

Prevención y represión desde el punto de vista procesal (*) (**)

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Panorama actual de la reforma legislativa procesal en España sobre la peligrosidad. Los «Ante-proyectos procesal, penal y orgánico». El Proyecto de Ley de Peligrosidad de 13 de enero de 1970. La Ley de Peligrosidad de 4 de agosto de 1970.—2. El ámbito de aplicación del proceso por peligrosidad, según el Proyecto de 1970, arts. 1.º y 2.º (y 1.º y 2.º de la Ley).—3. La organización de los tribunales para el proceso de peligrosidad.—4. El sistema procesal inquisitivo.—5. El principio de secreto. Derogaciones al principio de bilateralidad. Sus posibles consecuencias.—6. El procedimiento. La fase inicial.—7. ¿El sobreseimiento es posible?—8. La proposición de la prueba.—9. Las alegaciones postprobatorias.—10. La inactividad procesal del presunto peligroso.—11. La sentencia.—12. La apelación.—13. La ejecución de las sentencias y el «recurso de abuso».—14. La revisión.—15. El proceso cautelar.—16. La rebeldía.—17. La financiación en el Proyecto y en la Ley.

Esta es una Comunicación que presenté y expuse en las Jornadas sobre Peligrosidad Social organizadas por los Departamentos de Derecho penal de las Facultades de Derecho de Valencia y Oviedo, con la colaboración de la Excm. Fiscalía de la Audiencia Territorial y el Ilustre Colegio de Abogados de dicha ciudad, el día 2 de junio de 1970, celebradas en Valencia.

Como se verá, se refiere al contenido procesal del proyecto de Ley

(*) Comunicación dedicada a las Jornadas sobre Peligrosidad Social, organizadas por los Departamentos de Derecho penal de las Universidades de Valencia y Oviedo, con la colaboración de la Excm. Audiencia Territorial y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (Valencia, 1 al 3 de junio de 1970); y expuesta el día 2 de junio de 1970.

Posteriormente, se han añadido notas sobre el texto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970.

(**) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación en la Universidad, del Ministerio de Educación y Ciencia.

de Peligrosidad Social enviado por el Gobierno a la Comisión de Justicia de las Cortes el 13 de enero de 1970, para su estudio (Cfr. el texto, en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», número 1.086, de 16 de enero de 1970, pág. 26525 y ss.). En la fecha en que di lectura a mi Comunicación, aún no se había producido dicho estudio.

Mas, posteriormente, el 4 de agosto de 1970, se produjo la promulgación de la «Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social» (número 16/1970, Gaceta de Madrid del 6 de agosto), que supone alteraciones de importancia sobre el «Proyecto».

Si bien, como es lógico, en mi Comunicación del mes de junio sólo trataba del Proyecto, la aparición de la Ley me parece acontecimiento de suficiente trascendencia para evocarla en la redacción final de dicha Comunicación.

Por razones de necesaria honestidad, he pretendido separar lo que es la Comunicación de junio propiamente dicha —el lector lo vería sin necesidad de esta advertencia en las alusiones a la Ley de 4 de agosto de 1970, de fecha— exactamente la misma que su ilustre antecesora, la Ley de Vagos y Maleantes, hace treinta y siete años—. Como la Comunicación llevaba consigo notas, he preferido que las alusiones a la nueva Ley —esto es, el material posterior a la Comunicación— vaya simplemente en notas con numeración *bis*; por otra parte, en dichas notas, no se tratará de hacer un comentario a esta última Ley —lo que queda para otro momento y lugar— sino simplemente, de proceder a su comparación con los correspondientes textos del Proyecto. De esta forma, la Comunicación, que en parte ya es Historia, pasaría a ser útil para el presente.

1. Nos hallamos en un momento —que dura ya desde años ha— de reforma de la legislación orgánica y procesal española, en la cual, una serie de ideas sobre los procesos preventivos (por razón de la peligrosidad) y represivos (los penales) aparecen, en las obras pre-legislativas, con grave confusión.

Esta se demuestra mediante los siguientes datos reales:

En el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal», que la Comisión General de Codificación dio a información de las entidades jurídicas en 1967 (entre ellas informó, a través de quien os dirige la palabra, la Universidad de Valencia) (1), se cometía la, a nuestro juicio incorrección sistemática, de referirlo, no sólo «al ejercicio de la acción penal... para la pena que corresponda», sino también a «la adopción de las medidas de seguridad que resulten procedentes» (Base 23);

(1) Este informe, aprobado por unanimidad por la Junta de la Facultad de Derecho, se publicó por la Universidad de Valencia, a mi nombre, con el título por mi propuesto, «Presente y futuro del Proceso penal español», Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1967.

y en su Base 48, trataba del «procedimiento para la adopción de medidas de seguridad» (2) (1 bis).

Esto es, en ese futuro Cuerpo legal —al que nos opusimos, entre otras razones, por ésta, se hubiera tratado, no sólo del «proceso represivo», penal, sino también del «preventivo», por razón de la peligrosidad.

Por su parte, en el «Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia», que la misma Comisión General de Codificación dio a información de entidades jurídicas, en 1968, y en su Base 26, se trataba de la «competencia *penal* de los Juzgados de primera instancia», atribuyéndosela, 1) para «la instrucción, conocimiento y fallo en primera instancia de las causas por delitos menos graves», 2) para «la declaración de peligrosidad social y la aplicación de medidas de seguridad»; esto es, confundiendo, en unos mismos Jueces —como lo hiciera la Ley de Vagos y Maleantes de 1933— la competencia para los procesos preventivos y represivos, pero con una omisión que hace aún más grave esta confusión, ya que en el citado «Anteproyecto» no se fija la competencia a favor de ningún tribunal para conocer de la apelación en materia de peligrosidad.

Pero estos dos Anteproyectos —de los cuales, tras la información evacuada no hemos vuelto a saber más (3) han sido sucedidos por un tercer Proyecto —el que el Gobierno envió a las Cortes el 16 de enero de 1970—, cuyas premisas son diferentes desde el punto de

(2) A su vez, la información de este «Anteproyecto» —en la primavera y comienzos del verano de 1967— se vio interferido por la Ley de 8 de abril de 1967, que reforzaba profundamente parte de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, creando un proceso, para «delitos no graves», inquisitivo, fuera de los principios de dicha Ley.

Cfr. sobre esta interferencia, FAIRÉN GUILLÉN, «Presente y futuro del proceso penal español», cit., *passim.*, y cap. pág. 11 y ss.; «El Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal de 1967», en «Temas del Ordenamiento procesal», Madrid, 1969, II, pág. 1144 y ss.; y la Conclusión (3.^a) —adoptada por los Profesores españoles de Derecho Procesal, en nuestra Jornada de Valladolid (mayo de 1967)—, repr. en dichos trabajos.

(3) En la fecha en que leíamos la Comunicación.

(1 bis) La penetración, en el texto de la Ley de Enjuiciamiento criminal, de la Ley de 8 de abril de 1970, tiene enorme importancia a los efectos del estudio del proceso de la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, ya que su artículo 34 (Título IV, «Normas suplementarias») dice que «en todo lo referente al procedimiento y ejecución de medidas de seguridad serán supletoriamente aplicables, en primer término, las disposiciones del título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en su defecto, los demás preceptos de la misma, salvo en cuanto a recursos, que no se admitirán otros que los expresamente establecidos en la presente ley».

Y concretamente, en dicho título III libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se incluyó el texto de la Ley de 8 de abril de 1967; como en dicho texto, hay a su vez, remisiones al resto de la LECRIM, nos encontramos ante un juego que en ocasiones, va a resultar muy complicado. Cfr., *infra*.

vista orgánico, ya que «se suprime la facultad de los Tribunales de lo criminal para declarar el estado peligroso» (4) (2 bis).

Como a este último Proyecto —en estado de tramitación más adelantado que los anteriores, puesto que ya fue remitido a las Cortes— no se le califica de «provisional» (como se ha hecho con algunas otras leyes de reforma de las de Enjuiciamiento civil y criminal), hay que pensar que será «definitivo» —a salvo que las Cortes obtengan su retirada, cuestión muy aleatoria (3 bis), y que así, se vuelva a consagrar la separación normativa del proceso penal y del proceso por peligrosidad, como hasta ahora ha venido ocurriendo, desde 1933; aunque el Proyecto fije como supletoriamente aplicable «en todo lo referente al procedimiento y a la ejecución de medidas de seguridad», «la Ley de Enjuiciamiento criminal, salvo en cuanto a los recursos, que no se admitirán otros que los expresamente establecidos en la presente Ley».

Este es el estado actual de cosas desde el punto de vista pre-legislativo; un Proyecto de Ley que sustituiría, en su caso, a la vigente de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933; otro «Anteproyecto» —más retrasado y muy impugnado— que incluiría el proceso para adoptar medidas de seguridad, en el mismo Cuerpo que el Proceso penal, represivo; en el primero, con acierto, se distingue netamente la competencia de los juzgados y tribunales de lo criminal con respecto a los competentes para juzgar sobre peligrosidad; mas en el «Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia», la competencia para conocer de uno y de otro proceso, se atribuye a los mismos tribunales. Confusión, pues, orgánica y divergencias fundamentales en cuanto a lo procesal.

Tanto desde el punto de vista doctrinal como del práctico, está clara la diferencia entre «pena» y «medida de seguridad» (5); mediante la primera, se sanciona, se castiga «un acto» o serie de actos; mediante la segunda, se corrige «un estado». También entendemos que las medidas de seguridad deben ser adoptadas —y lo son desde 1933 en España— de modo jurisdiccional y no simplemente administrativo (6) (4 bis).

(4) Cfr. *La exposición de Motivos*.

(5) Cfr., también sobre este punto, FAIRÉN GUILLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en *Temas*, cit., T. I., pág. 423 y s., especialmente.

(6) Cfr. en general, RANIERI, *Manuale di Diritto processuale penale*, 2.^a edición, Padova, 1956, pág. 81 y ss.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma 1949, I, pág. 52 y ss.; GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma, s. a., I, página 80 y ss.

En España, fundamentalmente, Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA —uno de los autores

(2 bis) Lo mismo en la *Exposición de Motivos* de la Ley de 4 de agosto de 1970.

(3 bis) No nos equivocábamos; aunque con modificaciones, el proyecto ha devenido Ley.

(4 bis) La nueva Ley, como el Proyecto, sigue la línea jurisdiccionalista de la de Vagos y Maleantes de 1933.

Existe una tendencia doctrinal dirigida a la obtención de dos Códigos de Derecho material —uno «sancionador» y otro «preventivo» (7)—; pero no se ha llegado a una aceptación general por parte de los procesalistas; por alguno de ellos (8) se llegó hace años, a la conclusión de que «el dualismo en los códigos sancionadores sustantivos no tiene por qué trascender a la legislación procesal» (5 bis).

Mas, discrepando de esta afirmación, no cabe que desconozcamos las fundamentales diferencias que deben existir necesariamente entre un proceso «penal represivo» y otro «preventivo» por su diferente finalidad-medio (9) que han de cumplir —pena, medida de seguridad—. Sí, puede haber el poner parte de la misma técnica procesal unitaria, al servicio de dos objetivos diferentes (podría hablarse aquí metafóricamente, del «quia peccatum est» en contraposición al «ne peccetur»), pero sin confundirlos de ninguna manera. Piénsese en el concepto de la «peligrosidad sin delito» (10) de aplicación cada vez

de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, eximio Maestro—, en su obra *El nuevo Derecho penal*, Madrid, 1929, pág. 127 y s.

(7) Así, aunque no muy alarmante, DORADO MONTERO, en su trabajo *La pena propiamente dicha, ¿es compatible con los daños de la antropología y la sociología criminal?*, en «Estudios de Derecho penal preventivo», Madrid, 1901, página 213 y ss.; muy claramente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Derecho penal*, citado, pág. 101 y ss.

(8) Por el Prof. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en su excelente trabajo *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, en sus *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pág. 175 y ss. y esp. pág. 221.

(9) Para nosotros, la función material o causal de todo proceso, está en la obtención práctica de satisfacciones jurídicas (Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Ideas para una teoría general del Derecho procesal*, en *Temas*, cit., I, pág. 289 y s.; *El proceso como función de satisfacción jurídica*, cit., *Temas*, I, pág. 353 y ss., passim.

(10) El Prof. y Magistrado, Dr. MARIANO RUIZ FUNES, en el preámbulo al dictamen dirigido a las Cortes en defensa del proyecto de lo que con modificaciones, se convirtió poco después en Ley de Vagos y Maleantes, escribió así:

«El concepto de estado peligroso significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal. Valora al delito como síntoma de una personalidad antisocial. Unas veces, producido el síntoma, el decir, el delito, se reacciona, no sólo contra él, sino contra la actividad que revela, y que sirve de base para creer fundadamente que el delito cometido no es un episodio aislado, y que si no se toman ciertas medidas asegurativas habrá de repetirse sistemáticamente» (peligrosidad delictual).

Sigue: «En otros casos, se trata de corregir una actividad antisocial, inmoral o dañosa, que es índice seguro de una conducta reveladora de inclinación al delito» (se trata de la peligrosidad sin delito).

«En el primer caso de estado peligroso posterior al delito, se sanciona al delito con la medida penal; pero es preciso corregir la actividad antisocial que revela o poner al peligroso incorregible en condiciones de no dañar; es decir, adaptarlo o inocuizarlo.»

(5 bis) Con motivo de las V Jornadas latino-americanas de Derecho procesal, celebradas en Bogotá y Cartagena de Indias durante los días 21 al 29 de junio próximo pasado, y habiendo mantenido quien esto escribe la necesidad de un doble tipo de proceso (penal y de peligrosidad), el Profesor ALCALÁ-ZAMORA se mostró de acuerdo conmigo, lo cual indica una evolución de su pensamiento desde 1944.

más amplia (11), que ya admitió —por primera vez en el mundo y ello debe enorgullecernos como españoles— la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. ¿Cómo aplicarlo según normas procesales pensadas y construidas para llegar a imponer una pena, por un delito cometido? Es sencillamente absurdo.

Por otra parte, nunca hemos sido partidarios de leyes «extravagantes», situadas fuera de Cuerpos generales en que su encuadramiento no ofrezca excesivas dificultades —este es el caso—; con el nuevo Proyecto de Ley de Peligrosidad, se consagraría una vez más al proceso preventivo de la delincuencia, como «extravagante» con respecto al penal, históricamente más desarrollado.

Por ello, ya sugerimos, en el «Informe» que presentamos sobre el «Anteproyecto procesal penal» de 1967, que sin perjuicio (ese es otro tema, ya desarrollado por nosotros en diversas ocasiones) (12) de elaborar una «Ley procesal general» que, a la cabeza del ordenamiento procesal —después del procesal constitucional, naturalmente— recogiera unitariamente, una serie de materias, de naturaleza también unitaria, hoy día esparcidas e inútilmente reiteradas en diversas leyes y códigos; el ordenamiento «penal y de seguridad» (llamémosle así, por ejemplo), debería comprender a su vez, tres grandes apartados; uno, abarcando a su vez normas de aplicabilidad general a los procesos preventivos y represivos; un segundo, destinado al proceso preventivo; y el tercero, al represivo; si se quiere y dado que la técnica procesal desarrollada en torno a este último está mejor aposentada, podría invertirse el orden de estos dos últimos y grandes apartados, los cuales se hallarían a la misma altura sistemática.

Las diferencias entre ambos procesos, deben subsistir, por ser

«En el segundo caso de estado peligroso sin delito, es preciso emplear, para corregir el índice de peligrosidad y para prevenir los delitos futuros, iguales medidas de cura, adaptación e inocuización.»

Este dictamen, incluido en el Apéndice 9.º al «Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes», núm. 361, lo reproduce JIMÉNEZ DE ASÚA en su trabajo, fundamental para conocer la Ley de Vagos y Maleantes —sobre el dictamen elaborado por él mismo y por RUIZ-FUNES—, *Ley de Vagos y Maleantes, Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, T. 163 (1933), pág. 603 y ss.

(11) Desgraciadamente. Compárese, por ejemplo, el exiguo catálogo del proyecto PINTÉS de 1922 sobre «profilaxis social», de figuras amplísimas, con el de la Ley de 1933 y con el Proyecto de 1970.

La peligrosidad sin delito, se ha destacado prontamente como figura autónoma, situada fuera del campo del Derecho penal tradicional. (Sobre el proyecto PINTÉS, Cfr., p. ej., CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA, *El Proyecto Piniés de profilaxis social (Maleantes) de 1922*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid T. 163 (1933), pág. 214 y ss. y 435 y ss. (también con un comentario a la recién promulgada Ley de Vagos y Maleantes).

Sobre los antecedentes de esta última Ley —y naturalmente, del Proyecto de 1970, cfr. especialmente, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO—, *El sistema*, cit., ob. cit., página 178 a 199.

(12) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, p. ej., *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Valencia, 1966, Parte I, cap. único.

grandes, habida cuenta de su respectiva finalidad. Recordemos aquí, por ejemplo, lo relativo a la ejecución de las medidas de seguridad, que debe ser reformado totalmente, alejándolas de la idea de «pena» que las acompaña actualmente (13) (6 bis).

