la Ley de Peligrosidad se recoge en los artículos 289, IV y 291, IV.

Parece que la Ley se refiere a repetición de actos al establecer «inexcusables contravenciones». Sin embargo, debía ser suficiente una infracción de este tipo si se aprecia la peligrosidad.

Tal vez la situación podría resolverse con la modificación del Código de la circulación. La medida parece acertada si tenemos en cuenta los problemas que plantea en los últimos años el tráfico, con más de cuatro mil muertos al año. Se recogen situaciones que escapan al Código penal y para las que son insuficientes las sanciones del Código de la circulación.

14. *Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos* (número 14, artículo 2.º).

Se contemplan aquí dos situaciones diferentes, por las que el menor llega a la perversión moral:

a) Por abandono de la familia (la responsabilidad por este abandono se recoge en el Código penal, arts. 487, 584, núms. 2.º 3.º y 4.º y 584).

b) Por rebeldía del joven a la familia. Esta no tiene, en principio, responsabilidad ninguna.

Hay que entender que nos encontramos ante mayores de dieciséis años y menores de veintiuno, no emancipados. De los menores de dieciséis se ocupan los Tribunales Tutelares de Menores, según el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de Peligrosidad.

La posibilidad de aplicar la medida puede cesar, y con ello se burla la Ley:

a) Por emancipación, previo acuerdo entre el padre y el hijo (39), también por matrimonio (40). Esto no quiere decir que no se puede aplicar una medida, por estar incluido el sujeto en otro de los números del artículo 2.º o en los artículos 3.º y 4.º

b) Por cumplir el sujeto la edad de veintiún años, si el expediente no se había iniciado en esa fecha, a pesar de que el hijo siga viviendo con su familia.

(38) BERISTAIN IPIÑA, A.: *El delito de peligro por conducción temeraria*, en «Revista de Derecho de la Circulación», noviembre-diciembre 1970; CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971, fas. 3.º

(39) Véase art. 318, C. civil.

(40) Véase art. 315 C. civil.

No es fácil determinar lo que ha de entenderse por «moralmente pervertido». Si por su moral entendemos el recto comportamiento en la estructura social, tanto en sus normas como en sus costumbres, y perversión equivale a corrupción de costumbre, podemos asignarle este último significado. Sin embargo, esta corrupción de costumbres se da, de una u otra forma, en todos los números del artículo 2.º de la Ley, y precisamente en sus formas más graves.

Por supuesto que no debe referirse el número 14 a la perversión moral de las demás categorías, pues entonces no tendría ninguna razón de haberlo incluido. La única solución es orientarlo a otras conductas menos graves, tales como: Pasar la noche o parte de ella fuera de casa, contra la voluntad de los padres; embriagarse con frecuencia, sin la habitualidad del número 7.º; no querer trabajar, sin llegar a la situación del número 1.º; desobediencia grave a los padres; asistencia a clubs nocturnos y guisquerías, teniendo más o menos contactos con el mundo de la prostitución, estupefacientes, pornografía, etc., pero sin llegar a estar incluido en esas categorías.

Sólo en este segundo aspecto puede tener aplicación la figura que nos ocupa. La verdad es que tales conductas son hoy muy frecuentes y el comienzo de la mayor parte de la delincuencia juvenil.

Este precepto es independiente de la facultad que tiene el padre o, en su caso, la madre, conforme al artículo 156 del Código civil, de pedir el auxilio de la autoridad gubernativa en «apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados», así como conseguir hasta un mes de detención recurriendo al Juez municipal. Tampoco afecta al arresto de cinco a quince días que se puede imponer a «los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debido a los padres» (art. 583, 5.º, C. penal).

Sin embargo, esa peligrosidad puede darse en mayores de veintidós años, muchos de los cuales viven todavía en la familia, o con los emancipados. A éstos no se les puede aplicar medida alguna, conforme al número 14 del artículo 2.º LPRS.

Hay situaciones en nuestro Código penal que dejan indefensa a la víctima. Sucede esto con la excusa absolutoria del artículo 564. Pensemos en el hijo que constantemente está sustrayendo a los padres o hermanos dinero o efectos de valor. Si persiste en su conducta puede llegar incluso a la ruina de la familia. En estos casos habrá que pensar, además, en la insolvencia, por lo que de poco sirve que subsista la responsabilidad civil. Poco o nada es lo que se puede hacer por parte de los padres, con los hijos menores o emancipados, salvo la facultad del citado artículo 156 del Código civil. Estas situaciones se resolverían dejando que la infracción fuera perseguible o no a instancia de parte. La medida del número 14 puede ser una solución en algunos supuestos.

De mantenerse este número debe pasar a ser el último del artículo 2.º, y quedar redactado poco más o menos así: «Los que no estando comprendidos en los números anteriores se encuentren moralmente pervertidos.» La fórmula es muy ambigua.

La situación es controvertida y el riesgo puede ser grave ante categorías tan amplias. Determinar aquí la situación de peligrosidad, sobre todo en los jóvenes, es difícil y hemos de recordar que muchos chicos que se encuentran muy próximos a tal situación, o incluido en ella, conforme avanzan de edad y se integran al mundo de los adultos abandonan tales conductas. La aplicación de una medida puede ser contraproducente.

15. *Los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva* (núm. 15, art. 2.º).

Emparentado con el número 10 no ofrece lugar a dudas en cuanto se establece que los sujetos han de revelar una inclinación delictiva. Como en el citado número 10 no haría falta la declaración expresa de peligrosidad, ya que la «predisposición criminal» allí y la «inclinación delictiva» en el número que nos ocupa, son indicios más que suficientes de peligrosidad.

No se define lo que ha de entenderse por maleante.

Se recoge en este número junto a situaciones predelictuales otras postdelictuales al establecer: «o por la reiterada comisión de faltas penales...» Estas no tienen razón de ser en la Ley, por las razones que después veremos al comentar el artículo 4.º.

Artículo 3.º Serán de aplicación los preceptos de esta Ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad.