(13) Véase el artículo 16-últ. de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933: «La ejecución de las medidas de seguridad corresponde al Tribunal que las hubiere dictado, y serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal y demás complementarias sobre ejecución de sentencias (esto es de ejecución de penas) en todo lo que especialmente no se halle modificado por la presente Ley y Reglamento que para su debido cumplimiento se dicte.»

Y el artículo 18, 2.º y 3.º: «Los Jefes o Directores de los establecimientos de custodia, trabajo, colonias agrícolas, asilos de curación, así como las Autoridades y sus Delegados especiales que tuviesen a su cargo las obligaciones correspondientes al tratamiento y vigilancia de los peligrosos, informarán periódicamente al Tribunal de mérito en los plazos y de la manera que dispongan los respectivos Reglamentos sobre los efectos de las medidas de seguridad en cada uno de los sujetos peligrosos sometidos a ellas». «El Tribunal podrá comprobar por sí mismo, en la forma que considere más conveniente y eficaz, los resultados progresivos del tratamiento».

Esto es, más que la «dirección» de la ejecución de las sentencias de peligrosidad, se concede a los tribunales «el control» de la ejecución administrativa de las mismas, dirigida —textualmente— por el Cuerpo de Prisiones (art. 5.º del Reglamento de la Ley de Vagos y Maleantes, de 3 de mayo de 1935), en cuanto a su organización y funcionamiento —Dirección General de Prisiones, artículo 3.º de dicho Reglamento—.

Este bienintencionado y minucioso reglamento es, naturalmente, de predominio rotundamente administrativo: véanse, como muestra, las siguientes normas:

«Art. 8.º Los Jueces o Tribunales, después de dictar resolución en los expedientes de declaración de peligrosidad pondrán a los sentenciados a disposición de la Dirección General de Prisiones, indicando en su caso la conveniencia de que se les interne en determinado establecimiento...»

Art. 9.º-2. «La Dirección General de Prisiones, con vista de los antecedentes expresados en tales fichas y de los que ya tuviere de los Jueces y Tribunales, ordenará el destino y traslado de los asegurados a establecimientos de tra-

(6 bis) En el texto de la nueva ley, los artículos 24, 25 y 26 regulan la ejecución de las medidas de seguridad.

Salvo la introducción de un segundo párrafo en el artículo 25, sobre preferencia en la ejecución de las penas, si las hubiere pendientes de ejecución total o parcialmente, y no fueran susceptibles de cumplimiento simultáneo al de la medida, el texto, reproduce el del Proyecto, de tal modo que es aplicable cuanto hemos expuesto en la nota anterior.

El legislador, no ha escogido otra palabra en vez del anfibológico «cuidará», referido al juez de la ejecución, por lo que las dudas sobre la verdadera naturaleza de ésta, subsisten, lo cual es muy de lamentar.

Pero, como según la «Disposición adicional» primera se dice que «la presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su promulgación» (al contrario del Proyecto, que en su Disposición adicional primera, hacía entrar en vigor «el nuevo procedimiento» sin fijar una «vacatio legis» especial), aún queda remedio para subsanar de modo legislativo —y no simplemente reglamentario, no sujeto al control del Parlamento, aunque éste, a su vez, esté reglamentariamente muy limitado— un defecto que repercute en la determinación, nada menos, que de la naturaleza del procedimiento ejecutivo y del «recurso de abuso» sobre medidas de seguridad. Así deseamos que se haga.

También, «la lucha cautelar contra el supuesto delincuente («re presiva») debe llevar consigo medios diferentes de los de la lucha

bajo o custodia, colonias agrícolas y casas de templanza teniendo para ello muy presente las posibles aptitudes del peligroso con el fin de obtener su regeneración mediante el trabajo adecuado a aquéllas, que han de emprender...»

Añadamos a ello qué normas sobre el tratamiento de los peligrosos, se hallan en un Reglamento «penitenciario» (de Servicios de Prisiones) de 2 de febrero de 1956.

De «ligereza» de la Ley de Vagos y Maleantes tachó ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO la escasa parte dedicada al proceso ejecutivo: «En esas condiciones —dice— el manejo de un procedimiento ejecutivo hecho de recortes de difícil ensambladura (las pocas normas de la Ley de Vagos, las escasas de la LECRIM y las del Reglamento que «atiende más al aspecto penitenciario y a la forma de llevar los libros y registros relativos a peligrosos en los Juzgados y Audiencias» (Cfr. *El sistema*, cit., pág. 220); de «sensible referencia (a la LECRIM y complementarias) que impide crear el nuevo procedimiento ejecutivo en lo penal», dijo sobre lo mismo CASTEJÓN (*El proyecto Piniés*, cit., página 440).

No tratamos de que los Jueces de peligrosidad —que deben reunir condiciones muy especiales— se conviertan en Directores de establecimientos para el cumplimiento de las medidas de seguridad; pero sí que no queden al margen, desinteresados de la ejecución de las mismas (cfr., p. ej., desde DORADO MONTERO, *Misión de la Justicia en el porvenir*, en su «Derecho protector de los criminales», Madrid 1916, T. I., pág. 418).

La situación, defectuosamente creada por la Ley de Vagos y Maleantes vigente, «parece mejorar» un poco, según el tenor del Proyecto de 1970:

«Art. 23. La ejecución de las medidas de seguridad *corresponderá* a los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley.

»Art. 24. 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 con el fin de que se observe cuanto la Ley y el Reglamento preceptúan sobre el particular.»

(Nótese que se utiliza una expresión ambigua y que estimamos inadecuada; no «dirigirán». ni «controlarán», ni «inspeccionarán» u otro verbo más vigoroso y expresivo del contenido de la labor de los jueces, sino un anfibológico «cuidarán». Esperemos que la Ley, si llega a adoptarse el Proyecto, fije bien sus términos; «dirigirá la ejecución» es el más adecuado.)

«Art. 25. El Juez, previo informe de la Junta de Tratamiento o, en su defecto, del delegado que tenga a su cargo la vigilancia del peligroso social o de quien proceda recabarlo, podrá acordar, con audiencia del Fiscal, el cese de la medida que corresponda y su sustitución, en su caso, por la sucesiva, según vaya cumpliéndose el mínimo de las mismas; y en las que no tengan mínimo, cuando transcurra, por lo menos, la tercera parte de su duración. Se acordará siempre, sin más trámites, cuando se cumpla el máximo o se alcance, en las de internamiento por tiempo indeterminado, la condición fijada para ello en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión. También acordará el Juez la cancelación definitiva por cumplimiento de la única medida o por extinción de la última de las de tracto sucesivo.»

Cierto es que corresponde explícitamente un control «a posteriori» de la ejecución de las medidas de seguridad, a los jueces, a través del llamado «recurso de abuso», ya previsto en la Ley de Vagos y Maleantes:

«Art. 18. El sujeto a medidas de seguridad podrá recurrir ante el Juez de instrucción de su residencia de todo exceso o abuso que respecto del mismo se cometiese en la ejecución de la medida acordada. El Juez podrá, previo informe de la Autoridad encargada de cumplimentarla, y oído el Ministerio Fiscal, acordar las disposiciones oportunas para corregirlos, sin perjuicio, en su caso, de las sanciones que procedan, a cuyo fin se pondrán los hechos en conocimiento de la

cautelar contra el supuesto peligroso, aunque la clave de los dos procesos cautelares sea la misma» (14).

Autoridad superior, y si resultase la existencia de delito, se procederá a la instrucción del correspondiente sumario.»

El Proyecto de 1970, por su parte, dice así sobre el «recurso de abuso»:

«Art. 32 El sujeto a medidas de seguridad podrá recurrir ante el Juez de Instrucción de su residencia o ante el encargado de la aplicación de esta Ley de su territorio de todo exceso o abuso que pudiera haberse cometido en la ejecución de la medida acordada. En el primer caso, el Juez de Instrucción remitirá los antecedentes al competente para la aplicación de esta Ley. Este, previa práctica de las diligencias que estime convenientes u oído al Fiscal, podrá acordar las disposiciones pertinentes para corregir el exceso o abuso comprobado, sin perjuicio de lo demás que proceda.»

Este «recurso de abuso», entendemos que debe ser incluido, en general, entre los «incidentes de la ejecución de la sentencia», pero dentro de este grupo, puede ser concebido como de posible y doble naturaleza jurídico-procesal; a) si entendemos que el director de la ejecución de las medidas de seguridad es el Juez, la Administración opera como mera subordinada del mismo, a modo de simple «ejecutor judicial», de manera que el «recurso» es de tipo interno, dirigido, dentro de la mecánica del tribunal —integrado por el Juez y el ejecutor subordinado— al primero, sin más; pero b) si entendemos que, según lo previsto en el Reglamento de 1935, la «dirección práctica» de la ejecución de las medidas corresponde a la Administración, en tal caso, el «recurso de abuso» opera como una instancia jurisdiccional entre el sujeto a la medida y lesionado por el exceso o abuso, y la propia Administración.

Es esta diferencia, ya aludida, entre «dirección práctica» y «control» de la ejecución de las medidas de seguridad, lo que provoca una duda que no debería haberse producido.

El Proyecto de 1970, en su artículo 32, introduce modificaciones al artículo 18 de la vigente Ley de Vagos y Maleantes.

a) Habida cuenta de que la competencia para imponer las medidas de seguridad está atribuida exclusivamente a los actuales Juzgados de Instrucción que para ello se designen (art. 8.º, acertado), prevé el caso de que no exista este Juez especial en el lugar en que se halle el sujeto a la medida.

b) Extiende y hace más vaga la posibilidad de contradicción en el incidente; de un lado, no exige expresamente que se pida informe a «la Autoridad encargada de cumplimentar» la medida, como hace la Ley de Vagos y Maleantes, y de otro, da al Juez la posibilidad de practicar «las diligencias que estime convenientes».

c) Si, concretamente, la Ley de Vagos contiene una norma de conminación con sanciones, incluso penales, a la autoridad culpable del abuso o exceso, esta conminación concreta desaparece en el Proyecto. Aun cuando implícitamente el problema haya que tener igual solución —si se ha producido un delito perseguible de oficio por parte de dicha autoridad, entra en juego el art. 308 de la LECRIM y el Juez debe proceder en consecuencia—, la supresión de la conminación expresa, produce la sensación de que los prelegisladores se encuentran en situación molesta ante la idea —lógica— que ocurre a la mente, de que la autoridad administrativa encargada de la ejecución de la medida de seguridad, haya podido actuar de modo delictivo; y sin embargo, tal es uno de los supuestos en que la norma descansa.

Terminemos esta ya larga alusión al «recurso de abuso», diciendo que, este «incidente de ejecución», prevé, los «abusos» o «excesos» en la misma, pero no los «defectos», tanto considerados en sí, como desviaciones en el tratamiento, que quedan reducidos al Reglamento de 1935. Y que, desde luego, si la intervención de los Jueces fuera más intensa a lo largo del proceso ejecutivo de las medidas, estos «abusos» o «excesos» se harían más raros.

(14) Cfr. FAIRÉN GULLÉN, «Presente y futuro» cit., pág. 16.

Con esta advertencia, deseábamos salir al paso del error cometido en la Ley

2. Aunque sólo sea de pasada, más por afectar al ámbito de aplicación del proceso por peligrosidad instaurado por la Ley de Vagos vigente, y seguido, con modificaciones no fundamentales, por el Proyecto de 1970, debemos comentar brevemente parte de los artículos 1.º y 2.º de este último.

Dice el primero que «quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley las personas mayores de dieciséis años que expresan los artículos 2.º y 3.º de la misma. Los menos de dicha edad serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores» (15) (7 bis).

Y el segundo —en la parte que nos interesa— que «serán declarados peligrosos socialmente, aplicándoles las correspondientes medidas de seguridad, quienes probadamente resulten incluidos en cualquiera de las categorías siguientes» (viene a continuación, el catálogo de categorías de peligrosidad) (8 bis).

Nótese que el Proyecto de 1970, utiliza una fórmula imperativa («serán»), en tanto la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, se produce, para el mismo supuesto, en potestativo («podrán ser»).

Esto es, parece que la declaración judicial, previo proceso de peligrosidad, haya de ser automática, una vez se pruebe la inclusión del sujeto en una de las categorías legales (de extensión mucho mayor que las de la Ley de 1933, utilizándose incluso expresiones filosóficas —«comportamiento cínico», por ejemplo, arrastrado de la Ley de 24 de abril de 1958—).

Como de la interpretación de ese rígido «serán» depende mucho, muchísimo, y ello, estando de por medio un proceso, nos consideramos muy interesados en examinar la cuestión.

Para ello, consideramos fundamental la opinión de los autores de

de Vagos y Maleantes, art. 12, aplicando la medida cautelar de «prisión provisional», incompatible con el ordenamiento de seguridad.

(Este error, se ha reiterado en el art. 17 del Proyecto.) Cfr. infra.

(15) El art. 1.º de la Ley de Vagos y Maleantes vigente, reza así: «Quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley las personas de ambos sexos, mayores de dieciséis años, que se enuncian en los arts. 2.º y 3.º de la misma. Los menores de edad en quienes concurren circunstancias previstas en la presente Ley serán puestos a disposición del Tribunal tutelar correspondiente, donde se halle constituido, y, en su defecto, a la del Juez de Primera Instancia que tomará las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales de menores» (sigue una serie de normas referentes a los menores, que aquí, por el momento, no interesan).

(7 bis) El artículo 1.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, recién promulgada, dice que «quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley los mayores de 16 años que se encuentren comprendidos en sus artículos 2.º, 3.º y 4.º. Los menores de dicha edad que puedan considerarse incluidos en los dos primeros preceptos citados, serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores».

Texto fundamentalmente idéntico al de la Ley de Vagos.

(8 bis) El artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad de 1970, dice así: «Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes» (a continuación se enumeran las categorías de peligrosos).

la vigente Ley de Vagos y Maleantes de 1933 —los Profesores JIMÉNEZ DE ASÚA y RUIZ DE FUNES, ambos ilustres penalistas—; opinión plasmada en el artículo 2.º de dicha Ley, con el «*podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad*», etc. (16), que hoy se altera totalmente con el severísimo imperativo «*serán declarados peligrosos sociales*», etc., del artículo 2.º del Proyecto.

Decía, sobre la aplicación de la Ley citada, JIMÉNEZ DE ASÚA:

«La cifra elevadísima dada por los periódicos sobre hipotéticos sujetos a quienes la ley alcanza, me hace pensar que las Autoridades y los Jueces creen que *a todo el que encaje en las categorías del artículo 2.º se le debe sentenciar como temible* (17). *Apresurámonos a decir que no* (18). El artículo 2.º comienza diciendo que «*podrán ser declarados en estado peligroso*»; *pero no que fatalmente lo han de ser* (19). Las categorías están en la Ley con fines garantizadores; pero para hacer la declaración de peligrosidad el Juez ha de estudiar el sujeto *para ver si concurren* elementos de peligro subjetivo, que la ley no enuncie por dejar más arbitrio a los juzgadores, pero que la doctrina tiene ya establecidos (20). Por ende *sólo cuando concurren los elementos de peligrosidad enunciada en la Ley y los elementos de temibilidad descubiertos por el Juez, es cuando puede declararse en estado peligroso a un sujeto y someterle a medidas aseguradoras* (21).»

Del imperativo «serán» del Proyecto de 1970, escapa la temibilidad, que pasa a hallarse, de modo muy extraño, en la simple palabra «probablemente»; palabra demasiado lata para designar el contenido de una fundamental consecuencia propia de la peligrosidad, como lo es la temibilidad; presupuesto necesario de su sanción, según el ilustre autor de la Ley de 1933.

Como la expresión «probablemente» puede referirse tan sólo a la peligrosidad, mas no a su consecuencia y elemento sancionable, la temibilidad, estimamos que debe ser sustituida por otra, indicadora clara de dicha consecuencia y elemento.

Y en cuanto al imperativo «serán», la crítica de determinadas conductas, efectuada por el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, es terminante: precisa, no sólo la aparición de la categoría legal de peligrosidad, sino también la de «elementos de peligro subjetivo» a determinar los jueces y tribunales —temibilidad y sus «índices a destruir por medio de medidas capaces» (22)—. Por ello, la ley sobre estado peligroso, debe

(16) En este punto, el texto de la Ley, coincide con el del Proyecto elaborado por los dos ilustres juristas, para el estudio por la Comisión de Presidencia. (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Ley de Vagos y Maleantes», cit., pág. 596.)

(17) La cursiva es nuestra.

(18) La cursiva es del Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA.

(19) *Hic sunt leones*. La cursiva es nuestra.

(20) JIMÉNEZ DE ASÚA cita aquí su obra «El estado peligroso».

(21) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Ley de Vagos y Maleantes», cit., pág. 632. La cursiva es nuestra.

(22) Preámbulo del dictamen emitido por la Comisión de Presidencia, sobre el Proyecto de Ley de Vagos y Maleantes elaborado por los dos citados autores.

ser elástica, y si se acoge al sistema de categorías legales, ello debe ser compensado «con la gran latitud en la declaración de peligrosidad que quedaba al arbitrio y previsión de los Jueces» (23) (24) (9 bis).

Si los jueces y tribunales sobre peligrosidad, por esta razón fundamental, cargan con la responsabilidad total de aplicar «categorías» muy amplias —problema de fondo— este amplio arbitrio de la aplicación, debe tener su contrapartida en el proceso correspondiente; éste debe estar muy severamente regulado por la ley, sin que sean admisibles, ni las temidas «cláusulas generales» ni las lagunas con dificultad para colmarlas.

Veremos cómo se produce la Ley de Vagos y Maleantes en vigor, así como el Proyecto de 1970.

3. Antes de echar una ojeada a algunos aspectos de gran interés

Este preámbulo fue obra de RUIZ FUNES. (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Ley de Vagos y Maleantes», cit., pág. 606 y 603.)

(23) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. últ. cit., pág. 612 y s.

(24) El cargo de Juez de Peligrosidad, debe presuponer una serie de requisitos y de condiciones subjetivas especiales de parte de los que a él aspiran. Su labor, es difícilísima, y aún más, si se hallan —como desgraciadamente va a ser el caso— ante una masificación del fenómeno de la peligrosidad y de la temibilidad. Cfr. sobre ello, p. ej., ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «El sistema» cit., página 222 y s. con notas.

El proyecto, esbozando una especialización de los jueces, en su art. 8.º y excluyendo del problema a los tribunales penales, debería producir desde el punto de vista del personal judicial, efectos beneficiosos.

(9 bis) El artículo 1.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, dice así:

“Quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley los mayores de dieciséis años que se encuentren comprendidos en sus artículos 2.º, 3.º y 4.º. Los menores de dicha edad que puedan considerarse incluidos en los dos primeros preceptos citados, serán puestos a disposición de los Tribunales tutelares de Menores.”

El texto es, pues, casi igual al del Proyecto.

El artículo 2.º de dicha Ley, reza así:

“Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación quienes: A) Resulten probadamente incluidos en algunos de los supuestos de este artículo, y B) se aprecie en ellos una peligrosidad social” (sigue la exposición de supuestos del estado peligroso).

Comparando este texto con el del Proyecto, vemos que la palabra “probadamente” —que pudiera encubrir la temibilidad— ha sido trasladada a un apartado, pero se la mantiene, con todas las dudas, a que puede dar lugar. Parece, sin embargo, que la división de los presupuestos en dos apartados, supone una corrección de la posible omisión de la temibilidad que existía en el Proyecto, y que se ha criticado, supra.

No obstante, dada la ambigüedad de la expresión “probadamente” —que no puede equivaler a la temibilidad— puede aplicarse al texto de la ley la mayor parte de la crítica que supra, en el texto, hemos hechos al Proyecto, en relación con el “podrán ser” de la Ley de Vagos y Maleantes vigente. No basta la peligrosidad, sino que precisa su consecuencia externa.

Esperamos que el legislador advierta el “peligro” que para los ciudadanos españoles supone el tajante imperativo “serán”, unido a una expresión ambigua (“probadamente”) y a una serie de supuestos (categorías) de enorme amplitud —cláusulas generales— y corrija este artículo 2.º.

del proceso preventivo regulado en el Proyecto, debemos considerar con brevedad su parte orgánica.

Que los jueces de peligrosidad deben ser especialistas, nos parece básico. Hacemos nuestras las siguientes palabras de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (25):

«El éxito de la legislación sobre maleantes depende, en lo esencial, de dos factores: de que su aplicación se confíe a una magistratura inteligente y preparada y de que no se la utilice como instrumento para persecuciones sociales o políticas. En el primer sentido, creemos, con RODRÍGUEZ DRANGUET y RUIZ FUNES, que el Juez de Vagos ha de ser un especialista. Por muy dúctil que el temperamento de una persona sea, es casi imposible que sienta por igual los anhelos del Derecho penal represivo y del preventivo; pero aun suponiendo que así fuera, el Juez de Vagos ha de estar en condiciones de observar con frecuencia y directamente los resultados del tratamiento por él decretado, so pena de fiarlo todo a los informes que los establecimientos de corrección le envían y a unas visitas a dichos centros, tan protocolarias e inútiles como las que hoy se giran a las cárceles. Todo ello impone un régimen y un ritmo de trabajo muy distintos de los que en la actualidad se siguen en nuestras Audiencias y Juzgados. ¿Quiénes constituirán la Magistratura de Vagos? Pues los propios jueces de carrera, seleccionados mediante concurso de méritos, o mejor aún, escogidos entre los que posean determinados conocimientos criminológicos que ni en las Facultades de Derecho (26) ni en las oposiciones se adquieren y que muy bien pudieran ser enseñanzas que se cursan en el *Instituto de Estudios Penales*... Esta y la de su distribución por España son cuestiones que las estadísticas judiciales dan resueltas... Las ventajas de la especialización se anularían por completo, si tras haber reclutado con el mayor esmero los Jueces de Vagos para la primera instancia, se abandonase la apelación en manos de Magistrados reacios a los ideales del Derecho penal preventivo. Como más económico y sencillo que crear en las cincuenta Audiencias provinciales otras tantas salas de Derecho penal preventivo, que permanecerían mano sobre mano la inmensa mayoría de los días, es transformar la Sala VI del Supremo según propusimos (27), creemos que debe optarse por esta solución, y de no ser factible por el número de recursos, establecer Salas especializadas de Vagos en cuatro o cinco Audiencias» (28).

(25) Este trabajo, fue escrito por el Prof. ALCALÁ-ZAMORA, en 1936, antes de la Guerra civil.

(26) Anotemos que en la actualidad, en algunas Facultades de Derecho españolas (entre ellas, en la de Valencia) funciona un Instituto de Criminología, que da cursos anuales sobre la materia, destinados a postgraduados. Y vemos con placer como concurren a tales cursos, individuos pertenecientes a carreras estatales forenses.

(27) Naturalmente, se refiere el Prof. ALCALÁ-ZAMORA a la Sala VI del Tribunal Supremo existente en 1936.

(28) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «El sistema», cit., pág. 222 y s.

Efectivamente, la Ley de Vagos y Maleantes, preveía una especialización, pero no la instauraba decididamente, en sus artículos 10 y 15 (29).

En posteriores disposiciones (y especialmente, en la Ley de 24 de abril de 1958 y en el Decreto de 5 de mayo de 1966), se eligió (salvo los Juzgados de Madrid y Barcelona) un sistema «mixto», ya que «el personal necesario para el servicio de los restantes Juzgados (se entiende, de Vagos y Maleantes) será designado por el Ministerio de Justicia *entre quienes ejerzan sus funciones en la misma población que continuarán desempeñándolas simultáneamente*» (art. 2.º del citado Decreto) (30).

En la primera instancia, pues, no se consagra —salvo los casos de Madrid y Barcelona— una especialización, sino que se acude al medio de «una acumulación de trabajo» sobre determinados jueces, y sus tribunales pasan a ser «tricéfalos»; de primera instancia en lo civil; de instrucción, en lo criminal —represivo— y de primera instancia para Vagos y Maleantes (31).

Con esta acumulación de funciones y de trabajo, es evidente que, por muy intenso que sea el de tales jueces, sus tribunales no pueden hallarse a la altura que la peligrosidad, creciente hasta masivizarse, exi-

(29) «Art. 10. Serán competentes para declarar el estado peligroso de los sujetos comprendidos en el art. 2.º de esta Ley y para aplicar las respectivas medidas de seguridad, los actuales Jueces de instrucción o los que especialmente sean designados para estas funciones»...

«Art. 15. Contra la resolución final del Juez sólo procederá recurso de apelación ante la Audiencia provincial correspondiente o ante las Salas que al efecto se designen»...

(30) «Art. 1.º Los Juzgados especiales de Vagos y Maleantes tendrán la denominación y jurisdicción territorial que seguidamente se expresa:

Barcelona que abarca, además de su provincia, las de Gerona, Lérida y Tarragona. (Juez especialmente encargado de la peligrosidad.)

Bilbao, que comprende las provincias de Vizcaya, Santander, Burgos, Alava, Guipúzcoa y Logroño.

Granada, con jurisdicción en Granada, Jaén y Almería.

Las Palmas, con jurisdicción en las Islas Canarias.

León, que alcanzará en su jurisdicción a las provincias de León, La Coruña, Lugo, Pontevedra, Orense, Oviedo, Palencia, Valladolid y Zamora.

Madrid, que comprende las siguientes provincias: Madrid, Guadalajara, Cuenca, Toledo, Ciudad Real, Segovia, Avila, Salamanca, Cáceres y Badajoz. (Se trata de un Juez dedicado únicamente a la peligrosidad.)

Palma de Mallorca, con jurisdicción en todas las Islas Baleares.

San Roque, con sede en esta población, y que alcanza su jurisdicción a las provincias de Cádiz y Málaga.

Sevilla, que abarca las provincias de Sevilla, Córdoba y Huelva.

Valencia, que comprende las provincias de Valencia, Castellón, Alicante, Albacete y Murcia.

Zaragoza, cuya jurisdicción alcanza a las provincias de Zaragoza, Huesca, Soria, Teruel y Navarra».

(31) Esta «trícefalia» se ha transformado en «tetracefalia» como consecuencia de la Ley de 8 de abril de 1967, de reforma de la LECRIM, por la cual, se atribuye a los jueces antiguamente de Instrucción, la potestad de ver y sentenciar sobre delitos de poca entidad, sin quitarles, por ello, competencia para instruir sumarios en el procedimiento especial superior ni en el ordinario.

ge para combatirla con éxito; ya sólo la ejecución de las sentencias en esta materia, exige una constante atención, muy difícil de compartir con otros quehaceres tan fundamentales como los que les siguen confiados.

Igualmente en apelación, existe una «Sala especial» que, «con sede en Madrid, conocerá de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de *todos* los Juzgados de Vagos y Maleantes, y que estará integrada por un Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como Presidente, y por dos Magistrados de la Audiencia de Madrid, designados uno y otro por el Ministerio de Justicia, *sin perjuicio de sus respectivas funciones*» (art. 3.º del Decreto).

Se produce, pues, en apelación, el mismo fenómeno, no de «especialización» en el sentido propio de la palabra, sino de «generalización» de funciones, de «acumulación» de las mismas en idénticos Magistrados. En las dos instancias, cae, pues, por su base, el presupuesto fijado acertadamente por el Profesor ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO y otros Maestros.

El Proyecto de 1970 no sale de este círculo, fijando una futura especialización o —alternativamente— una simultaneidad de funciones de los Jueces y Magistrados encargados del proceso de peligrosidad:

«Art. 8.º La facultad de declarar el estado peligroso e imponer las correspondientes medidas de seguridad está atribuida *exclusivamente* a los actuales Juzgados de Instrucción que para ello se designen, *cometido único o simultáneo* con el que les esté asignado en el orden jurisdiccional penal...» (32).

«Art. 9.º El órgano superior de todos los Juzgados a quienes se encomienda la aplicación de la presente Ley y competente para conocer de los recursos de apelación, que se interpongan contra resoluciones de los mismos, será una Sala especial con sede en Madrid, integrada por un Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que la presidirá y dos Magistrados, *con o sin relevación de sus otras funciones*. Podrá constituirse, si la necesidad del servicio lo exigiera, una segunda Sala de igual composición que la anterior.»

Como hemos dicho, supra, no se resuelve el problema de la especialización, que ya dejaba sin resolver la Ley de Vagos y Maleantes: mas desde otros dos puntos de vista, estos textos merecen un comentario.

(32) Véase lo que dice el «Anteproyecto de Bases para el Código Procesal penal», de 1967, en su Base 48:

«El procedimiento para la adopción de medidas de seguridad se iniciará exclusivamente de oficio o a petición del Ministerio Fiscal. La competencia corresponderá al Juez penal en cuya circunscripción tuviere su domicilio el presunto peligroso...»

Prescindiendo del erróneo encuadramiento sistemático de esta Base (y de cuantas en un «Anteproyecto procesal penal aluden al proceso preventivo) basta hojear la Ley de Vagos y Maleantes para ver la dificultad de determinar si el presunto peligroso tiene o no domicilio y si éste es falso o no lo es. (Cfr. FARRÉN GUILLÉN, «Presente y futuro», cit., pág. 95.)

Como innovación destacada, que aplaudimos, se halla la de que «se suprime la facultad de los Tribunales de lo criminal para declarar el estado peligroso» (Exposición de Motivos del Proyecto y artículo 13 del mismo); y con ella, si no se suprime —como hemos visto antes, se sigue previendo la simultaneidad de funciones en lo criminal y en materia de peligrosidad, tanto para los Juzgados como para los Magistrados de la Sala de apelación— al menos se comienza a paliar aquel grave «desdoblamiento de la personalidad» que supone el concentrar sobre una misma persona dos funciones tan diferentes como las de imponer penas y medidas de seguridad» (33).

Se deben remontar los inconvenientes y dificultades financieros que se opongan —los españoles veremos nuestro dinero, invertido en una mejora de la Administración de Justicia claramente, con agrado; y terminar de una vez con esa «simultaneidad de funciones» que obligaba a los Tribunales al feroz desdoblamiento de su personalidad consistente en obligarles legalmente a estimar la peligrosidad e imponer medidas de seguridad apenas resolvieron sobre la comisión de un delito por la misma persona (artículo 9.º de la Ley de Vagos).

Pero frente a este progreso que marca el Proyecto, aparece lo que, con ascendencia en el Decreto de 5 de mayo de 1966, consideramos un grave exceso centralizador; el de la fijación de un único Tribunal de apelación, con sede en Madrid. Así, a la mediación impuesta por el procedimiento en parte —de ella hablaremos en otro lugar—, se une el alejamiento forzoso del Tribunal en los casos ocurridos lejos de Madrid, del «clima» en el que la peligrosidad se produjo. Y ya se prevé, además, la posibilidad de crear una segunda Sala de apelación de cuya futura sede no se trata.

La solución correcta, entendemos que la formuló en su tiempo el Profesor ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, y a ella nos unimos: habida cuenta de la ayuda fundamental que debe prestar una buena y rápida estadística judicial —de elaboración rápida, hoy al alcance de los modernos ingenios auxiliares—, se deben crear Salas especializadas en las Audiencias provinciales que lo hayan menester —funcionando, si es preciso, de modo itinerante— (10 bis).

(33) Cfr. desde DORADO MONTERO, «La pena propiamente dicha» cit. página 214 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA «El nuevo Derecho penal», cit., pág. 201 y ss.; «Ley de Vagos y Maleantes», cit., pág. 577 y ss.; ANCEL, «Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado», en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1957-III, págs. 444 y ss.; CUELLO CALON, «Las medidas de seguridad», en la misma revista, IX, 1956, I, pág. 19 y ss.; SEBASTIÁN SOLER, «Las medidas de seguridad no son sanciones», en la misma revista, 1964-II, pág. 215 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Significado político y ético de la pena y de la medida de seguridad», en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1965-I (T. 219), pág. 759 y ss.

(10 bis) La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, en sus correspondientes textos, reza así:

“Art. 8.º La facultad de declarar el estado peligroso e imponer las respectivas medidas de seguridad corresponde exclusivamente a la jurisdicción

4. Pasemos, brevemente, a examinar algunos problemas que se suscitan en materia de procedimiento, como ya se suscitaron sobre el mismo tema en la Ley de Vagos y Maleantes vigente.

El sistema procesal, es el inquisitivo; no solamente se puede iniciar el procedimiento «ex officio» o a petición del Ministerio Fiscal, sino también «por iniciativa de la Policía o en virtud de denuncia de particulares» (art. 12).

ordinaria a través de los Jueces de Instrucción. Deberá existir uno al menos con *cometido único* cuando así se establezca, o *simultáneo*, con el que le está asignado en el orden jurisdiccional”.

“En todo caso, los Juzgados de cabeza de partido realizarán las actuaciones precisas en orden a esta Ley, por delegación o en funciones de prevención, y remitirán las diligencias que ante ellos inicien al Juzgado que corresponda, conforme a lo que en este artículo se establece”.

“La competencia territorial se determinará por el lugar en que de modo principal se haya manifestado la presunta peligrosidad”.

“El nombramiento de los Jueces con cometido único se realizará según las normas que rigen el de los restantes Jueces de Instrucción, y será título preferente para su designación la especialización que se acredite en la forma que reglamentariamente se determine”.

Art. 9.º Para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de los Juzgados a quienes se encomienda la aplicación de la presente Ley *existirán Salas especiales en las Audiencias que al efecto se designen*, integradas por tres Magistrados, *con o sin relevación de sus otras funciones*, cuya sede y competencia territorial se establecerá por el Gobierno”.

“El nombramiento de los Magistrados de estas Salas, cuando tengan cometido único, se realizará según las normas que rigen la designación de los Magistrados, siendo título preferente el mencionado en el párrafo cuarto del artículo anterior”.

“Estas Salas, dentro del ámbito territorial de su competencia, serán órgano superior de los Juzgados dedicados a aplicar esta Ley”.

Debemos prescindir aquí del hecho, que nos satisface, de que se ha remediado el defecto muy grave que aparecía en la Base 48 del “Anteproyecto procesal penal” de 1967, atribuyendo la competencia territorial por razón del domicilio del presunto peligroso, defecto que subrayábamos en nuestro “informe” sobre aquél. (Cfr. “Presente y Futuro”, cit., pág. 95.)