El fundamento de la medida está en el «abandono o carencia de tratamiento adecuado» y, además, «riesgo para la comunidad». Este riesgo hay que interpretarlo como peligrosidad social. La enfermedad o deficiencia mental no son por sí solas suficientes. El cese de la peligrosidad, aunque no el de la enfermedad, debe llevar consigo el cese de la medida.

No lleva consigo la LPRS la derogación de las normas sobre internado y tratamiento de los enfermos mentales (40 bis), así como tampoco del párrafo 2.º del número 1.º del artículo 8.º del Código penal, ya que este internamiento es postdelictual.

Se da el abandono, por parte de quien tenga la patria potestad, sean los enfermos mayores o menores de edad, tanto en los supuestos de falta de asistencia material como de tratamiento adecuado (arts. 199, 200, 2.º; 215, 1.º; 264, 2.º, y 269, 3.º del Código civil) (41). El Código penal sólo castiga, a título de falta, a «los encargados de la guarda o custodia de un enajenado que le dejaren vagar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia» (art. 580, párrafo 1.º).

(40 bis) Véanse Decreto 3-7-1931 y Ley de 25-11-1944, que en el párrafo tercero de su base 15 recoge los establecimientos destinados al tratamiento de enfermos mentales.

(41) Véase F. T. S., *ob. cit.*, págs. 81 y ss.

Sin embargo, estos enfermos no se encontraban abandonados, pues, en caso de ofrecer peligrosidad, las disposiciones sanitarias les amparaban. Establece el Decreto de 3 de julio de 1931, sobre asistencia de enfermos mentales:

a) «Las razones para certificar la admisión de una persona en un establecimiento psiquiátrico serán: a) La enfermedad psíquica que aconseje su aislamiento; b) La *peligrosidad* de origen psíquico; c) La incompatibilidad con la vida social» (art. 10, párrafo 5.º).

b) El internamiento por orden gubernativa «tendrá lugar cuando, a juicio de un Médico, el enfermo se halle en estado de *peligrosidad para sí o para los demás*, o cuando, a consecuencia de la enfermedad psíquica, haya *peligro inminente* para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluso la del propio enfermo» (art. 17).

Conforme a los preceptos anteriores, la LPRS sólo tendrá aplicación cuando, además de la peligrosidad, haya abandono. Sin embargo, si tenemos en cuenta el artículo 18 del Decreto de 3 de julio de 1931, podemos decir que también esta última posibilidad de aplicación del artículo 3.º de la LPRS estaba prevista. Establece aquel artículo: «Todo enfermo mental indigente o de escasos medios de fortuna o que carezca de protección familiar, y cuya psicosis exija, por su *peligrosidad*, un rápido ingreso en un establecimiento psiquiátrico, será admitido sin dilación alguna...»

Artículo 4.º *También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de peligrosidad social.*

Los antecedentes hay que buscarlos en el artículo 3.º, 1.º de la Ley derogada, en el que se disponía: «Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal.» Se suprime la reiteración y reincidencia, subsistiendo la habitualidad. Ahora se especifica «los condenados por tres o más delitos».

Desde el punto de vista de la política criminal hay que destacar:

a) Que se trata de situaciones de peligrosidad postdelictual, por lo que no deben estar incluidas en la Ley, sino en el Código penal.

b) Mientras en los supuestos del artículo 2.º la aplicación de las medidas se establece con carácter imperativo, aquí se hace con carácter potestativo al establecerse: *podrán*, pese a encontrarnos con situaciones más graves.

c) Desde el punto de vista criminológico, delincuente habitual es aquel que tiene inclinación al delito, debido a un problema de personalidad. Todo habitual es peligroso, por lo que sobra esta denominación de la «expresa declaración de su peligrosidad social». Debe suprimirse la habitualidad, pues los profesionales, ocasionales, etcétera, pueden ser habituales o no; además, lo que importa a la Ley es la peligrosidad. La extensión del artículo sería mayor suprimiendo tal concepto.

d) No sabemos por qué han de ser *tres o más delitos*. La peligrosidad puede manifestarse con uno solo.

Este artículo no tiene ninguna razón de ser en la Ley; debía incluirse en el Código penal, y quedar redactado así: «Podrán ser sometidos a la correspondiente medida de seguridad los condenados por un delito o diversas faltas penales en quienes se aprecie peligrosidad criminal.» Aquí se emplea el término potestativo *podrán*, porque la declaración de peligrosidad no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a los Jueces encargados ahora de la peligrosidad y rehabilitación social (42), debiendo los Tribunales y Juzgados que conozcan de un proceso penal, poner en conocimiento de los Juzgados a quienes corresponda la tramitación del expediente de peligrosidad, aquellas conductas que puedan estar incluidas en algunos de los supuestos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley de Peligrosidad (art. 13 de la misma).

Hemos de recordar aquí que en todos los supuestos de superposición de estado peligroso y delito la Ley no pretende completar las figuras penales del Código, sino determinar situaciones de peligrosidad, aunque en ocasiones haya coincidencia de tales figuras en la Ley y el Código u otras Leyes penales. Sin embargo, esto no resta valor alguno al comentario que se viene haciendo de la Ley de Peligrosidad desde el punto de vista de la Política criminal.

Si la peligrosidad existe no es preciso que se den tres condenas, pues será suficiente con una por un solo delito, ya sea el delito doloso o culposo y se cometan dos o más faltas. No cabe duda que tales situaciones serán más frecuentes en los delitos dolosos que en los culposos y en las faltas, pero la peligrosidad puede aparecer también en estos dos últimos supuestos.

PRESCRIPCIÓN

El artículo 35 de la Ley establece un plazo de prescripción de las medidas de seguridad, que va de un mínimo de tres a un máximo de diez años. Los límites en las penas, según el artículo 115 del Código penal, son un mínimo de un año, con un máximo de treinta y cinco.