En cuanto a la organización de la primera instancia, el Proyecto tampoco sale del “impasse” en que nos hallamos desde la Ley de Vagos y Maleantes desarrollada por el Decreto de 5 de mayo de 1966, pues esto que, aunque se amplía el número de jueces dedicados a los procesos por peligrosidad a uno por provincia como “mínimum”, se mantiene el criterio de “simultaneidad” de sus funciones con las instructorias penales.

Por ello, es aplicable a este punto, cuanto en el texto se dijo con referencia a la citada Ley y Decreto (desde el de la nota núm. 25 en adelante).

Sin embargo, un “síntoma” de mejoría para el futuro, lo es el de que la Ley se fija en la formación especial de estos jueces y en los requisitos para su nombramiento.

En cuanto a la segunda instancia, desaparece la objeción que hicimos en el texto, al Decreto de 5 de mayo de 1966, sobre la “centralización” de las apelaciones en Madrid, y se va hacia un sistema que parece ser uno de los que el Prof. ALCALÁ-ZAMORA preconizaba (cfr. el texto, sobre notas 25 a 28), con lo que estamos conformes; no es así en cuanto a la “simultaneidad de funciones” de estas futuras Salas con las penales, de que debe desaparecer.

Es de elogiar la separación total futura de las funciones de penar y de imponer medidas de seguridad, que siguiendo al Proyecto, inspira a la Ley; pero esta seguridad no pasa de ser teórica cuando las dos funciones siguen

Entendemos que la actuación de la Policía —constatada a través de los oportunos atestados— debe equipararse a la denuncia en cuanto a su carácter de medio de iniciar el proceso, respetándose la facultad de los Jueces de abstenerse de todo procedimiento cuando los hechos no revistieren el carácter de manifestaciones de peligrosidad o fueran manifiestamente falsos, a tenor del artículo 269 de la LECRIM, aplicable subsidiariamente.

Como características inquisitivas del proceso, se hallan, a) las del secreto —el cual nos va a ocupar especialmente, b) la unicidad de juez instructor y sentenciador, c) el principio de escritura, d) la doble instancia, e) la existencia de la «prisión provisional» —que también nos ocupará especialmente— siguiéndose en todo ello la pauta general marcada por la Ley de Vagos.

5. El principio del «secreto» se deduce de los artículos 16 y 18 del Proyecto; en una fase preliminar de averiguación, se «oír al presunto peligroso sobre los extremos que lo motiven (el «expediente») y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstanciadamente las respuestas que diere. También reclamará informes de conducta y antecedentes penales y policiales del mismo, así como cuanto sea preciso para corroborar su identidad personal reseñando o uniendo los documentos que aquél pueda presentar al propio fin. Acordará asimismo el Juez la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto a expediente, mediante dictamen pericial médico; y cuando estuviese especialmente indicado, recabará información sobre sus factores familiares y sociales a técnicos o instituciones idóneas, y llevará a cabo las restantes diligencias de comprobación que estime necesarias» (art. 16).

Que todo ello lo efectuarán los jueces en secreto para el interesado supuesto peligroso, lo muestra el artículo 18 según el cual «una vez recibidos los informes reclamados y realizadas las demás comprobaciones que el Juez haya acordado de oficio o a instancia del Fiscal, se dará vista al presunto peligroso por el plazo de cinco días para que pueda proponer las pruebas de descargo...» (11 bis).

siendo simultáneas de un mismo Juez o Tribunal. Cfr. el texto supra, al que nos remitimos.

Las medidas que se prevén en cuanto a la formación especializada en peligrosidad y su corrección, para jueces y magistrados, son naturales —también se va hacia la solución propuesta por el Prof. ALCALÁ-ZAMORA y otros, cfr. supra—; lo que hace falta es que presida la eficacia y no títulos rimbombantes de centros o entidades, en cuanto a la preparación de tales jueces.

Queda, por último, que observar una vez más, que en el «Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia» de 1968, se había omitido lo referente a la especialización de los jueces sobre peligrosidad (lo pusimos de mani esto en nuestro «Informe sobre el Anteproyecto de Bases para la Ley Orgánica de la Justicia» que la Universidad de Valencia hizo suyo y publicó con este nombre en 1969, texto en el cap. IV de la II Parte, a la Base 26, página 135).

(11 bis) El art. 16 de la Ley de Peligrosidad de 4 de agosto de 1970,

Esta fase es, pues, secreta para el presunto peligroso, que, por lo que se ve, hasta ahora, no tiene intervención en el «expediente».

Hasta aquí, esta fase, asemeja a la instructora penal ordinaria o a la introducida en la LECRIM para procesos por delitos de pequeña entidad, por la Ley de 8 de abril de 1967.

Pero una cosa es este relativo secreto, que se desvanece en un momento determinado, y otra que el tal secreto pueda extenderse de modo que obstaculice seriamente a la defensa, mutilándola, sin dar entrada —necesaria— adecuada al principio constitucional del proceso «*audiatur et altera pars*».

Nos referimos a la práctica de la prueba y al derecho del supuesto peligroso de asistir a determinadas actuaciones.

A) En la primera instancia, la solución dada por el Proyecto, en cuanto a la práctica de la prueba, es la correcta:

«Las pruebas admitidas se practicarán contradictoriamente en el plazo de doce días, si han de tener lugar en la sede del Juzgado, y de veinte si hubieran de practicarse fuera de la misma» (34) (12 bis).

[Antes de pasar adelante, observemos que en el Proyecto de 1970, no se fija la intervención del Ministerio Fiscal en el momento probatorio —a distinguir netamente del informativo o de averiguación anterior—, al contrario de lo que hace la Ley de Vagos y Maleantes en su artículo 13-3 (35) (13 bis); se habla, en el artículo 18, en cuanto a esta última fase, de «comprobaciones que el Juez haya acordado a instancia del Fiscal», pero nada más. También debemos observar —y mostrarnos disconformes, como lo estamos también con el texto correspondiente de la Ley de Vagos y Maleantes (36)— que el ámbito probatorio, queda en el Proyecto muy limitado para la defensa (37)

(34) La Ley de Vagos y Maleantes, no fija plazo, en su artículo 14, para la práctica de la prueba.

(35) «El Ministerio fiscal, dentro de este segundo plazo, podrá proponer las pruebas complementarias determinadas por las excusatorias del imputado» (art. 13, 3 de la Ley de Vagos).

Anotamos que al hablar de «pruebas complementarias» se indica que las «comprobaciones» efectuadas en la fase de averiguación a instancia del Ministerio Fiscal, tienen, para la Ley de Vagos, carácter también probatorio, pese a que se practicaron en secreto para el supuesto peligroso; lo cual como confusión es incorrecto.

(36) Cfr. la nota núm. 35.

(37) El artículo 18 del Proyecto de 1970 —aspirante a heredero del 14 de la Ley de Vagos y Maleantes— limita «las pruebas de descargo» de modo exclusivo a los siguientes extremos:

1. La demostración de que ha vivido durante los cinco años anteriores de un trabajo o medios de subsistencia legítimos.

2. La inexactitud de los hechos que se le atribuyen.

A su vez, el artículo 13 de la Ley de Vagos, dice que «las pruebas admisibles

reproduce el art. 16 del Proyecto, incluyendo además el «oir» al presunto peligroso sobre «si tiene hijos o menores sometidos a tutela y sus edades».

(12 bis) Este texto, lo reproduce la Ley de 4 de agosto de 1970.

(13 bis) La Ley de 4 de agosto de 1970, incurre en el mismo defecto, por lo que le es aplicable lo que se dice en el texto.

frente a la indeterminada y enorme extensión y profundidad que pueden tener las «diligencias» ordenadas por el Juez «ex officio» o a instancia del Ministerio Fiscal, y en secreto para el presunto peligroso, que aún no tiene intervención activa en el «expediente» —salvo de su auto-defensa al responder al interrogatorio judicial—. Entendemos que la prueba propuesta por la defensa y a admitir, debe responder *en todo* al contenido de aquellas diligencias —de «todo» de lo que se le ha dado traslado—, para evitar colocarla en plano de inferioridad. Este defecto, es heredado de la Ley de Vagos y Maleantes, artículos 13 y 14 (38) (14 bis).]

Una vez «practicadas las pruebas (el Juez) oirá al Fiscal y al presunto peligroso, en un plazo sucesivo de cinco días, durante el cual producirán por escrito las apelaciones procedentes, que se unirán al expediente» (art. 20); norma más correcta que la del artículo 14 de la Ley de Vagos y Maleantes, según la cual, «el Juez practicará las pruebas y oirá nuevamente al presunto peligroso en un plazo improrrogable de tres días», etc. (No oyendo al Fiscal.)

Esto es, en la primera instancia, el presunto peligroso, tiene tres probabilidades de ser oído (comprendiendo auto-defensa y hetero-defensa): la del período o fase de averiguación (auto-defensa), la probatoria (auto y hetero-defensa) y la de alegaciones (hetero-defensa).

B) Pero en apelación, cambia el signo, a tenor del artículo 22:

... «El Fiscal y el sujeto a expediente podrán proponer a la Sala y ésta acordar, si lo estima pertinente, que se reitere ante el mismo el examen de alguno de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez.»

«El Tribunal, además, podrá acordar de oficio las diligencias que estime oportunas y nueva audiencia del encartado.»

«Las diligencias acordadas se practicarán *con o sin intervención de la parte*, según la Sala determine.»

«Todas las pruebas se practicarán en el plazo de doce días, y den-

(y parece referirse, tanto al Fiscal como al presunto peligroso) sólo podrán tener por objeto:

Primero. La demostración de que el denunciado ha vivido durante los cinco años anteriores de un trabajo o medio de subsistencia legítimo.

Segundo. La inexactitud de los hechos que consten en el expediente y la tacha de los testigos que la hayan aducido.

(Esto último, muy impugnado, con razón por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *El sistema*, cit., pág. 210 y s., ha desaparecido del Proyecto de 1970.)

(38) Cfr. las notas núm. 13 bis y 37.

(14 bis) Este gravísimo defecto ha sido corregido en la Ley de 4 de agosto de 1970, art. 20: «Podrá proponer... los medios de prueba admisibles en derecho, que a su descargo convengan».

«El Juez resolverá sobre su admisión de las pruebas con arreglo a derecho. Las pruebas admitidas se practicarán contradictoriamente...».

tro de los diez siguientes, se celebrará vista oral, *sin la presencia del encartado en el expediente*, a menos que éste lo solicitase y el Tribunal lo estimare conveniente»...

(Prescindimos, por ahora, de considerar que la defectuosa redacción del Proyecto, provoca dudas sobre si «el sujeto a expediente», puede pedir como medio de prueba —a través de su Letrado y Procurador— que se le interrogue nuevamente, o ello sólo puede acordarlo el Tribunal «ex officio»; duda que debe resolverse en el sentido de admitir ese interrogatorio como medio de prueba propuesta por la parte; pero también como medio de defensa, cfr. infra.)

(Anotemos también que nada se dice —ni dice tampoco la Ley de Vagos en su artículo 16-2— sobre el contenido de esa «vista». He aquí una grave cláusula general, enemiga del Derecho procesal.)

Comparando este régimen de apelación y el de la Ley de Vagos, vemos que se invierte el sistema de ésta, de tal modo que se produce una amplia brecha en el principio de contradicción y en el derecho a la defensa, en la vista oral.

En efecto, el artículo 16-5 de dicha Ley, dice que «se celebrará vista oral a puerta cerrada, *con o sin la presencia del interesado si éste renunciare a ello o por cualquier otra causa dejare de asistir*».

La diferencia, consiste, está claro, en que para la Ley de Vagos *el principio general de publicidad* para la celebración de la vista, existe para el interesado (principio de su asistencia), mientras que el principio general del Proyecto en la materia, es el de la *no asistencia* del interesado, dejando la posibilidad de la misma, si la pretende. al arbitrio del tribunal.

Esto es, en apelación, puede ocurrir que, pese a ser el recurrente el condenado en la primera instancia, ni obtenga como medio de prueba, su propio interrogatorio, ni pueda asistir a la práctica de las demás, ni asistir a la vista, por no admitirlo el Tribunal ejercitando su arbitrio.

Vamos a analizar esta situación a la luz de la integración del derecho de defensa.

Esté se ejercita, siguiendo el sistema de la LECRIM (que el artículo 34 del Proyecto declara subsidiariamente aplicable), de un lado, por medio de la intervención del Letrado defensor, el cual, debe ser nombrado en cierto momento procesal (art. 18) para que «pueda proponer las pruebas de descargo» (también art. 22, apelación) —heterodefensa— pero también, a) a través de la propia actividad defensiva del interesado en los interrogatorios, y b) a través del uso de la «última palabra», del artículo 739 de la LECRIM.

a) En cuanto al interrogatorio del presunto peligroso —el Proyecto, concretamente, como lo hace el artículo 9.º de la Ley de Vagos, dice de «oír», de «audiencia» al mismo—, si giramos en torno al concebido por nuestro Ordenamiento procesal penal, existe disparidad de criterios, sobre si se trata de un medio de prueba en grados dife-

rentes, desde el simplemente informativo (39) o de defensa del propio interrogado, del declarante (40).

Estimamos que las dos direcciones son compatibles; el sujeto al proceso penal (y de seguridad, añadimos ahora) toma parte en un medio de prueba de valor indiciario (recordemos el artículo 406 de la LECRIM: «La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión...»); en el juicio oral, además del arg. del 736-6.º, pese a que la LECRIM ha omitido el tratamiento de la declaración del acusado, la doctrina está conforme con su necesidad) (41).

Pero a través de sus respuestas al interrogatorio —y aún más si la actuación reviste expresamente el carácter de «audiencia», como lo indican la Ley de Vagos y el Proyecto— se defiende el presunto infractor o peligroso. La LECRIM en efecto, *no le obliga* a decir verdad (art. 387, «No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad...»); pues reconoce al sujeto pasivo del proceso, y hasta el momento en que es condenado, un interés jurídico en su propia defensa (el que hemos llamado «interés de salvación»).

Los artículos 16 y 22 del Proyecto, parecen darle carácter informativo, más los textos no son claros —como no lo son tampoco los de la Ley de Vagos—. Sin embargo, no hay duda de que el interesado, al ser «oído» en la fase de investigación (art. 16 del Proyecto y 12 de la Ley de Vagos), puede defenderse; incluso se deberán consignar en acta «circunstancialmente las respuestas que diere» (art. cit.).

Si en la primera instancia, está garantizada la «audiencia» al sujeto pasivo, al presunto peligroso, en cuanto al interrogatorio —que además, no hay duda podrá proponer también como medio probatorio, en su momento, artículo 18 y el Juez lo admitirá si se refiere a los extremos que dicho artículo cita—, no ocurre así en la apelación.

En efecto, aunque sea apelante el condenado, la «nueva audiencia» del mismo por el Tribunal, es facultativa para éste (art. 22-3), así como también puede rechazar la propuesta de su interrogatorio por estimarlo impertinente (art. 22-2, «podrá acordar»).

En segundo lugar, la práctica de la prueba en apelación —incluso

(39) Así, concretamente, SILVA MELERO, *El interrogatorio del inculcado, en Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho comparado de Londres, de 1950*, en «Revista de Derecho procesal», Madrid, 1950-III, página 402.

Para FENECH («Derecho procesal penal», cit., T. I., págs. 795 y ss. y II, 213), se trata de un medio de prueba —sin perjuicio de considerar también sus matices como medio de defensa—; también lo es para JIMÉNEZ ASENJO (Cfr. *La confesión del reo o inculcado*, en la cit. Revista 1945-III, pág. 385 y ss.); se trata de un doble medio de defensa y de prueba para MUÑOZ ROJAS (Cfr. *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1956, pág. 71).

(40) Cfr. doctrina cit., en nota anterior; muy interesante también, FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, pág. 25 y s.

(41) Cfi. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1914, T. V., pág. 332.

la propuesta por el propio sujeto pasivo, pues el Proyecto no distingue— se producirá «con o *sin intervención* de la parte. Según la Sala determine» (art. 22-4), norma heredada del artículo 16 de la Ley de Vagos y Maleantes. Así pues, según el arbitrio del Tribunal, el particular apelante, puede ser también excluido de la práctica de la prueba, sea por medio de su defensa técnica, sea por sí mismo. Y ello a la inversa de lo que se prevé para la primera instancia —correctamente—; esto es, la realización «contradictoria» de la prueba (artículo 19-últ.).

Esta situación, de evidente inferioridad para el interesado con respecto al Ministerio Fiscal (que interviene en el «expediente» desde su iniciación, art. 15) quedaba algo paliada en la Ley de Vagos y Maleantes, al preverse como regla general, la de *la asistencia* del interesado a la vista (art. 16-5). Pero el Proyecto, al invertir los términos, y fijar como regla general *la no asistencia* de aquél a la vista, empeora considerablemente su situación defensiva.

Evidentemente, todo depende del contenido de esa «vista», al cual no se refieren, ni la Ley de Vagos ni el Proyecto, pero sí el artículo 94 del Reglamento de 1935 —otra cláusula general, y ésta muy grave, como veremos—. A la vista del artículo 22 del Proyecto, y habiéndose ya practicado la prueba (tampoco se dice nada sobre la mediación e inmediatez en la misma), parece resultar que en dicha vista, se produciría un cruce de alegatos definitivos, en algo correspondientes a las «conclusiones definitivas» de la LECRIM (de sus artículos 732 y ss.) e informes; y si con la remisión del artículo 34 a esta Ley como fuente subsidiaria, se quiere aludir a los procedimientos en materia de delitos no graves, la solución es la misma, dada la remisión del artículo 791-8.º al 800 y de éste al procedimiento ordinario —no se toca el aspecto de que vamos a tratar—.

¿Cuál es el interés que la asistencia personal del interesado, representa, en cuanto a esa vista?

Aparte la posibilidad de comunicar correctamente con su defensor técnico —el cual, puede haber sido privado de dirigir su propia prueba, si el Tribunal así lo determinó, artículo 22-4.º—, el Tribunal al «no estimar conveniente dicha presencia, le priva de poder utilizar «la última palabra», exponente muy importante de su auto-defensa.

¿Cabe pensar en que este derecho, reconocido por el artículo 739 de la LECRIM (y por el 791-8.º, y por el 800), tenga caracteres de tal en el proceso de peligrosidad?

Entendemos aplicable a la peligrosidad, lo que de la auto-defensa se ha dicho en el terreno del proceso penal; esto es, la estructura de la defensa exige que la peligrosidad se declare, no sólo en virtud de un criterio individual, sino también de la colectividad social. A ello responde su integración por dos factores: el abogado (elemento público) y el propio interesado (elemento privado) (42).

(42) Cfr. FOSCHINI, *L'imputato*, cit., pág. 26 y ss.

Se ha dicho en nuestro país de la «última palabra» de la LECRIM (43), que la posibilidad del acusado —penal— de hablar por última vez ante el Tribunal —y aquí sí que se trata claramente de un medio de auto-defensa— es «un indisputable derecho a hacerse oír; y precisamente la sentencia que ponga fin a los debates, ha de fundarse sobre las manifestaciones que ante el Tribunal hiciera el acusado». Es por tanto, un derecho personalísimo, preestablecido en la Ley (en la LECRIM), renunciable sólo por la voluntad de a quien se otorga» (44); efectivamente, el artículo 741 impone al Tribunal el tener en cuenta, para sentenciar, «lo manifestado por los mismos procesados» —con independencia de la prueba de interrogatorio que pueda celebrarse en el mismo juicio oral (45)—.

El derecho a pronunciar «la última palabra» en el juicio oral —en la vista sobre el fondo del asunto— penal, es pues, claramente, un medio de defensa (46) —de auto-defensa—, probablemente el más intenso que el sujeto pasivo pone en juego al servicio de su interés de salvación frente a la expectativa de una sentencia desfavorable —sentencia que ya está cerquísima (47)—.

Retornando al problema de la aplicabilidad del artículo 739 de la LECRIM (y de los 791-8.º y del 800) a nuestro proyectado proceso preventivo, el artículo 34 del Proyecto, al declarar como supletoriamente aplicable a la LECRIM, nos hace pensar afirmativamente, máxime tratándose de una actuación «pro-reo».

Si esta solución por *analogía juris* es difícil en cuanto a la primera instancia, ya que las dos últimas actuaciones que preceden a la formulación de la sentencia, son escritas (art. 20), esta dificultad, desaparece en la apelación, en donde la última actividad anterior a la resolución sobre el fondo, es la «vista».

En resumen, en el procedimiento de apelación prefijado por el Proyecto, hallamos las siguientes restricciones al derecho de defensa:

(43) «Art. 739. Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal. Al que contestare afirmativamente, le será concedida la palabra. El Presidente cuidará de que los procesados al usarla no ofendan la moral ni falten al respeto debido al Tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario.»

(44) Cfr. GONZÁLEZ DEL ALBA, *Observaciones al artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», T. 67 (1885), pág. 141.

Sobre la «conformidad» del acusado previa al juicio oral o al comienzo de éste, y consiguiente renuncia al derecho de usar de la palabra al final del mismo, FAIRÉN GUILLÉN, *La disponibilidad del derecho de defensa*, cit., en «Temas», cit., T. II, pág. 1230.

(45) Cfr. también arg. en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre de 1883. Autor D. TRINITARIO RUIZ CAPDEPÓN. número 15.

(46) Cfr. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios*, cit., T. V., pág. 550; «nueva garantía del derecho de defensa del acusado»; FENECH, *Derecho procesal penal*, cit., T. I., pág. 693.

(47) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *La disponibilidad*, loc. últ. cit.

a) La «audiencia del encartado» depende del arbitrio del Tribunal.

b) La contradicción en la práctica de la prueba, depende del arbitrio del Tribunal.

c) La presencia en la vista, del «encartado», queda excluida como regla general, y sólo el arbitrio del Tribunal («sí» lo estimare conveniente) la hace posible; con aquella regla general, desaparece el derecho del «encartado» a tomar la palabra en su defensa.

La intervención de la defensa en la apelación, quedaría limitada, en casos, a dos (¿escritos?) del defensor técnico (de interposición y de proposición de prueba) y a una actuación oral del mismo en la vista. Hetero-defensa, muy recortada; la auto-defensa, desaparece.

Es evidente que, para quienes conciben el recurso de apelación como un «proceso especial» (48), resultaría aparecer un «proceso» en el que se halla claro el constante desequilibrio de las partes, con vulneración del principio de bilateralidad; sin llegar a esa conclusión —ya que no admitimos semejante doctrina (49)—, la situación que plantea el Proyecto —y que, en parte, ya planteaba la Ley de Vagos y Maleantes— es muy grave.

En efecto, el artículo 19 del Fuero de los Españoles de 1945 —ley constitucional— dice que «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente y *previa audiencia y defensa del interesado*».

El Fuero de los Españoles no distingue, naturalmente, entre auto-defensa y hetero-defensa, luego nosotros no debemos distinguir; engloba a ambas. Y en el Proyecto de Ley de Peligrosidad, se recorta la defensa del interesado particular, impidiéndole su auto-defensa en la apelación (incluso en el caso de que sea él mismo quien interponga el recurso).

Por ello, podría estimarse —y el legislador, en su día, habrá de cuidar mucho de este extremo— que la proyectada norma del artículo 22-5.º es inconstitucional, por ir en contra de lo previsto en el artículo 19 del Fuero de los Españoles (50). Y pensamos en la posibilidad de que también la norma proyectada en el artículo 22-4.º, sobre unilateralidad facultativamente ordenada por el Tribunal en la práctica de la prueba en apelación, sea inconstitucional (15 bis).

(48) Cfr. GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 1378 y ss.

(49) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Valencia, 1966, texto sobre las notas número 138 y s.

(50) Este artículo 19 del Fuero de los Españoles, no se limita a consagrar un «principio» a desarrollar por leyes inferiores, sino que consagra «el antiguo principio de que nadie puede ser condenado sin su previa audiencia y defensa» como «norma institucional» (Cfr. Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre 1964).

(15 bis) Por no «salpicar» literalmente este discurso con referencias a la Ley de 4 de agosto de 1970, hemos dejado para esta nota la transcripción y orientación de la misma en la materia.

Enfocando el problema planteado desde otro punto de vista, el principio de audiencia legal a las partes, es la base de la publicidad para ellas (51), la cual, se imposta en el Derecho constitucional; en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley —a salvo las debidas excepciones—; mas tiene otra faceta —la de la «publicidad ge-

(51) Cfr. sobre ello, FAIRÉN GUILLÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en «Temas», cit., I, pág. 573 y ss.

Supra, en el texto, y en las notas 17, 38 y 14 bis, ya hemos visto como esta Ley, corrige el grave defecto que suponía en el Proyecto (y en la Ley de Vagos) la limitación de las pruebas por parte del supuesto peligroso en primera instancia. Por lo tanto, esta objeción, dichosamente, se desvanece.

Debemos tener en cuenta, que el art. 34 de la Ley (Título IV.—Normas supletorias) declara “en todo lo referente al procedimiento y ejecución de medidas de seguridad”, como “supletoriamente aplicables, en primer término, las disposiciones del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento criminal y en su defecto, los demás preceptos de la misma, salvo en cuanto a recursos, que no se admitirán otros que los expresamente establecidos en la presente Ley”.

Se introduce así una diferenciación con respecto al artículo 34 del Proyecto, que fijaba la supletoriedad de la LECRIM globalmente.

(Sin comentar aquí esta preferencia del legislador, sin embargo, pensemos que la Ley de 8 de abril de 1967, incrustada en la LECRIM, formula *dos procedimientos*; uno inquisitivo, con juez de primera instancia instructor y sentenciador, y apelación ante la Audiencia provincial; otro, mixto, con instrucción ante el Juez y acusación, defensa, debate y fallo ante y por la Audiencia en única instancia, más recurso de casación. ¿A cuál de los dos se refiere la norma sobre supletoriedad?)

El artículo 23 de la Ley (Título II, Capítulo II, Sección segunda, artículo único) regula el recurso de apelación (no hay casación) ante la Audiencia. Se ha reformado la norma prevista por el Proyecto en su artículo 22, y se la ha mejorado parcialmente, mas aún subsisten defectos muy graves. Dice así el texto del artículo 23:

“La Sala designará, cuando sea preciso, Abogado y Procurador al presunto peligroso en la forma prevenida en esta Ley.”

(Reproducción de la norma correspondiente del artículo 22 del Proyecto.)

“El Fiscal y el sujeto a expediente podrán proponer a la Sala al personarse y ésta acordar, si lo estima pertinente, que se reitere ante la misma el examen de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez, así como la práctica de las pruebas que, propuestas ante el Juzgado, fueron indebidamente denegadas y de las que, admitidas, no se llevaron a cabo por causas no imputables a las partes.”

La mejora, es evidente en cuanto a la posible ampliación de la prueba en apelación (se habla expresamente, de “pruebas”); la referencia directa, estimamos, es el artículo 792-2.ª de la LECRIM, introducido por la Ley de 8 de abril de 1967.

“El Tribunal, además, podrá acordar de oficio las diligencias que estime oportunas y nueva audiencia del interesado.”

(Reproducción del artículo 22-3) del Proyecto, salvo el sustituir la no simpática expresión “encartado”, por la de “interesado”.

Aunque subsiste parcialmente la duda, expresada en el texto, sobre la posibilidad de que se pida por la defensa (o por el Fiscal) un nuevo interrogatorio del supuesto peligroso, o bien si esta posibilidad queda reducida al Tribunal, a ordenarla “ex officio”, tal duda, a la vista de la mayor amplitud dada por la Ley a la norma 2.ª del artículo 23, parece desvanecerse en el sentido, favorable a la admisibilidad de las peticiones de parte que expusimos también en el texto.

neral» cuyo fundamento se halla en la alta conveniencia de conseguir y obtener la confianza del pueblo en la Administración de Justicia (52)—. El problema tiene hondas raíces históricas; se trata de un lógico movimiento de protesta contra los excesos cometidos otrora por los tribunales, al amparo del «secreto» inquisitorial (53).

El Proyecto de 1970, al referirse a la «vista» en el recurso de apelación, ha suprimido la restricción de la publicidad general, de la misma ordenada por la Ley de Vagos («a puerta cerrada»; aunque fija como principio general la publicidad para el presunto peligroso); luego

(52) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., pág. 575, y ss.

La publicidad general, es un medio de controlar la falibilidad humana de los jueces (Cfr., p. ej., ANSELMUS VON FEUERBACH, *Öffentlichkeit un Mündlichkeit der Gerechtigkeitsrechtspflege*, Giessen 1821, pág. 385); un medio de que el pueblo controle a su propio Poder judicial (Cfr., p. ej., NEUER, *Die Öffentlichkeit der zürcherischen Gerichte*, Aarau, 1946, pág. 19); un medio de excitar su propio interés por la justicia. Emana del principio democrático de la Soberanía nacional (afirmación que se ve expresada en una serie de Constituciones modernas; Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., pág. 580 y ss.), siendo consecuencia del principio de independencia del poder judicial.

(53) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., pág. 576 y ss.

“Las diligencias de prueba acordadas se practicarán con intervención del Fiscal y de la parte.”

La mejora, también es considerable. Cfr., supra, con la norma 4.ª, artículo 22 del Proyecto, que dejaba al arbitrio del Tribunal el juego del contradictorio en la práctica de la prueba.

Por lo tanto, la objeción que hacíamos a dicha norma, queda obviada (Cfr., supra, en el texto).

“Las pruebas se practicarán en el plazo de doce días, y, previa instrucción sucesiva de las partes, con entrega del expediente por tres días a cada una, se celebrará vista oral dentro de los diez días siguientes, sin la presencia del sujeto a expediente, a menos que éste lo solicitase y la Sala lo estimara conveniente.”

Subsisten plenamente la objeción que en el texto (supra, desde la nota número 42 a la 50) hicimos; el principio de no asistencia del supuesto peligroso a la vista, supone una grave mutilación de su derecho de defensa.

Como ya vimos, en la remisión a la LECRIM como supletoria, sería la norma aplicable en primer lugar, dado el orden que prevé el artículo 34 de la Ley, o bien el artículo 791-8.ª (procedimiento para delitos cuyo fallo compete al Juez de Instrucción) o directamente la del artículo 800 (delitos competencia de las Audiencias); es lo mismo en este caso (aunque también estimamos grave error, el remitir indiscriminadamente a dos procedimientos, comprendidos en el mismo título y libro de la LECRIM, además del de flagrancia, cuando uno de ellos se basa en el sistema inquisitivo y el otro en el mixto) ya que el artículo 791-8.ª remite al 800.

Y en el artículo 800, entre las “modificaciones” al juicio en el procedimiento ordinario, no aparece la supresión del derecho del acusado a pronunciar “la última palabra”, a auto-defenderse.

En resumen, las modificaciones introducidas al Proyecto, dejan la situación, como sigue (desde el punto de vista del derecho de defensa):

La hetero-defensa, queda asegurada por la contradicción en la práctica de la prueba, impuesta al Tribunal; por la preparación y asistencia a la vista del Letrado defensor.

La auto-defensa, queda limitada a un “posible” interrogatorio que el Tribunal “puede” ordenar, a petición de parte, como medio probatorio, o “ex officio” (pero que también puede rechazar como impertinente, o no ordenar);

ha de entenderse, que la vista, a salvo lo previsto en el artículo 680 de la LECRIM, que actúa de modo subsidiario, a tenor del artículo 34, será «pública» para terceros (publicidad general).

Y aquí, la imposición por el Proyecto, del principio general de la no asistencia del presunto peligroso a tal vista, aparte de mutilar sus derechos de defensa, ya comentados, da lugar a un absurdo; en la vista, se dará la «publicidad general», pero no la «publicidad para la parte». Los ciudadanos que asistan a la misma, «verán y oirán» que funciona unilateralmente, y que el presunto peligroso no puede auto-defenderse... porque la ley le impide asistir.

Prescindamos que el lamentable efecto que podrá producir entre los asistentes a las «vistas» legos en derecho, el contemplar y oír a una de las partes —cierto a que se trata de una «parte imparcial», es el Ministerio Fiscal— formular uno o varios ataques, *dirigidos contra una persona determinada* (y no, naturalmente, contra su defensor), y constatar que *esa persona* no puede defenderse «personalmente» por hallarse ausente, por razón de un principio de la ley.

Pero es que, desde el punto de vista jurídico, en el sistema de la «vista pública para todo el mundo excepto para el presunto peligroso, que puede ser condenado» se mezclan dos elementos incompatibles; el del secreto, principio procesal correspondiente al sistema inquisitivo, y el de publicidad general, correspondiente mejor al acusatorio (o al mixto, en su parte decisoria).

Podría admitirse —aunque fue criticado (54)— el sistema opuesto: vistas con asistencia del supuesto peligroso, pero «a puerta cerrada», como lo hacía la Ley de Vagos en su artículo 16; pero el que se propone en el Proyecto de 1970, no, sobre todo, enunciado el secreto para el imputado de peligrosidad, como principio general.

Esperamos que por la motivación indicada, tanto anteriormente, como aquí, tanto desde el punto de vista de la dudosa constitucionalidad de la norma propuesta de que tratamos, como desde el correspondiente al desarrollo lógico de un sistema procesal, los legisladores,

(54) «¿A qué obedece esta medida (la de la «puerta cerrada en las vistas»)»? —se preguntaba el Profesor ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO—. «Los autores de la Ley de Vagos, nada han trasparentado a este propósito, pero acaso responda al deseo de acabar con la oratoria forense enfilada hacia la *galería*; mas para cortar este abuso, tan corriente como temible en las vistas ante el Jurado, existen otros medios (limitar el tiempo de los informes; privar de la palabra al Letrado que divague, etc.), sin que deba padecer la publicidad, que siempre es una garantía procesal y con mayor motivo en causas en que —la experiencia lo confirma— el virus político se infiltra con frecuencia (Cfr. *El sistema*, cit., página 211 y ss.).

se excluye, en principio, de la vista, al interesado; aunque si lo pide y si el Tribunal “lo considera conveniente”, pueda asistir a la misma y usar de la última palabra.

Por lo tanto, persiste esta mutilación del derecho a la defensa, en su matiz de auto-defensa; y dejemos en pie la parte de nuestra argumentación del texto, supra, desde la nota número 42 a la 50.

la reformen, en el sentido de basar las «vistas» de apelación en el principio general de asistencia del presunto peligroso a las mismas, a fin, sobre todo, de que pueda utilizar su auto-defensa (16 bis).