Parece poco acertado el criterio que sigue la Ley de establecer, para algunos supuestos, períodos más largos para la prescripción de una medida que para la prescripción de la pena, así: Según el apartado a) del artículo 35 de la Ley, la medida prescribe a los diez años, cuando el internamiento es en establecimiento de custodia o trabajo; conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 5.º de la misma, la duración de la medida para esos casos tiene un límite mínimo de cuatro meses y un máximo de tres años. Se equipara aquí, en relación a la prescripción de la pena, conforme al artículo 115 del Código penal, a las penas comprendidas entre uno y seis años. La duración del período de prescripción es el mismo, mientras la duración de la medida es tres veces menor en el límite mínimo.

(42) Véase art. 8.º de la LPRS.

(cuatro meses, por un año en la pena) y la mitad en el límite máximo (tres años en la medida y seis en la pena).

Puede argumentarse en favor de ese desfase: que solamente se suele cumplir la mitad de la pena, debido al beneficio de la redención de penas por el trabajo y libertad condicional (sin tener en cuenta la amnistía o indulto). Sin embargo, aunque eso es lo normal, hay excepciones: a) Que el sujeto no quiera redimir; b) Que pierda tal beneficio, por intento de evasión, por comisión de falta grave o muy grave (43), y c) No concedérsele la libertad condicional, por no reunir los requisitos necesarios (44).

Puede suceder que antes de que termine el período de prescripción el sujeto cambie de comportamiento, dejando de ser peligroso. En tal supuesto ya no tienen objeto hacerle cumplir la medida que le fue impuesta. No tiene las medidas fin expiatorio como pena, sino que se imponen en función de la peligrosidad, y desaparecida ésta ya no tiene razón de ser. Puede resolverse este problema mediante el juicio de revisión.

Debía reducirse el período de prescripción de las medidas en el sentido de que, por lo menos, en ningún caso sean superiores a las penas, teniendo en cuenta la duración de unas y otras.

ARTÍCULO 65 DEL CODIGO PENAL

El inciso último de este artículo permite la sustitución de la pena por una medida, al establecer: «...pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable». La problemática de este artículo es amplia (45) y en realidad no se ha aplicado casi nunca, especialmente por falta de establecimientos (46). Sin embargo, ahora surge la pregunta de si debe derogarse ese inciso o no, ya que la Ley de Peligrosidad crea «establecimientos de reeducación» (art. 5.º, 2.º), los que se podrían aprovechar. Nada tienen que ver con lo dispuesto en el citado artículo del Código penal, ya que éste solo se puede aplicar en casos de delitos.

CONCLUSIÓN

Además de las indicaciones recogidas en materia de política criminal, hay que añadir: En los supuestos en que la Ley tipifica categorías que coinciden con tipos penales (rufianes y proxenetas, pornografía, y estupefacientes) nos encontramos ante supuestos en los que la preocupación del legislador parece que se encuentra, no en el riesgo de que el sujeto vaya a delinquir (situación predelic-

(43) Véase art. 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones.

(44) Véase art. 98 C. penal, y 53 y ss. del Reglamento de Prisiones.

(45) Véase COBO DEL ROSAL, M.: *Atenuante de minoría de edad y sustitución de penas por medida en el art. 65 del Código penal*, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, págs. 433 y ss.

(46) SERRANO GÓMEZ, A.: *Delincuencia juvenil*, Madrid, 1970, pág. 326.

tual), sino en la trascendencia de su conducta, de la que pueden resultar muchas víctimas. Sin embargo, aun teniendo en cuenta la gravedad de tales hechos, no hay razón para esa coincidencia de estados peligrosos y delitos. Por otra parte, escapan otras infracciones con resultados también de gran repercusión, pensemos en las grandes estafas de inmobiliarias, que pueden llevar a la ruina a miles y miles de familias.

Ni lo uno ni lo otro tiene razón de ser. Hay que evitar la duplicidad.

En cuanto a la no inclusión del número 8.º, del artículo 2.º de la Ley derogada, según el criterio anterior, no tendría razón de ser. Tener o usar documentos de identidad falsos, no cabe la menor duda que se da en sujetos que pretenden ocultar algún delito o tienen intención de seguir delinquiendo. No es raro encontrar varios documentos de identidad, usados en épocas diferentes, por algunos tipos de delincuentes, especialmente entre los «quinqüis». Nos encontramos ante falsificación de documentos de identidad, por lo que hay que acudir al Código penal.

Teniendo en cuenta las dificultades en la lucha contra la criminalidad (47), hubiera sido tal vez conveniente que se mantuviera el número 3.º, del artículo 2.º de la Ley derogada (48), ya que son muchos los supuestos en que se detiene a una persona, sospechosa de la comisión de un delito, con dinero —o incluso efectos— cuya posesión o procedencia no puede demostrar. En estos casos, ante la imposibilidad de poder demostrar que es autor de un delito cabría la posibilidad de combatir la criminalidad en muchos casos por medio de una medida de seguridad, a pesar de que en ocasiones no resultaría nada fácil declarar la peligrosidad del sujeto.

También debió tenerse en cuenta parte del contenido del número 11, artículo 2.º de la Ley de 1933, sobre la apología de determinados delitos (terrorismo y atraco). Ante las deficiencias de nuestro Código penal, tal vez debió considerarse la apología de cualquier delito como un estado peligroso.

III

ESTUDIO CRIMINOLOGICO

La LPRS tiene un gran contenido criminológico, especialmente en su Reglamento. En ella se dice: «Exigir y facilitar, dentro de los procedimientos regidos por esta Ley, la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatoló-

(47) SERRANO GÓMEZ, A.: *Notas sobre Criminalística*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», octubre-diciembre, 1969.

(48) Disponía el núm. 3.º, art. 2.º, Ley de Vagos y Maleantes de 1933: «Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueran requeridos para ello por las Autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia de dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia.»

gica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto que sus condiciones antropológicas, psíquicas, y patológicas, sean estudiadas por los técnicos» (49); «acordará, asimismo, el juez la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto» (50); «establecimientos adecuados, a los que dotará de personal idóneo para la aplicación de las medidas de seguridad y rehabilitación» (51).

Del Reglamento para la aplicación de la Ley (13 de mayo de 1971), recogemos: «por el interés del sujeto afectado, que ha de ser sometido al tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social» (52); «para el cumplimiento de la medida de sumisión a la vigilancia se instrumentan los elementos personales necesarios. Los delegados serán especialistas... constuirán el lazo de unión del sometido a la medida con el juez, así como el apoyo más eficaz con que aquél podrá contar en su recuperación social» (53); «evolución de la personalidad... adecuados métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales» (54); «un criminólogo, un psicólogo, un pedagogo, un psiquiatra» formarán parte de la Junta de Tratamiento (55); son misiones de esta Junta. «Investigar la personalidad de cada sujeto... individualizar el tratamiento» (56); «La investigación atropológica, psíquica y patológica del sujeto» (57); «examen psíquico, complementándolo, a ser posible, con la aplicación de métodos psicométricos... se estudiará su personalidad psicopática... procesos patológicos... perturbaciones en la biología del sujeto... se intentará comprobar la existencia de anomalías cromosómicas en cuanto aparezcan presunciones clínicas... grado de deterioro psíquico y somático... efectos psíquicos y somáticos» (58); «la investigación patológica... la psíquica» (59).

Que el contenido criminológico de esta Ley y su Reglamento es conquista de la criminología, nos lo demuestra precisamente como en la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, no hay conceptos de este tipo. En el Reglamento para su aplicación, de 1935, se hace mención a los funcionarios técnico-administrativos del Cuerpo de Prisiones que hayan cursado estudios en la Escuela de Criminología, como una de las condiciones para ir destinados a los establecimiento, donde se cumplan tales medidas (art. 32). También se recoge «anexos psiquiátricos», «servicio de biología» (art. 30).

(49) Preámbulo de la Ley, núm. 2.º

(50) Art. 16 de la Ley.

(51) Disposición adicional tercera de la Ley.

(52) Preámbulo del Reglamento.

(53) Id., id.

(54) Art. 36, 1.º y 2.º del Reglamento.

(55) Id., id., art. 45.

(56) Id., id., art. 47, 1.º y 2.º

(57) Id., id., art. 83.

(58) Id., id., art. 85.

(59) Id., id., art. 86.

Pasamos a recoger algunos aspectos de interés desde el punto de vista criminológico:

1. *Sujetos comprendidos en más de una categoría de peligrosidad*

Es frecuente que el declarado peligroso esté incluido en más de una de las categorías recogidas en el artículo 2.º de la Ley, sin perjuicio de poder estarlo también en el artículo 4.º. Pensemos en el vago habitual, rufián, homosexual, que se dedica habitualmente a la prostitución, tráfico de material pornográfico, es toxicómano, trafica en estupefacientes, está integrado en bandas, porta armas de presumible utilización, es conductor con diversas contravenciones por conducción peligrosa, es menor de veintiún años rebelde a la familia estando moralmente pervertido, tiene trato asiduo con delincuentes o maleantes y ha sido condenado por tres delitos. En todos los supuestos se le aprecia peligrosidad social.

El ejemplo anterior no es imposible que se pueda dar, pese a que al sujeto se le podrían aplicar medidas por trece supuestos diferentes: artículo 2.º, números 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13 14 y 15 y artículo 4.º. Vemos como casi todas las categorías del artículo 2.º parecen compatibles, siéndolo menos las de los número 6.º (mendicidad habitual...), 9.º (menosprecio a las normas de convivencia...) y 12 (entrada o salida clandestina en el país). Si no es frecuente la concurrencia de tantas situaciones de peligrosidad, sí que lo es la coincidencia en un mismo sujeto de tres o cuatro.

El problema parece resuelto por la Ley, en sus artículos 26 y 30, aspecto que se completa con el artículo 18 del Reglamento.

a) Dispone el artículo 18 del Reglamento: «Cuando en aplicación de la Ley se impusieren varias medidas de seguridad al mismo sujeto peligroso, el Juez determinará el orden de cumplimiento de las mismas, teniendo en cuenta sus compatibilidad, naturaleza y finalidad».

b) El artículo 26 de la Ley establece: «El juez... podrá acordar el cese de la medida impuesta que corresponda y la sustitución, en su caso, por la sucesiva, según vaya cumpliendo el mínimo de las mismas, y en las que no tenga mínimo, cuando transcurra por lo menos, la tercera parte de su duración»...

c) Por su parte el artículo 30 recoge: «Procederá el juicio de revisión:

1.º Por modificación del grado de peligrosidad social o por la terminación de este estado. En el primer supuesto el declarado peligroso, no podrá promover el juicio de revisión hasta que haya transcurrido el mínimo señalado en la Ley... en las que no tengan mínimo, hasta que transcurra la tercera parte de su duración...»

Sin embargo, el problema es controvertido en cuanto a si hay que cumplir el mínimo o la tercera parte de las medidas impuestas, como establece el artículo 26 de la Ley. No obstante debe resolverse conforme el artículo 27 de la Ley, ya que «mediante el juicio de revisión

puede el Juzgado cancelar, confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado».

En suma: pueden imponerse diversas medidas y no es necesario cumplirlas todas, cuando el sujeto haya dejado de ser peligroso.

Lo importante, desde el punto de vista criminológico, es la correcta aplicación del artículo 18 del Reglamento, para cumplir en primer lugar la medida más eficaz, que puede llevar a que el sujeto deje de ser peligroso, no siendo necesario cumplir el resto de las medidas, conforme al artículo 27 de la Ley.

2. Contenido criminológico de la Ley

La Ley está hecha desde un punto de vista único: el jurídico. Apenas se han tenido en cuenta valoraciones de tipo criminológico (art.16). Las categorías se basan principalmente en hechos o conductas, no en situaciones individuales de tipo subjetivo que determinan la peligrosidad, o, mejor, el estado peligroso. Es la personalidad lo importante para la determinación de ese estado. También nos demuestra esta preferencia jurídica, la coincidencia entre algunas de las categorías del artículo 2.º de la Ley y determinadas figuras penales, sin perjuicio de que lo importante en la Ley es la declaración de peligrosidad social. Hay una casi completa desconexión con el Reglamento, de gran contenido criminológico.