6. Tratado este importante problema del secreto y publicidad, e intentando pasar a examinar otros puntos muy notables del Proyecto, acuciados por el tiempo, y con ánimo de cansar lo menos posible la atención de los oyentes, sin embargo, debemos recordar esquemáticamente la dinámica del procedimiento propuesto.

Ya indica la «Exposición de Motivos» del Proyecto, que se trata sólo de «redactar de forma más simple y precisa los preceptos (de la Ley de Vagos) que hacen referencia (al procedimiento), imprimiendo mayor celeridad en éste y acentuando los principios de contradicción e intermediación judicial». Se trata, pues, solamente de una reforma: la marcha del procedimiento, en general, es la misma que la del correspondiente a la Ley de Vagos y Maleantes.

Comienza el proceso «de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa de la Policía, o en virtud de denuncia de particulares» (artículo 12). Ya se examinó, brevemente, supra 4), este punto, estimando que la actuación de la Policía debe asimilarse a la de los denunciantes (17 bis).

En primer lugar, y «con intervención del Ministerio Fiscal desde su indicación, y como parte, el supuesto peligroso desde que se le dé vista del mismo» (del expediente) se produce una fase «informativa» (55), que el Proyecto llama «fase inicial», con caracteres inquisitivos —lo que en este punto, es lógico—; supra, en el 5), y en las notas número 12, 16 y 14 bis, se ha tratado del contenido de esta fase (18 bis).

Tras esta fase, se abre la probatoria, sobre la cual, hemos consagrado algunos párrafos, supra —especialmente, sobre la admisión y práctica de la prueba, así como sobre su extensión (56) (19 bis).

Estimamos que el trámite de «dar vista de lo actuado» (de las di-

(55) Así la denomina ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (Cfr. *El sistema*, cit., página 210).

(56) Cfr. supra, el texto sobre las notas núm. 34 y ss.

(16 bis) La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, ha conservado el principio general de la no asistencia del sujeto a expediente, a la vista de apelación; por lo que es aplicable cuanto sobre este punto hemos dicho en relación con el Proyecto.

(17 bis) Esta idea ha sido consagrada por el texto legal de 4 de agosto de 1970:

“Art. 12. El procedimiento para declarar el estado de peligrosidad y aplicación de las medidas de seguridad podrá promoverse a petición del Ministerio fiscal o de oficio; en este caso, bien por ciencia propia o por denuncia de la Policía judicial o de particulares...”

(18 bis) En las notas núm. 11 bis, 13 bis y 14 bis, supra, se alude al texto correspondiente de la Ley de 4 de agosto de 1970.

(19 bis) Cfr. las notas núm. 12 bis, 13 bis y 14 bis, supra, sobre el mismo problema en la Ley de 4 de agosto de 1970.

ligeras informativas) al presunto peligroso, es el análogo al de levantar el secreto del sumario en lo penal.

7. Ahora bien, tanto la Ley de Vagos y Maleantes (art. 13) como el Proyecto, encierran muy grave laguna; no se prevé el caso de que, de tales diligencias, resulte claramente la no peligrosidad del sujeto: sólo cabe, según sus textos, «probarla» —después de esta «vista» de lo actuado, naturalmente, y en tal caso, en su sentencia final, el Juez declarará que «no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia» (art. 20-3.º del Proyecto y análogamente, el artículo 14-3.º de la Ley de Vagos). Queda, pues, eliminado el sobreseimiento, de modo incomprensible. Aunque en el caso citado, entrando en juego la LECRIM, a tenor del artículo 34 del Proyecto, creemos que debe proceder el mismo, en su caso. No obstante, el sobreseimiento debe ser objeto de regulación legal explícita afectando la figura al proceso de peligrosidad, tanto para evitar dudas en un problema tan importante, como para evitar que el procedimiento continúe inútilmente hasta una sentencia «que se está previendo» acordará el «no ha lugar». Llamemos la atención sobre este punto, ya que tenemos la experiencia de que el legislador ha omitido tratar del sobreseimiento definitivo en un importante tipo procesal penal (57) sin que nos podamos explicar los motivos (20 bis).

(57) En la Ley de 8 de abril de 1967, incrustada en la LECRIM, y en cuanto al «procedimiento para delitos competencia de las Audiencias. En el nuevo artículo 795 de la LECRIM, se atribuye competencia para sobreseer provisionalmente al Juez instructor; pero probablemente, siguiendo las huellas de la Ley de 8 de junio de 1957, de la que proviene esta regulación, y que también omitta el referirse al sobreseimiento definitivo, la de 8 de abril de 1967, cayó en esta muy grave omisión. Cfr. sobre ella, p. ej., FAIRÉN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., pág. 41; «Temas», T. II., pág. 1280 y s.

(20 bis) Esta laguna que atribuíamos a la Ley de Vagos y al Proyecto de 1970 —ya fue denunciada por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO en cuanto a la primera, Cfr. *El sistema*, pág. 224— ha sido colmada aunque de modo no del todo claro, por el texto legal de 4 de agosto de 1970, que dice así:

“Art. 17. Las diligencias a que se refiere el artículo anterior habrán de practicarse en el plazo improrrogable de quince días, transcurrido el cual o recibidos los informes reclamados y realizadas las demás comprobaciones que el Juez haya acordado de oficio o a instancia del Fiscal, oído éste, *acordará el archivo del expediente* o dará vista de lo actuado al presunto peligroso, quien, desde este momento o desde que el Juez decida adoptar alguna medida cautelar, será instruido de sus derechos y podrá intervenir en el expediente, designando Procurador que le represente y Letrado que le defienda, los que, en otro caso, se le nombrarán en la forma prevenida en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.”

“En el supuesto de dársele vista, el presunto peligroso podrá proponer en el plazo de cinco días los medios de prueba, admisibles en derecho, que a su descargo convengan.”

(Dejamos aparte la mejora que este último párrafo significa en cuanto a la amplitud de la prueba a proponer por el supuesto peligroso, tan limitada en la Ley de Vagos y en el Proyecto; cfr., supra.)

Estamos, en principio, de acuerdo con la mejora introducida por la Ley;

8. Pasando a otro problema sobre este mismo texto, tanto la Ley de Vagos como el Proyecto de 1970, se muestran confusos.

En efecto, la finalidad del «dar vista» de toda la masa de diligencias practicadas, es el que éste «pueda proponer las pruebas de descargo» (art. 18-1.º) con determinados límites.

«Descargo». Luego existe «un cargo», aunque éste no se haya de exponer de modo explícito, derivado de tales «diligencias»; el sujeto pasivo, está incluso en la Ley de Peligrosidad. Y se le pide que pruebe lo contrario.

Esto es, para él, se invierte el orden lógico alegaciones-pruebas, que se transforma en «pruebas-alegaciones» (arts. 18 y 20 del Proyecto) (58).

Posiblemente habrá sido de trascendencia —como lo sería en 1933— el intento de evitar que sea el propio Juez el que «califique», pues en tal caso, quedaría totalmente en la superficie el carácter inquisitivo del proceso —ya bastante claro— al reunirse en el propio Juez las calidades de «acusador» y de juzgador.

Mas se hace también evidente que la proposición de «pruebas» de «descargo» por parte del interesado, suponiendo un «cargo», supone a su vez, una calificación fáctica previa de parte de su defensor.

Desde este punto de vista, asemeja este trámite a uno que consistiera en emitir una «calificación» sobre los hechos, limitada al número 1 del artículo 650 de la LECRIM, para después, pasar al período probatorio (art. 19 del Proyecto). Y tras ello, proceder a una «calificación definitiva» (alegando), tanto el Ministerio fiscal como el propio interesado (art. 20).

Por ello, estimamos adecuado (sobre todo, dada la escasa entidad del plazo concedido a la defensa para proponer prueba de descargo, de cinco días), que juntamente con esa masa de diligencias que puede ser muy grande y de grave contenido, como se desprende del artículo 16 del Proyecto), el propio Fiscal, que viene «actuando» en el expediente desde su iniciación (art. 15) (21 bis) fije unos puntos de hecho, al modo del artículo 650-1.º de la LECRIM, a fin de que sobre ellos concentre su atención la defensa.

El resto, no sería, sino, en homenaje a la muy necesaria elasticidad que debe presidir el procedimiento —siempre limitada por garantías mínimas, aún más exigibles por tratarse de un proceso de «subjetividad»— una supresión del resto de las calificaciones de la LECRIM, pasándose a seguida de la práctica de la prueba contradictoria, según el Proyecto, artículo 19-2.º) (22 bis), a las «calificaciones definitivas» que deben

(58) Sobre este punto, cfr. supra, texto sobre notas 34 a 38.

pero, ¿por qué ese “archivo” de significación procesal dudosa, y no “sobresimiento”, sea provisional, sea definitivo?

(21 bis) El artículo 15 de la Ley de 4-8-70 consagra la intervención del Fiscal en la “fase de averiguación” citada, que en ella queda mejor deslindada que en la Ley de Vagos y que en el Proyecto.

(22 bis) Y también según el artículo 20-2 de la Ley de 4-8-70.

constituir el contenido de esa «audiencia por escrito» prevista en el artículo 20 del Proyecto (y que más correctamente que en la Ley de Vagos, es sucesiva y no simultánea) (23 bis).

Efectivamente, durante la fase preliminar o de averiguación, el Ministerio Fiscal puede proponer «comprobaciones» (art. 18 del Proyecto) (24 bis); parece, pues, lógico, que él mismo determine los hechos que sobre tal base —y sobre el resto de las diligencias— resultan.

Mediante lo que proponemos, se trata de ordenar la proposición de la prueba (25 bis); la «vista» de una masa de diligencias de origen heterogéneo y de valor indiscriminado aún, a una defensa recién nombrada, del interesado, por un corto plazo, sin una guía sobre las mismas efectuada por una entidad objetiva y responsable como en el Ministerio Fiscal, puede suponer una grave desorientación en la proposición de dicha prueba, derivada de esa inversión del orden lógico «alegaciones-pruebas». Si el interesado quiere «descargarse» lo primero que debe hacer lógicamente es alegar su inocencia, su no estado de peligrosidad; si hay cargos contra él por razón de la supuesta conducta investigada en secreto, estos cargos debe concretarse previa y explícitamente.

Ya dijimos, supra, que en el Proyecto, la actuación del Ministerio Fiscal en este momento probatorio, no queda fijada, al contrario de lo que hacía la Ley de Vagos y Maleantes (59) (26 bis).

Esto es, «alguien» debe «pretender» y preparar su pretensión, antes de que se produzca la «resistencia». El ataque tácito, no puede admitirse en juicio. Y ese «alguien» debe ser el Ministerio Fiscal (60) (27 bis).

Para terminar, aquí, con la problemática de la proposición de la prueba, observemos que en el Proyecto, se ha omitido la norma de la Ley de Vagos (art. 13-4) según la cual, el Juez puede acordar de oficio la práctica de pruebas —en este sentido, no ya en el de investigación previo—; esto lo disputamos necesario.

9. A continuación de la práctica —contradictoria de la prueba, el Juez «oír al Fiscal y al presunto peligroso en un plazo sucesivo de cinco días, durante el cual producirán por escrito las alegaciones proceden-

(59) Cfr. supra, texto de la nota núm. 35.

(60) El Proyecto, al igual que la Ley de Vagos, han prescindido de la figura de la conformidad (del presunto peligroso); se trata de un problema cuyo examen nos consumiría mucho espacio y que no puede ser tratado aquí.

(23 bis) También, en la Ley de 4-8-70, artículo 21-1.

(24 bis) También aplicable el artículo 17 de la Ley de 4-8-70.

(25 bis) Aún más necesario es ello, habida cuenta de que la Ley de 4-8-70 ha suprimido las restricciones probatorias para el supuesto peligroso, medida que nos parece acertada (Cfr. supra, texto sobre notas 37, 38 y 14 bis, y las mismas).

(26 bis) Este defecto, ha pasado a la Ley de 4-8-70.

(27 bis) La Ley de 4-8-70 también omite el introducir o tratar de la conformidad del supuesto peligroso.

tes, que se unirán al expediente» (art. 20-1 del Proyecto) (28 bis). Estas alegaciones son escritas y sucesivas; en cuanto al segundo punto, estimamos este sistema mejor que el de la simultaneidad («diez días comunes» al Fiscal y al presunto peligroso, art. 14-1 de la Ley de Vagos); en cuanto al primero —escritura— el problema escritura-oralidad, nos llevaría muy lejos, y aquí por el momento, es imposible el tratarlo, aunque no renunciemos a ello.

El contenido de estos alegatos, debe ser el de una calificación definitiva de los hechos probados, lo cual, es correcto; y una oportunidad —aunque sea escrita, ahí está la dificultad— de que el supuesto peligroso pronuncie «la última palabra», derecho del cual estimamos no se le puede privar, como vimos, supra.

10.—Este es el punto que el Proyecto escogió para regular la inactividad de «la parte» (del supuesto peligroso) y sus consecuencias:

«Si la parte dejare de utilizar este trámite, se le tendrá por decaído de su derecho y el expediente seguirá el curso debido» (art. 20-2) (29 bis).

Más adecuado que también se hubiese regulado la inactividad del Fiscal, como lo hacía la Ley de Vagos y Maleantes (61). Nos encontramos aquí con una consecuencia de no haberse regulado, ni la intervención del Ministerio Fiscal para hacer los cargos, ni el sobreseimiento. ¿Qué ocurrirá si de las «diligencias» inquisitivas practicadas, resulta la no peligrosidad del sujeto? Si interviniera el Fiscal, solicitaría el sobreseimiento. Pero ni existe aquélla intervención ni el sobreseimiento. Lagunas que debieran colmarse, evitándose con ello, además, que el Fiscal que «interviniendo en el asunto», llega a la conclusión de que debe pedir un sobreseimiento (o una absolución) deba seguir actuando inútilmente.

11.—En resumen, los períodos probatorios y de alegaciones, en el Proyecto, y salvo algunas variaciones, siguen las huellas de la Ley de Vagos y Maleantes (30 bis).

(61) «En ningún caso se paralizará el procedimiento, aunque no actúe el Ministerio Público, y el Juez practicará de oficio las diligencias necesarias dentro de los plazos previstos hasta que se termine el expediente por resolución motivada» (art. 12-últ.).

«Si ambas partes o cualquiera de ellas dejare de utilizar este trámite (el de alegaciones postprobatorias) se le tendrá por decaído en su derecho y el expediente seguirá el curso debido» (art. 14-2).

(28 bis) Este texto ha pasado íntegro a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-70, por lo que, como en tantos otros casos, le es aplicable lo que sobre el Proyecto decimos, supra.

(29 bis) El texto ha pasado íntegramente a la Ley de 4-8-70, por lo que es aplicable este comentario.

(30 bis) En cuanto al período probatorio, todo lo que se ha dicho en este trabajo, sobre el Proyecto, es aplicable a la Ley de 4 de agosto de 1970, salvo lo relativo a la supresión de limitaciones probatorias para el supuesto peligroso (y algunos plazos); y la adopción del principio de orden legal de los actos, en lugar del de «simultaneidad» en el período de alegaciones postprobatorias.

1.º «Transcurrido dicho plazo» —el de alegaciones, en plural— «el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia, que habrá de contener uno de los pronunciamientos siguientes: a) declarar probada la peligrosidad del sujeto, en cuyo caso calificará ésta con arreglo a la presente Ley, consignará los hechos que la acrediten y señalará las medidas de seguridad aplicables. b) Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por no ser infundada la denuncia».

«La sentencia se notificará al encartado y al Fiscal al día siguiente de dictada».

«Cuando se rechace la denuncia por infundada, podrá el Juez ordenar que se proceda de oficio o, a instancia del Fiscal o del supuesto peligroso, contra el particular que la hubiese presentado, caso de ser aquella constitutiva de delito».

Esta norma, es evidentemente, descendiente de la del art. 14-3 y ss. de la Ley de Vagos de 1933 (62).

Estas normas, merecen una gran atención, que en este momento no podemos prestarles, pues su problemática es abundante y de gran interés.

No obstante, señalaremos simplemente, algunos de los problemas que suscita su redacción.

Parece deducirse de la misma que los «hechos probados», «acreditados» según la primera, aunque la doctrina estime que no es lo mismo «probar» que «acreditar» simplemente, se consignarán en el «pronunciamiento» —al contrario de lo previsto en la Ley de Vagos, en la que se les encuadraba en la fundamentación—.

Parece deducirse, asimismo, que será en el pronunciamiento, en donde el Juez haya de calificar la peligrosidad del sujeto.

Nos encontraremos así, con un nuevo formato de sentencia.

No se impone a los jueces el haber de incluir en las sentencias absolutorias sobre el fondo del asunto, que «los hechos imputados y constitutivos del estado de peligrosidad» no se probaron, lo cual sería necesario para dejar a salvo la buena fama del supuesto peligroso absuelto.

(62) «Transcurrido dicho término y dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará resolución en forma de sentencia en la cual, después de consignar los hechos probados, definirá la categoría peligrosa del sujeto y la medida o medidas de seguridad que le sean aplicables, o en la que se declare no haber lugar a ellas por falta de condiciones determinantes del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia. La resolución del Juez se notificará al declarado peligroso y al Ministerio Fiscal al siguiente día de ser dictada. Cuando se rechace la denuncia por infundada, podrá el Tribunal ordenar se proceda de oficio o a instancia del supuesto peligroso contra el particular que la hubiera presentado, caso de ser aquella constitutiva de delito.»