3. Coincidencias de pena y medida en el cumplimiento

Se da preferencia a la ejecución de la pena sobre la medida, cuando no fueran susceptibles de tratamiento simultáneo (art. 25 número 2.º Ley (60), con lo que se confirma el carácter expiatorio de la pena. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la medida no se cumpla, si el cumplimiento de la pena influyó favorablemente en cuanto al estado peligroso del sujeto. Esto plantea el problema de la ineficacia de los sistemas de tratamiento penitenciario (art. 97 del Reglamento).

4. Tratamiento conjunto de menores de dieciséis años con mayores de esa edad.

En la posibilidad de tratamiento de menores de dieciséis años, con los mayores de esa edad, a que hace referencia la disposición adicional del Reglamento, en establecimientos de preservación y casas de templanza, pese a su carácter rehabilitador y asistencial, no debe admitirse. Los menores nunca deben estar juntos con los adultos, pues existe peligro de contagio moral, por más precauciones que se tomen.

5. Especialización de jueces

En nuestro sistema resulta:

a) Que «El nombramiento de los Jueces con cometido único se realizará según las normas que rigen el de los restantes Jueces de

(60) Véase art. 96 del Reglamento.

Instrucción, y será título preferente para su designación la especialización que se acredite en la forma que reglamentariamente se determine» (art. 8.º, párrafo cuarto de la Ley) (61).

Vemos cómo se exige una mayor especialización, o por lo menos se da preferencia, en los Jueces de Peligrosidad que en los de Instrucción. Sin embargo, esta especial preparación también es de gran utilidad para el conocimiento de los delincuentes. La situación parece lógica, aunque también debía procurarse una especialización criminológica en los Jueces de Instrucción.

b) Se desprende de lo anterior una preferencia por el estudio criminológico —también se desprende del Reglamento y aún del artículo 16 de la propia Ley— del peligroso sobre el delincuente.

c) La ejecución de las medidas «corresponderá a los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley» (art. 24 de la Ley); «firme la sentencia o el auto de revisión, el Juez cuidará del cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas y del tratamiento eficaz del peligroso» (art. 25 de la Ley) (62). Esto ha de suponer una gran especialización de los Jueces.

En el cumplimiento de las penas el Juez, en principio, apenas interviene. Conforme al artículo 84 del Código penal, la ejecución se realiza según la legislación penitenciaria. No existe en España el Juez de ejecución de penas, y la figura del «ejecutor de sentencias», creada por Orden de 29 de septiembre de 1948, nada tiene que ver con aquél, siendo su misión la de acelerar y poner al día las ejecutorias. La intervención judicial en España se limita: a) A una participación de Magistrados y Fiscales en las Comisiones de Libertad Condicional y Vigilada; b) A un control de las liquidaciones de condena, y c) A realizar algunas visitas a las prisiones (63).

Por otra parte, el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, establece la obligación de los Jueces instructores de visitar una vez por semana las prisiones de la localidad; donde haya Audiencia lo hará el Presidente de la misma... Por su parte, el párrafo último del artículo 990 de dicha Ley establece: «Los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que las Leyes y Reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplir las penas».

La L. O. P. Judicial, en su artículo 838, y el 93 del Reglamento de los Servicios de Prisiones facultan a los Jueces, Magistrados y

(61) Establece el art. 69 del Reglamento: «... El nombramiento se hará de conformidad con las normas establecidas para éstos, pero tendrán preferencia para la designación quienes acrediten su especialización.

2. La especialización deberá acreditarse al solicitar el destino, y podrá estimarse con base en las siguientes circunstancias: a) Haber desempeñado como titular un Juzgado de Vagos y Maleantes o de Peligrosidad Social; b) Haber publicado obras o realizado trabajos científicos directamente relacionados con la materia; c) Haber participado en los cursos sobre peligrosidad y rehabilitación social que se sigan en la Escuela Judicial, y d) Cualquier otra de significación análoga.

(62) Véase art. 26 de la Ley y 6 y ss. del Reglamento.

(63) CANO MATA, A.: *El Juez de Ejecución de Penas*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», enero-junio, 1967, pág. 92.

Fiscales, para inspeccionar la ejecución de las penas privativas de libertad y les obligan a atender las reclamaciones de presos y penados. Sin embargo, en la práctica, las visitas se han convertido en una rutina (64) (65).

6. *Establecimientos para la aplicación de medidas de seguridad*

La disposición adicional tercera de la Ley establece: «Antes de la entrada en vigor de esta Ley, el Ministerio de Justicia habilitará los establecimientos adecuados, a los que dotará de personal idóneo para la aplicación de las medidas de seguridad y rehabilitación...»

a) *Establecimientos*.—La Orden de 1 de junio de 1971 habilita una serie de establecimientos penitenciarios para el cumplimiento de las citadas medidas.

b) *Personal*.—Por Ley de 22 de diciembre de 1970 se crea Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, compuesto por 170 funcionarios, a cubrir en once años. Deberán poseer título de Enseñanza Superior Universitaria o Técnica y acreditar conocimientos especiales sobre Criminología, Psicología, Pedagogía, Psiquiatría Endocrinología, Sociología y Moral, por lo que se crean otras tantas especialidades.

Surge la pregunta de si éste personal ha de estar destinado a las prisiones o a los establecimientos donde se cumplan medidas de seguridad. La Ley de 1970 que crea este Cuerpo, dice en su preámbulo: «La actual estructura de los Cuerpos de Prisiones, establecida por Ley de 16 de julio de 1949, no resulta ya adecuada para poder atender a las distintas funciones especializadas, ahora encomendadas a la Administración penitenciaria, que incorporó a su ámbito, en virtud de Decreto 172/1968, de 25 de enero, la utilización de nuevos métodos para atender a los problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes, lo que supone, como es obvio, contar con los oportunos cuadros de especialistas para poder aplicar las nuevas técnicas de observación y tratamiento y las correspondientes a una adecuada asistencia social, como complemento necesario de aquéllas.»

De lo contrario, parece que este personal debía dedicarse a los penados. Sin embargo, en la ejecución de las medidas interviene directamente la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 6 del Reglamento), por lo que puede emplear estos funcionarios en tales misiones. Esto, no obstante, supondría desatender a los penados, quienes, en principio, están más necesitados de mejor tratamiento.

c) *Materia económica*

La disposición final 3.^a del Reglamento, establece un complemento económico para el personal de Juzgados y Salas que, ade-

(64) Véase RODRÍGUEZ DEvesa, *ob. cit.*, pág. 800.

(65) La visita a las cárceles ya se recoge en una disposición de las Reyes Católicos, dada en Toledo en 1480 (Novísima Recopilación, Lib. XII, tít. 39, Ley 1).

más de sus funciones, desempeñen también las referentes a peligrosidad. Sin embargo, nada se fija para los funcionarios de prisiones que hayan de desempeñar esa doble función. Esperemos lo haga la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

La especialidad de funcionarios de prisiones en ejecución de medidas ya se recoge en el derogado Reglamento de 1935 (artículos 30 y 32).

7. *Establecimientos para la ejecución de medidas de seguridad*

No parece oportuno que las medidas de seguridad se cumplan en establecimientos cerrados, y todavía menos en centros que dependan de Prisiones. El pasar por uno de estos lleva consigo poner al sujeto un «etiquetado», que le va a perjudicar profundamente en su integración social a la salida del mismo. Normalmente será más grave el vacío que le haga la sociedad, que los beneficios del tratamiento. No olvidemos lo importante que es la colaboración de los ciudadanos para cualquier recuperación. Hoy la sociedad no colabora y tan grave es cumplir una pena como una medida. La sociedad mira solo que el sujeto ha estado en una prisión, no importa si para cumplir una medida o una pena. Hay que tener mucho cuidado con todo esto. Por ello las medidas:

a) No debían cumplirse en establecimientos cerrados, sino en régimen de libertad. Solo en casos extremos, especialmente para enfermos o deficientes mentales u otros que necesiten un tratamiento ambulatorio. Hay que dar siempre una oportunidad al peligroso para que se pueda regenerar por sí mismo. Sólo ante la persistencia en su conducta cabría la posibilidad de internamiento. No olvidemos que el peligroso es un sujeto que todavía no delinquiró y no se le puede privar de la libertad sin más. Si hay una tendencia al tratamiento en libertad de los penados, con más razón se debe mantener este sistema en las medidas de seguridad.

b) El sistema debe ser distinto del de los penados. Sin embargo, la disposición final primera del Reglamento determina que regirá el de Prisiones para todo lo no previsto en la Ley, con lo que vemos la proximidad entre la ejecución de pena y medida.

c) Se recarga a prisiones de un trabajo muy importante. El 31 de diciembre de 1972 había en los centros dependiente de Prisiones 1.210 personas sometidos a medidas de seguridad (66). En 1972 se incoaron 5.483 expedientes de peligrosidad y se impusieron 2.489 medidas (67). Sin embargo, no se le dota de medios y personal suficiente, pues el Cuerpo Técnico lleva consigo la amortización de personal de otros cuerpos, sobre todo del especial. Por otra parte, ya vimos que no quedaba claro que aquéllos pudieran dedicarse al cumplimiento de medidas, lo que reforzamos ahora transcribiendo el artículo segundo de la Ley de creación: Uno «Los funciona-

(66) Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1972, pág. 12.

(67) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1972, pág. 69.

rios del Cuerpo Técnico de Instituciones penitenciarias realizarán las funciones propias de su especialidad en materia de observación, clasificación y tratamiento...» Por internos hay que entender que se tratan de penados y no de peligrosos (68).

d) Los arrestos de fines de semana pueden admitirse en cuanto no cambien la vida del sujeto, aunque sería mejor arrestos de tiempo libre, no como medida de privación de libertad, sino de control. Ese tiempo podría utilizarse también para tratamiento. No deben cumplirse en ningún establecimiento penitenciario, como establece el número primero del artículo 9.º del Reglamento, sino en centros ajenos, conforme al número segundo de dicho artículo, para los casos en que no exista establecimiento adecuado disponible. La prisión puede crear problemas psicológicos en el sujeto, además de los ya señalados del vacío social. Una vez más recordamos que el peligroso no es un delincuente, y si no lo es, no debe ir a una prisión.

El arresto de fin de semana, cuando se realice con sujetos que trabajan (desde el sábado a las 16 horas, hasta el lunes a la hora necesaria para asistir al trabajo, artículo 9.º, 3.º del Reglamento), plantea el siguiente problema, que afecta al mundo laboral: El arrestado se sentirá incómodo, por lo que probablemente dormirá mal las noches del sábado y domingo. No olvidemos que tiene habitación distinta, más las preocupaciones familiares y de repercusión del arresto (amigos, trabajo, empresa, familia, etc.). El día de salida el rendimiento será menor y mayor el riesgo de accidente laboral. Otra cosa es el valor preventivo de tal encierro.

Ante los problemas de personal y establecimientos la mejor solución, por ahora, hasta que se resuelvan esas dificultades podría ser: Arrestos de tiempo libre, que es posible conforme al número tercero del artículo 9.º del Reglamento, sumisión a la vigilancia de la Autoridad, reprensión y multa. No obstante, insistimos que no somos partidarios de la privación de libertad más que en los casos estrictamente necesarios.

CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista criminológico no debe aceptarse la imposición de pena y medida, con su cumplimiento, y viceversa. Si se cumple la pena y después la medida, es reconocer el fracaso del sistema penitenciario aplicado; si primero la medida y después la pena, es demostrar que el sistema de ejecución de aquélla fue ineficaz, dando a la medida un carácter expiatorio que no se puede admitir (69).