Por lo tanto, lo expuesto en este trabajo, lo consideramos aplicable en gran medida al examen de la Ley de 4 de agosto de 1970, y no como simple historia.

No se aborda el grave problema de la entidad y extensión de la cosa juzgada de las sentencias, sean de condena o de absolución, ya planteado en la Ley de Vagos y Maleantes y examinado por la doctrina desarrollada en torno a la misma (63) (31 bis).

12.—En cuanto al recurso de apelación, sobre su dinámica se ha tratado ya en el apartado 5 de este trabajo (cfr. el texto, supra la nota núm. 39 y ss.) (32 bis) y dados los límites de tiempo que esta ocasión nos impone, poco podemos decir además.

Deberemos añadir aquí, solamente, a título de recuerdo, que están legitimados para apelar, el Fiscal y el interesado (en el plazo de tres días a partir de la notificación de la sentencia); precisamente por parte de éste, en su representación por Procurador y en hetero-defensa por Letrado.

Nada se dice en el Proyecto —y nada dice la Ley de Vagos— sobre el efecto de la interposición temporánea del recurso; pero, habida cuenta de que se trata de una sentencia definitiva, entra en juego, a virtud del art. 34, la LECRIM, y por lo tanto, a tenor de su artículo 792-2.º, el efecto de apelación es, no solamente el devolutivo, naturalmente, sino también el suspensivo. La indeterminación del mo-

(63) Cfr., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El sistema*, cit., pág. 212 y ss. y 224.

(31 bis) El artículo 21 de la Ley de 4-8-70, en sus normas 3.ª y ss., dice así: “Transcurrido dicho plazo, el Juez, dentro de los tres días siguientes, dictará resolución en forma de sentencia, que habrá de contener uno de los dos pronunciamientos siguientes: a) Declarar probada la peligrosidad social del sujeto a expediente y su inclusión en alguno de los supuestos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º, consignando los hechos que lo acrediten y señalando las medidas de seguridad aplicables. b) Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia. La sentencia se notificará al Fiscal y al sujeto a expediente en el siguiente día. Cuando se rechace la demanda por infundada podrá el denunciado, previa autorización del Juez, ejercitar las acciones penales que procedan contra el denunciante.”

La semejanza de este texto con el del Proyecto, es muy grande, y la problemática, la misma, por lo que es aplicable cuanto dijimos en el trabajo.

No obstante, el párrafo último (responsabilidad penal del denunciante), comporta en su modificación, dos consecuencias: a) que el Juez, aunque en la “denuncia infundada” se haya cometido un delito perseguible de oficio, no puede proceder como tal, sino que ha de limitarse a esperar la iniciativa del particular absuelto y darle su autorización. El Fiscal, tampoco podría interponer querrela (?).

Problemas muy graves, que deberían haber sido resueltos de otro modo: estimamos, desde este punto de vista, más acertado, el texto correspondiente del Proyecto.

De otro lado, las “acciones penales”, podrán dirigirse, no sólo contra “el particular” que hubiere presentado la denuncia infundada, sino también contra otras personas. Dado el tenor del artículo 12 de la Ley —repr. arriba, en nota núm. 17 bis, esta modificación es plausible.

Tampoco se aborda el problema o problemas de la cosa juzgada de esta clase de sentencias.

(32 bis) Cfr., supra, el texto de las notas 39 y ss. y 15 bis, referente esta última, como todas las “bis” al texto de la Ley de 4-8-70.

mento en que el Juez puede ordenar medidas cautelares, entraría también en juego (art. 17 del Proyecto, que comentaremos).

Tampoco se indica el tipo de apelación de que se trata: si es «extensa» o «restringida». Pero de la norma 2.^a del art. 22 (repr. supra, en el texto) se deduce que, si es posible un nuevo recibimiento a prueba, ello puede ser consecuencia directa de haberse alegado hechos nuevos o de nuevo conocimiento; sucede lo mismo, que con el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se ocupa de la prueba en apelación sin tratar de los hechos que la motiven, a alegar previamente, aunque sea de modo implícito. En vista de ello, estimamos que en nuestra apelación, las peticiones de nueva apertura de prueba, puede fundarse en «nova reperta» o de nuevo conocimiento.

En cuanto al desequilibrio que el procedimiento muestra, frente al derecho de defensa, cfr. supra (33 bis).

13.—La ejecución de las medidas de seguridad —piedra de toque fundamental de la Ley, como lo era de la anterior— no es posible tratarla aquí, por motivos de tiempo; no obstante, supra, se ha hecho alguna indicación sobre estos textos (64) (34 bis), así como sobre el llamado «recurso de abuso» (65) (35 bis).

14.—En cuanto al «juicio de revisión», la Exposición de Motivos del Proyecto (36 bis) dice que «se duplican, con las mayores garantías de la doble instancia, las posibilidades de impugnación de las resoluciones judiciales, al conceder recurso de apelación contra los autos de revisión».

El Proyecto altera el sistema competencial de la Ley de Vagos y Maleantes; corresponde la primera instancia de la «revisión» al Juzgado que hubiera conocido del expediente en que se impusieron las

(64) Cfr. el texto sobre la nota núm. 13 y la nota misma.

(65) Cfr. la nota núm. 13, supra.

(33 bis) Las normas del artículo 23 de la Ley de 4-8-70 sobre la apelación, han sido transcritas y comentadas brevemente, en relación con las del Proyecto y con las de la Ley de Vagos, en la nota núm. 15 bis, supra.

El texto inmediatamente supra, es también aplicable a esta Ley, artículo 23.

(34 bis) Cfr. la nota núm. 16 bis, sobre el texto de la Ley de 4-8-70.

(35 bis) La Ley, contiene la innovación —natural, tras la atribución de la competencia funcional para juzgar en primera instancia a los jueces, pero no procedente de la Ley de Vagos— de imponer al juez que “oiga” al condenado que recurre por abusos (art. 33-2); y la de que “la resolución (sobre el abuso) se notificará al interesado, quien podrá recurrir contra la misma ante dicha Sala (de apelación) asistido de Abogado y Procurador”.

Ambas innovaciones, son plausibles y de gran interés; aunque la Ley al remitir la apelación —suponemos, por interpretación analógica a fin de colmar la laguna— al procedimiento ordinario del artículo 23, nos lleva otra vez a los defectos de éste, ya comentados, supra, en nota núm. 15 bis, supra.

En estos momentos, faltos de tiempo para meditar sobre el texto correspondiente de la nueva Ley, dudamos sobre si es acertado o no el que el Fiscal no pueda apelar contra la resolución del Juez sobre abusos.

(36 bis) También, la Exposición de Motivos de la Ley de 4 de agosto de 1970. núm. 7.

medidas de seguridad, apareciendo un recurso de apelación ante la «Sala especial» (arts. 26 y 30).

No vamos a poder examinar aquí, con la amplitud que merecería este nuevo «juicio»; nos limitaremos a apuntar algunos problemas en torno al mismo.

Ante todo, hay que tener en cuenta, que tanto en la Ley de Vagos y Maleantes (66) como en el Proyecto de 1970 (67), no se trata de

(66) «Art. 17. La revisión de los juicios de asignación curativa corresponde al Tribunal de apelación que hubiere decretado las medidas de seguridad. El Ministerio Fiscal será siempre parte en esta clase de procedimientos de revisión. Los Jefes o Directores de los Establecimientos de custodia, trabajo, Colonias agrícolas, asilos de curación, así como las Autoridades y sus Delegados especiales que tuviesen a su cargo las obligaciones correspondientes al tratamiento y vigilancia de los peligrosos, informarán periódicamente al Tribunal de mérito en los plazos y de la manera que dispongan los Respectivos Reglamentos de seguridad en cada uno de los sujetos peligrosos sometidos a ellas. El Tribunal podrá comprobar por sí mismo, en la forma que considere más conveniente y eficaz, los resultados progresivos del tratamiento. *Mediante el juicio de revisión corresponde al Tribunal revocar, confirmar, sustituir o prolongar* las medidas de seguridad que hubiere acordado. La revisión tendrá lugar de oficio o a instancia de parte, pero nunca podrá iniciarse antes del año, a contar desde que hubieren comenzado a cumplirse aquéllas. Cuando el límite de la medida no exceda de un año, el Tribunal, de oficio, examinará tres meses antes del vencimiento del término los antecedentes de cada expediente particular para acordar, si procediere, la prórroga de la misma, que en ningún caso podrá exceder del límite máximo legalmente prevenido. Una instancia no será admitida a examen, ni se iniciará de oficio en tanto no transcurra un año desde la de liberación procedente. La acción de revisión corresponde al Fiscal y al presunto peligroso o sus representantes legales. La resolución que recaiga en estos incidentes de ejecución adoptará la forma de un auto motivado, que se notificará a las partes. Todas las medidas de tracto continuo, que a tenor del artículo 6.º de esta ley correspondan a cada tipo de peligrosidad y hayan de cumplirse sucesivamente, son susceptibles de ser revisadas dentro de su respectivo período de duración, según las reglas y plazos que el presente artículo establece.»

(67) El Proyecto, trata con mucha más minuciosidad el «juicio de revisión» en su artículo 26 y ss. —le dedica todo un Capítulo—:

«Art. 26. Mediante el juicio de revisión, puede el Juzgado confirmar, sustituir reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieran acordado.»

«Art. 27. La revisión de las medidas de seguridad corresponde al Juzgado que hubiera conocido del expediente en que aquéllas se impusieron.»

«Si la sentencia o el auto se hubieran dictado por la Sala especial de Apelaciones y no fueran totalmente confirmatorias de la sentencia o auto de primera instancia, el Juzgado elevará propuesta de revisión a aquélla para su aprobación.»

«Art. 28. Podrán promover el juicio de revisión el Fiscal y el declarado peligroso. En los casos de los números 2.º y 3.º del artículo siguiente, el juicio podrá también iniciarse de oficio, por iniciativa de la Policía o por denuncia de particulares.»

«Art. 29. Procederá el juicio de revisión:

1.º Por modificación del grado de peligrosidad social o por la terminación de ese estado.

El declarado peligroso no podrá promover el juicio de revisión hasta que haya transcurrido el mínimo señalado en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión para la medida que se pretenda revisar, en las que no tengan mínimo, hasta que transcurra la tercera parte de su duración a partir de la iniciación de su cumplimiento, salvo si fuere al de residir en un lugar determinado, que podrá promoverse en cualquier momento posterior al comienzo de su eje-

una demanda de revisión con las características de la LECRIM, dadas las peculiaridades de las sentencias de condena —o de absolución— sobre medidas de seguridad (68).

El Proyecto, esto es fundamental, en su art. 26, ha modificado el sentido de la «revisión» tal como la preveía la Ley de Vagos y Maleantes: en efecto, si según aquélla corresponde al Tribunal «revocar, confirmar, sustituir o prolongar las medidas de seguridad que hubiere acordado» (la competencia funcional correspondía al Tribunal de apelación), el Proyecto, elimina esta posibilidad de «revocación» («favor rei») y limita la potestad del Juzgado (competencia para él, en la primera sentencia) a «confirmar, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado».

La revisión, así, fundamentalmente, opera contra el condenado, lo cual no es admisible, y no debe pasar a una futura Ley; debe conservarse la potestad de los Tribunales de revisión, de revocar, con la máxima amplitud desde luego las medidas impuestas.

Empeora la situación del ya condenado, el que según el art. 28 del Proyecto, puedan promover el «juicio de revisión», no sólo «el Fiscal

cución, y en las de internamiento por tiempo indeterminado, hasta que transcurran cuatro meses desde el principio del mismo.

2.º Por haber quebrantado el presunto peligroso cualquiera de las medidas a que hubiese sido sometido.

3.º Cuando por su conducta posterior a la sentencia o auto de revisión y anterior a la cancelación de todas las medidas impuestas incurriere nuevamente en cualquiera de los casos de peligrosidad del artículo 2.º de esta Ley.»

«Art. 30. Iniciado el juicio de revisión, el Juez oír al peligroso sobre el hecho que motiva aquél, así como su ocupación o manera de vivir si hubiere permanecido en libertad, y ordenará que dentro del plazo de doce días se practiquen las investigaciones, informaciones y comprobaciones que estime útiles de las previstas en el artículo 16, incluso a instancia del Fiscal o del peligroso, siendo éste asistido por el Abogado y el Procurador que hubiesen asumido su defensa y representación en el expediente o por los que designe o previamente se le nombren de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18. También podrá adoptar el Juez, si proceden, las medidas del artículo 17.

Seguidamente se dará vista de lo actuado al Fiscal y al encartado por plazo sucesivo de tres días, para que el primero informe por escrito y el segundo haga las alegaciones de descargo que le convinieren.

Evacuados tales trámites, el Juez dictará auto dentro del tercer día, acordando la revisión o declarando no haber lugar a ella, que se notificará al Fiscal y a la parte.»

«Art. 31. Contra dicho auto de revisión podrá interponerse, dentro de los tres días siguientes, recurso de apelación ante la Sala especial, si las medidas acordadas excedieran del tiempo máximo por el que se impusieron en la sentencia o en el anterior auto de revisión, o se sustituyeran por otras, o las nuevas impuestas de distinta naturaleza. El Fiscal podrá recurrir cualquiera que sea el auto dictado.

El Juez acordará emplazar al Fiscal y a la parte para que comparezcan en el Tribunal superior dentro del quinto día. La tramitación de la apelación será la prevenida en el artículo 22.»

(68) Cfr. sobre el problema de la cosa juzgada de estas sentencias, por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El sistema*, cit., pág. 212 y ss.; FAIRÉN GULLÉN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, cit., pág. 423 y s.

y el declarado peligroso» sino que también «podrá iniciarse de oficio, por iniciativa de la Policía o por denuncia de particulares».

Puesto que, a nuestro entender, ese «juicio de revisión» constituye una acción y pretensión impugnativas independientes (69), entendemos de aplicación aquí, lo dicho en el apartado 4, supra, sobre el carácter que debe tener la intervención de la Policía, asimilable a la de los denunciantes y nada más.

Con la desaparición de la posibilidad para el Tribunal, de *revocar* medidas de seguridad (y no sólo debería tratarse de «revocación de medidas», sino de «las resoluciones que imponen medidas»), y el catálogo de motivos previsto en el Proyecto, habida cuenta también de la existencia prevista de «registros especiales» a que alude la Disposición adicional 2.^a, va a resultar que, pese a que en el primer proceso, se hayan cometido errores de hecho que han sido decisivos en la causalidad de la condena, éstos produzcan una mancha indeleble de peligrosidad en el sujeto, el cual no puede ser justamente rehabilitado. Todo ello, es censurable y no debe pasar a la futura Ley. No se puede legislar de modo que el pensamiento de los jueces, plasmado en las sentencias, sea considerado siempre como justo y por lo tanto, sea lógicamente irrevocable. La LECRIM nos da una correcta pauta con su revisión.

Además, estimamos muy grave que el descubrimiento de nuevos hechos, tales que desvirtúen los constitutivos de una conducta, a su vez plasmada como «peligrosa», deje de poder producir un «juicio de revisión» (que, naturalmente, tendrá diferencias del penal, pero que, por pertenecer a la misma familia —y con más razones aún—) el cual debe ser elástico, y no sólo contra el «reo» —como el Proyecto parece dirigirlo de modo inadmisibles —sino a su favor—.

Muchos problemas plantea el Proyecto en su regulación del «juicio de revisión» y aquí, ya no pueden ser examinados, pero sí debemos advertir:

1.º Que no queda nada clara la norma del art. 31, que podría parecer indicar que «sólo» el Fiscal puede recurrir contra los autos de revisión y no el peligroso aunque utilizando como elemento de la hermenéutica la Exposición de Motivos, que habla de «facilitación de la defensa del sujeto» y de «mayores garantías de la doble instancia... al conceder recurso de apelación contra los autos de revisión, se debe

(69) Si, como entendemos, pese a sus especialidades, existe la fuerza de cosa juzgada material de las sentencias en materia de peligrosidad, es aplicable a este respecto lo referente a la revisión «ordinaria», incluso la civil. A favor de esta posición, HELLWIG *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912, T. I., 277 y ss.; GILLES *Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens*, en «*Zeitschrift für Zivilprozess*», 1965, esp. pág. 468 y ss.; CALAMANDREI, *Vicios de la sentencia y medios de gravamen*, en «Estudios sobre el proceso civil». Buenos Aires, 1945, página 446 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general de los medios de impugnación y Parte General del Derecho procesal*, en «Estudios de Derecho procesal», Madrid, 1955, e *Ideas para una teoría general*, cit., «Temas», cit., I., página 317 y s.

llegar a la conclusión de que el peligroso podrá recurrir contra los autos que le sean gravosos. Conviene aclarar dicha norma, en el referido sentido, que lo contrario significaría que la Ley no sigue las pautas expuestas en su propia Exposición de Motivos.

2.º Que la remisión, a los efectos del procedimiento en apelación, hecha por el art. 31 a. f. del Proyecto, a la «tramitación... prevenida en el art. 22», supone el caer una vez más en todos los defectos de este artículo, que son muy graves, comenzando por el de las mutilaciones al derecho de defensa, sobre los que nos extendimos (37 bis).