La Ley de Peligrosidad dice en su preámbulo, primero: «el se-

(68) El término «interno» se emplea repetidas veces en el Decreto de 25-1-1968, que modifica artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones; véase, por ejemplo, arts. 28, 48, 49 y 50.

(69) En la exposición del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal se establece el carácter afflictivo de la pena y de defensa para la medida (base 7.ª, 2.b).

ñalar como objetivo el primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social». Por su parte el Reglamento de los Servicios de Prisiones (después de la reforma de 25 de enero de 1968) establece en su artículo 48: «...Las penas de reclusión, presidio y prisión se cumplirán conforme determina el artículo 84 del Código penal, según el sistema progresivo, que comprenderá los siguientes grados: 1.º) De reeducación del interno; 2.º) De readaptación social, con tratamiento dirigido en una clínica de confianza; 3.º) De prelibertad y 4.º) De libertad condicional... Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden...» (70).

Vemos como en nuestro sistema tanto la pena como la medida tienden a la reeducación social. En la pena incluso se va más lejos ya que se ocupa de la readaptación. Si los fines de pena y medida son los mismos ¿por qué la duplicidad? En las predelictuales nunca se debe privar de libertad, salvo cuando se trate de enfermos y deficientes mentales (art. 3.º LPRS). En las postdelictuales podría seguirse el sistema siguiente:

a) Si el sujeto es peligroso: medida.

b) Si el sujeto no es peligroso: pena.

Lo diferencia entre pena y medida está en el tratamiento, pero nunca se debe imponer pena y medida al mismo sujeto.

Podría ensayarse en nuestro sistema: En principio se impone la pena que corresponda al delito. Si el sujeto ofrece peligrosidad la solución estará en el cumplimiento. Se trata de una sustitución de pena por medida (71). La única diferencia estará en el tratamiento.

El sujeto peligroso, en principio, no tendría derecho a redención de penas por el trabajo y libertad condicional (recordemos que con estos beneficios la pena se reduce a la mitad), así como tampoco a los indultos generales. De esta forma se dispone de un período más largo de tratamiento, que podría reducirse cuando hubiera dejado de ser peligroso, incluso computándole el tiempo de trabajo y beneficiándose de la libertad condicional. Sería una especie de división del proceso en dos fases, una primera para la determinación de la culpabilidad, con la fijación de la pena y una segunda en donde se determinara el tratamiento. Se trata, en definitiva, de la individualización de la pena.

Este sistema tan sencillo tiene sus problemas ante las dificultades de poder diagnosticar la peligrosidad. No dispone la Criminología de métodos adecuados. Por otra parte, no hay que olvidar la simulación, tanto del penado, como del sometido a cualquier medi-

(70) Se rompe aquí con el sistema progresivo tradicional, incluso con el contenido del art. 84 del Código penal. La medida es acertada, ya que los regímenes progresivos de ejecución de penas parece que se han quedado anticuados y deben ser objeto de revisión.

(71) En el *Anteproyecto de base del Libro I del Código penal*, cit., se prevé la posibilidad de sustituir pena por medida (Base 7.ª, 10).

da de seguridad —salvo en casos de importantes desajustes de personalidad—, que son capaces de aparentar su total recuperación, pues saben que con ello se les pondrá antes en libertad.

IV

OTROS PROBLEMAS DE LA LEY

Hasta aquí hemos visto la parte positiva de los cuatro primeros artículos de la Ley, así como algunas consideraciones criminológicas sobre otros artículos del Reglamento. Sin embargo, hay otros problemas, sobre todo la realización práctica de todo el programa criminológico (72), así como la formación del personal, en especial de los delegados de vigilancia. También en lo procesal parece haber puntos conflictivos (73). Todo ello sin olvidar los establecimientos.

Por otra parte, el amplio catálogo de medidas del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal (Base 7.^a, 8) de carácter post-delictual (estimándose en la exposición que las predelictuales deben seguir reguladas en Ley aparte, como hasta ahora), junto con lo establecido en el número 10 de dicha base, puede complicar la realidad actual de la Ley de Peligrosidad (74), dando lugar a un confusionismo entre pena y medida, que ya se apreciaba en la Ley (75).

V

CONSIDERACIONES FINALES

Pese a todo, la Ley —junto con su Reglamento— tiene la preocupación por atajar determinadas conductas que suponen un riesgo para la comunidad. Es cierto que se dio una Ley y faltan medios para su aplicación, pero estos obstáculos se pueden ir subsanando en la medida de lo posible.

Los comentarios que se han venido haciendo de la LPRS, así como los que se hicieron a la de Vagos y Maleantes, suelen ser de carácter negativo. Esto no es suficiente; hay que proponer soluciones, a fin de intentar resolver el problema de esos comportamientos.

(72) Véase contenido del art. 16 y disposición adicional 3.^a de la LPRS, así como arts. 36, 1.^o y 2.^o; 45; 47, 1.^o y 2.^o; 83; 85; y 86 del Reglamento.

(73) FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972, *Meditaciones sobre una Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, Valencia, 1973; Véase también CEREZO MIR, J.: *Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, fasc. III.

(74) Base 7.^a, 10: «Las medidas de seguridad exigirán, en todo caso, la previa imposición de una pena, pudiendo operar de modo sustitutivo o complementario de ella. A su vez, las medidas podrán imponerse conjuntamente entre sí...»

(75) FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Meditaciones sobre...*, cit., pág. 93.

Desde que aparecen las medidas de seguridad se viene tropezando una y otra vez con el mismo tema: «La peligrosidad es un concepto peligroso», en base a lo difícil que resulta hacer un pronóstico en tal sentido, pues nunca se conocen los márgenes de error. Seguir repitiendo lo mismo no conduce a nada positivo, por lo que tal vez sería mejor abandonar los criterios de «peligrosidad» y «estado peligroso», buscando otra solución para atajar aquellas conductas que, no siendo delitos, suponen un riesgo para la sociedad y sus normas de convivencia (vagos, ebrios, toxicómanos, etc.). La comunidad tiene que defenderse ante esas personas, que deben ser objeto de un correctivo, en previsión de que puedan pasar a comportamientos más graves.

Es una realidad que la Criminología todavía no está en condiciones de diagnosticar cuando un sujeto es peligroso o no —aunque en algunos casos pueda hacerlo—. En cuanto al tratamiento hay que señalar que todavía no se conoce ningún sistema de terapia eficaz (76). Si algún día se resuelven estos problemas se podrá volver a hablar de «peligrosidad» y «estado peligroso», pero hoy no parece oportuno hacerlo.

Si se prescinde de «estado peligroso» y «peligrosidad», parece que difícilmente puede mantenerse la vigencia de la LPRS, pues se basa en esos conceptos. Ya se apuntó como parte de las figuras del artículo 2.º de la misma pueden quedar absorbidas en el Código penal, por la duplicidad que se da entre la Ley y el Código, pasando a ser estados postdelictuales. Parte del resto podrían integrarse en un Código de Policía —o incluso Ley especial—, junto con algunas de las faltas del Libro III del Código penal. Sería, además, una forma de descargar de trabajo a la administración de justicia. En este nuevo sistema se fijarían de forma concreta las conductas objeto de un correctivo, sin preocupación alguna por la peligrosidad, y es posible que en muchos casos lo que hoy llamamos peligrosidad se manifieste de forma espontánea, sin necesidad de diagnóstico, con la repetición del comportamiento, pese a haber sido el sujeto sometido a uno o más correctivos, repetición que debe llevar a una agravación de los mismos.

Los correctivos o medidas a imponer podrían ser: reprensión, sanción económica, vigilancia, obligación de trabajar o aprender un oficio, curativas, etc. La repetición podría llevar a la privación de tiempo libre —fines de semana, horas libres de trabajo, días festivos, etc.—(Medidas adoptadas hoy por la LPRS). Desde luego, con sus garantías para el ciudadano, pero sin el complicado sistema actual.

Al cumplirse los tres años de vigencia de la LPRS se publica un Proyecto de Ley para su modificación (77), que afecta a la mitad de su articulado. De las modificaciones cabe destacar: en el artícu-

(76) GIBBONS, *Delinquentes juveniles y criminales*, trad. Garza Garza, México, 1969, págs. 251 y ss.

(77) Boletín Cortes Españolas, núm. 1.355, 11 de junio de 1974.

lo 2.º, A), se sustituye el término «probablemente» por el de «probablemente», lo que supone una notable inseguridad jurídica, aunque a la vez se trate de una errata de imprenta, ya que en los estudios preliminares no se establecía este cambio. Por otra parte, se incluyen nuevas categorías, que reflejan lo que ya se apuntó de recoger hechos que pueden tener gran trascendencia social. Se añaden: a) «Los que, con abuso de la publicidad o aprovechándose de la credulidad o confianza ajenas, cometan engaños o adulteraciones que produzcan alarma social» (art. 2.º, 15); b) «Los que utilicen, de modo ilegítimo, vehículos ajenos...» (art. 2.º, 13) —situación que viene a coincidir con el párrafo 1.º del artículo 516 bis del Código penal—, y c) «Los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, así como los dueños, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos, abiertos o no al público, en los que las indicadas actividades se realicen.» Hay en este supuesto un gran parentesco con el Código penal, su inciso primero con el artículo 452 bis b) 1.º (aunque en el Proyecto se hace referencia a la habitualidad y no se pone límite de edad), y su inciso segundo con el artículo 452 bis d) 1.º Esto va en contra de lo dispuesto en el preámbulo de la Ley, que en su número 2.º establece como uno de los fines de la LPRS evitar la superposición entre estados peligrosos y delitos.

Por otra parte, y sin esperar a los resultados de la LPRS, se eleva la duración del internamiento en los establecimientos de custodia o trabajo, así como en los de reeducación. En la Ley se fija tres años y en Proyecto cinco (art. 5.º, 1.º y 2.º). El número de arrestos de fines de semana se eleva a doce (78), mientras que en la Ley es de diez (art. 5.º, 4.º). También se opone el principio mantenido por el preámbulo de Ley, que en su número sexto establece como fin de la misma: «reducir la duración del internamiento en establecimientos de custodia».

No sabemos a qué puede obedecer ese aumento de tres a cinco años de las medidas de internamiento, en los supuestos indicados. Ningún sujeto ha podido estar esos tres años con anterioridad al Proyecto, ya que justo es ese el período de vigencia de la Ley (79). No se puede saber si el tiempo es insuficiente o no, en vista de los resultados obtenidos. Por otra parte, se carecía de personal especializado, mientras que ahora, cuando comienzan a salir las primeras promociones de especialistas del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, el período de internamiento será mayor. Esto no cabe duda que es una contradicción, que parece negar la labor de los especialistas, ya que a mayor especialidad de los funcionarios puede

(78) Véase BUENO ARÚS, op. cit.; SÁINZ CANTERO, J. A.: *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», octubre-diciembre, 1970.

(79) Recordemos que la LPRS tuvo un período de *vacatio legis* de diez meses, seis conforme a su disposición adicional primera, y cuatro más según el Decreto Ley de 4 de febrero de 1971.

suponer más tiempo de estancia sometido a medidas en establecimientos de trabajo, custodia o reeducación. No puede pensarse que se vaya a fijar a las medidas de seguridad un fin expiatorio como el de la pena, pues el fin de la medida en la Ley, como señala el número 1.º de su preámbulo, es «reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social».

En cuanto a la reforma que se propugna para el artículo 4.º, no sigue nuestro criterio, aunque se aproxima algo más que en su redacción actual. Se refiere ahora a los condenados por «delitos», lo que equivale a dos o más, mientras que el texto vigente dice: «los condenados por tres o más delitos» (80).

(80) Es de esperar que este Proyecto sufra alguna modificación en el dictamen de la Comisión de Justicia, teniendo en cuenta el informe de la Ponencia y enmiendas presentadas.