(37 bis) El texto del artículo 27 de la Ley de 4-8-70, que encabeza el capítulo IV del Tít. II —“Del juicio de apelación”— reza así:

“Mediante el juicio de revisión puede el Juzgado *cancelar*, confirmar, sustituir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado.”

Con ese “cancelar”, desaparece pues, parcialmente, la objeción que opusimos al texto del Proyecto (que la omitía, y suprimía el “revocar” de la Ley de Vagos), aunque no estemos del todo conformes con la expresión legal; debe tratarse no sólo de “cancelar medidas (un efecto de la sentencia) sino, aún más allá, de “revocar sentencias”, si se diesen supuestos de la injusticia de la que se impugna.

El artículo 29 de la Ley, reza así:

“El Fiscal y el declarado peligroso podrán promover el juicio de revisión en el caso del núm. 1.º del artículo siguiente. En los de los números 2.º y 3.º del propio artículo, el juicio podrá iniciarse por el Fiscal, o de oficio cuando el Juez tuviere noticia, por ciencia propia o por denuncia de la Policía o de particulares de que concurren aquellas circunstancias.”

El texto del Proyecto (art. 28) ha sido mejorado —lo mismo que el del artículo 12 de ambos—; la Policía queda reducida a su adecuado papel de mera suministradora —suministro rodeado de una serie de garantías que deben funcionar con todo rigor— de la “notitia periculositatis” al Juez, el cual, como ya dijimos, debe conservar la posibilidad de hacer archivar las actuaciones policiales —como denuncia que son— a tenor del artículo 269 de la LECRIM.

Efectivamente, el texto, mejor dicho, los dos textos, de los artículos 12 y 28 del Proyecto, parecía colocar a la Policía fuera del régimen de denuncias, sin fijar —esto era muy peligroso— si su “iniciativa” vinculaba al Juez a seguir procedimiento; mayor peligro aún dado que el Proyecto ignoraba la posibilidad del “archivo” o del sobreseimiento de las actuaciones al final de su primer período, inquisitivo.

El texto del artículo 30 de la Ley, es casi completamente igual al del artículo 29 del Proyecto.

El texto del artículo 31 de la Ley, salvo el de dar carácter escrito al informe del Fiscal —nota que merecería la pena comentar— es casi igual al del artículo 30 del Proyecto.

El texto del artículo 32 de la Ley, aclara sensiblemente la oscuridad —denuncia supra, en el texto de este trabajo— del artículo 31-1. del Proyecto, rezando así:

“En el plazo de tres días el declarado peligroso social podrá interponer, contra el auto de revisión, recurso de apelación, si las medidas acordadas expedieran del tiempo máximo por el que se impusieron en la sentencia o en el anterior auto de revisión, o se sustituyeran por otras, o las nuevas impuestas fueran de distinta naturaleza; y sin ninguna limitación si el juicio de revisión lo hubiera promovido él, en el supuesto del núm. 1 del artículo 30. El Fiscal podrá recurrir, en el mismo plazo, cualquiera que sea el auto dictado.”

(El párrafo segundo de este artículo es casi igual al correlativo del 31 del

15.—El proceso cautelar, en la Ley de Vagos y Maleantes, estaba muy necesitado de reforma, por incurrirse en muy grave error, probablemente derivado del «contagio» de la idea de pena.

En efecto, su art. 12, párrafo 2 y ss., dicen así:

«Si dejase de comparecer sin probar justa causa, será declarado rebelde y se decretará su *prisión provisional*».

«También podrá decretarse su detención si no pudiese ser citado o si careciese de residencia habitual.»

«En estos casos, así como en todos aquellos que revelen un estado de inminente peligrosidad, el Juez podrá decretar la *prisión preventiva*.»

Dos errores se cometen en estas normas: el referente a la «rebelde» y el referente a la «prisión provisional» como medida cautelar.

La ocasión de repararlos, no ha sido aprovechada por los autores del Proyecto de 1970, cuyo artículo 17 reza:

«El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1.^a Si el presunto peligroso no pudiera ser citado o careciese de domicilio conocido, decretar su detención» (reproducción de la Ley de Vagos).

2.^a Si dejare de comparecer sin justa causa, declararle rebelde y acordar su *prisión provisional*. (Reproducción de la Ley de Vagos.)

3.^a En caso de vehemente indicio de peligrosidad, decretar la «*prisión provisional*» (reproducción casi total de la Ley de Vagos, agravada por el hecho de utilizar el singular «indicio»).

«La *prisión provisional* de los ebrios y toxicómanos y enfermos mentales se llevará a cabo en establecimientos *psiquiátricos* penitenciarios. La de los restantes sujetos a expediente, *en cuanto sea posible*, en los establecimientos que correspondan a la categoría peligrosa por la que fueren denunciados o que motive la incoación.»

«El auto de *prisión* no necesitará ser ratificado. Contra él sólo procederá el recurso de reforma.»

Como comentario a estas normas, en nuestra Ponencia sobre el tema «La détention avant jugement» destinada al VIII Congreso Internacional de Derecho comparado, a celebrar en Pescara, y presentada en la Secretaría del Congreso el 20 de mayo de 1970 —esto es,

Proyecto, salvo la diferente atribución de competencia funcional, derivada de la nueva organización de tribunales de apelación instaurada por la Ley.)

Este nuevo artículo, es digno de profundo estudio, especialmente en relación con las posibilidades de que se pueda producir una “*reformatio in peius*”, que aparece en virtud de seguir el proceso un sistema inquisitivo de principios.

En la imposibilidad e impertinencia de extendernos aquí sobre este problema, nos limitamos a señalar, que el oscuro texto del artículo 31-1 del Proyecto, queda bastante aclarado, en el sentido de que también el declarado peligroso puede acudir a la apelación.

cuando aún no se había iniciado la discusión del Proyecto en la Comisión parlamentaria— decíamos y reproducimos aquí (70):

«No nos explicamos bien, cómo y por qué una persona que puede ser condenada a una medida de seguridad, entre las cuales no se halla ninguna «pena» —naturalmente— y menos una «pena de prisión», pueda ser sujeto a esa prisión... aunque sea de modo provisional; tómanse otras precauciones; pero no ésta, ya que nunca se podrá imponer a un sujeto declarado peligroso sin delito, la pena de prisión» (71).

Los paliativos que el párrafo penúltimo del artículo 17 del Proyecto ofrece (establecimientos psiquiátricos, etc.) no son suficientes por estar sujetos a la idea de «prisión provisional»; y aún menos los demás, que se adoptarán... «en cuanto sea posible» (72) (38 bis).

16. En este artículo del Proyecto, se habla también de la declaración «en rebeldía» del presunto peligroso que no comparezca sin justa causa.

El proyecto, nos sume así en la confusión, al no decirnos cuáles serán las consecuencias de esa declaración en rebeldía (continuación

(70) Esto error, trascendió al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956; en su título I., y bajo la rúbrica «Organización y régimen penitenciario» —¡Cuidado, «penitenciario»!— aparecen los «sometidos a medidas de seguridad».

(71) Este trabajo, está también pendiente de publicación en la «Revista de Derecho procesal iberoamericana» de Madrid.

(72) Cfr. también la advertencia que formulábamos a los prelegisladores sobre la necesidad de diferenciar los procesos cautelares penales y de seguridad, en el Informe de la Universidad de Valencia sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código Penal», de 1966 (Valencia, con el título «Presente y futuro, cit.,» página 16; también, en el texto, aquí, sobre la nota número 12).

(38 bis) Por fin, en la Ley de 4 de agosto de 1970, el legislador parece haber comprendido los anteriores y graves errores; su artículo 19, dice así: «El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares con relación al presunto peligroso:

Primera.—La detención, si no pudiera ser citado o careciere de domicilio conocido.

Segunda.—Declararle rebelde, si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su *internamiento preventivo*.

Tercera.—El *internamiento preventivo* en caso de estado de evidente indicio de peligrosidad y si las circunstancias lo hicieren necesario.

El internamiento se realizará, *en cuanto sea posible*, en los establecimientos que correspondan al supuesto de peligrosidad por el que se siga el expediente.

El auto de internamiento no necesitará ser ratificado y contra él procederá el recurso de reforma.»

Vemos que la impropiedad de todo punto «prisión preventiva», se ha transformado en «internamiento preventivo»; la objeción que oponíamos al Proyecto —y a la Ley de Vagos, desaparece— en la medida en que, en el futuro «sea siempre posible» que dicha medida sea realidad en los establecimientos para peligrosos y no penales.

Anotemos también, que, sin embargo, en estas normas, se conserva el singular «indicio» referido a la peligrosidad que puede ocasionar la medida cautelar, lo cual diputamos peligroso a su vez; no entendemos, baste con un indicio solamente.

o no del procedimiento; posibilidad o no de condena; posibilidad de purgar la rebeldía).

La remisión a la LECRIM como fuente subsidiaria, tampoco arregla demasiado las cosas, pues en ella, y tras la incrustación de la Ley de 8 de abril de 1970, aparecen, así temáticamente, varios regímenes sobre la «rebeldía» y sus consecuencias:

A) El sistema de la LECRIM —anterior a la Ley de 8 de abril de 1967—; la rebeldía del «procesado» es causa, o bien a) la terminación y archivo del sumario, o b), la suspensión del juicio oral y archivo de los autos. No existe la absolución o condena en rebeldía.

B) El sistema de la LECRIM según su redacción de la Ley de 8 de abril de 1967 (para delitos leves); previa requisitoria (si el acusado no tuviere domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero), se le declara rebelde, y la rebeldía produce el efecto de suspender el curso del proceso.

C) Otro sistema de la LECRIM según su redacción de la Ley de 8 de abril de 1967, siempre para delitos leves: si la rebeldía fuera propia, esto es, si teniendo domicilio conocido el acusado, y habiendo sido citado personalmente, no concurre al juicio oral, «no se suspenderá la celebración del juicio» si «el Juez estima que existen elementos suficientes para juzgarlo» (art. 791-8.º).

D) Otro de la LECRIM (delitos flagrantes, etc., redacción de la Ley de 8 de abril de 1967): «No se suspenderá el juicio por la incomparecencia de algunos de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros... y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio sobre los hechos» (art. 801, procedimiento ante las Audiencias). A través de esta sibilina norma, parece que no se admite la condena (o absolución) en rebeldía (73).

¿Cuál de estos sistemas será el aplicable a la «rebeldía» de los supuestos peligrosos?

La imposibilidad de acumulación de «expedientes» fijada por el artículo 12-2.º («se seguirá expediente individual para cada denunciado o presunto peligroso...») aleja el supuesto de aplicar el sistema D); el propio sentido general del Proyecto —como el de la Ley de Vagos y Maleantes— de aproximarse lo más posible a la personalidad del supuesto peligroso, indican como inaceptable que se le pueda condenar en rebeldía (o absolverle); piénsese además, que los supuestos de la LECRIM B) y C) aparecen, cuando el «rebelde» ya pudo proponer prueba (según el art. 791-7.º para el «juicio oral»; en tanto que en el Proyecto, la posibilidad de la declaración en rebeldía puede producirse en un momento en que el sujeto pasivo, aún no conoce el resultado de las diligencias de averiguación.

(73) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., pág. 64; *El encausado en el proceso penal español*, en «Temas», cit., II., pág. 1263 y ss.; *La détention avant jugement*, Ponencia para el VIII Congreso Internacional de Derecho comparado» (en prensa), apartado 5.

Por ello, estimamos que las consecuencias de la rebeldía del supuesto peligroso —y hasta que sea habido— deben ser las de suspensión del procedimiento (38 bis).

17. Llegamos al final de esta comunicación, poniendo el acento en una cuestión no procesal, pero que constituye la base fundamental de la efectividad, no ya de ese Proyecto hecho Ley —si tal se hace—, sino de cualquier otro mediante el que se pretenda una obra eficiente de prevención de los delitos y de rehabilitación y reeducación de los peligrosos. Ante el crecimiento alarmente y la masivización de la peligrosidad, se deben aprestar medios jurídicos que se sostengan sobre una fuerte base financiera. Esto ha ocurrido siempre, y en especial, las distintas categorías de peligrosidad, exigen tratamientos que forzosa-mente han de repercutir seriamente sobre el erario nacional, si se desea su máxima adecuación a la realidad.

La revolucionaria y excelente Ley de Vagos y Maleantes de 1933, preveía la creación de una serie de establecimientos en que se ejecutasen las medidas de seguridad. Establecimientos de régimen de trabajo, Colonias agrícolas, Establecimientos de custodia, Casas de templanza, más la organización de los llamados «Delegados». Dejó la organización para el Reglamento (art. 21), que fue de fecha 3 de mayo de 1935.

Ahora bien, esta Ley fue criticada, quizá ante todo, por haber pasado por alto el fundamental problema de los recursos financieros que su aplicación hacía necesario invertir.

Como «defecto capital» de la recién promulgada Ley, proclamaba CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA «el de no autorizar los créditos necesarios para la organización de los establecimientos exigidos... por (su) aplicación... Habiendo llegado el Ministro de Justicia, a hablar de campos de concentración, como se hace con fines políticos en algunos países centro-europeos (74), cuando en España hay establecimientos adaptables, y sobre todo, cuenta con una legislación tradicional sobre destacamentos penales, que serían el antecedente de las colonias agrícolas reclamadas por la Ley» (75).

(74) Este disparo, se dirigía claramente a la Alemania nazi.

(75) Cfr. CASTEJÓN MARTÍNEZ DE ARIZALA, entonces Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla (hoy día, Magistrado jubilado del Tribunal Supremo), *El Proyecto Piniés de profilaxis social (Maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1933 (T. 163), pág. 433 y s.

(38 bis) Como se vio en la nota núm. 37 bis, también en la Ley de 4 de agosto de 1970 aparece la “rebeldía” del supuesto peligroso. Si bien no se fijan expresamente sus consecuencias, el problema queda algo simplificado por el hecho de que el artículo 34 de la misma (“Normas supletorias”) se remite preferentemente a las disposiciones del Título III del Libro IV de la LECRIM, esto es, a las normas en las que se hallan los supuestos que, supra, en el texto, se han enumerado como B), C) y D); excluido el D), entre los otros dos, hemos preferido —nos remitimos al texto, supra—, el B), esto es, el de suspensión del juicio.

Así pues, lo dicho en el texto, supra, es aplicable a la Ley de 4 de agosto de 1970.

Pues bien, pese a este mal ejemplo histórico, el Proyecto de 1970, incurre en el mismo defecto; en su articulado no se trata de la prestación de medios económicos para acudir a la creación de los nuevos establecimientos de reeducación que se prevén.

En efecto, el punto 8.º de su Exposición de Motivos, dice que, «*se crean*» (nótese la utilización del presente de indicativo, la «actualidad» de la creación) nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad, ampliando los de la anterior legislación con los nuevos de reeducación para homosexuales, prostitutas y menores, así como los de preservación para enfermos mentales, que deben ser realidad en el momento de entrada en vigor de la Ley, Establecimientos que, dotados del personal idóneo necesario, garantizarán en la forma más técnica la reforma y readaptación social del peligroso, con la intervención activa y precisa de la autoridad judicial especializada.

En resumen, nuevos medios personales y materiales específicos.

Efectivamente, en el artículo se prevé, a los efectos citados, la existencia de «establecimientos de reeducación» diversificados para homosexuales y prostitutas y para los menores, y establecimientos de preservación para enfermos peligrosos.

Pero, en el examen del Proyecto, no hemos hallado ningún artículo ni disposición final, transitoria o adicional, en que se trate de la manera de arbitrar los fondos precisos para la creación de tales establecimientos y para su atención por parte de personal especializado, lo que ha de suponer una partida presupuestaria muy importante.

Solamente, en la Disposición adicional 1.ª, se dice que «El Ministerio de Justicia *habilitará* a efectos de esta Ley los establecimientos adecuados a la ejecución de las medidas de seguridad», y en la 3.ª aparece el compromiso del Ministerio de Justicia de presentar al Gobierno un proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley.

Notemos que el «crear» establecimientos de la Exposición de Motivos, se transforma en un simple «habilitar» que no es lo mismo, ni mucho menos. ¿Cuáles serán las condiciones de esa «habilitación»? ¿Cómo se formará, y cómo será económicamente atendido, ese personal especializado? El Proyecto, nada dice sobre ello, y sea cualquiera su bondad o mediocridad intrínseca, aquí está la piedra de toque.

Y tampoco dice nada el Proyecto sobre la entrada en vigor de su parte de Derecho sustancial; sólo se refiere a la «entrada en vigor de esta Ley» (Disp. transitoria 1.ª) con respecto al nuevo procedimiento.

Esta formidable laguna del Proyecto, despertó la atención de una serie de Procuradores parlamentarios.

En efecto, tenemos noticia —no fidedigna, pues de ella no hemos hallado huella en el «Diario Oficial de las Cortes Españolas», y nos hemos de reducir a las noticias publicadas en la prensa (76)— de que

(76) Concretamente, en el diario «Las Provincias» de Valencia, del día 11 de febrero de 1970.

en un grupo de diputados, de procuradores, encabezados —siempre según la prensa— por don MANUEL FANJÚL SEDEÑO, formuló una enmienda a la totalidad, basada en la contradicción entre la afirmación de «crear» de la Exposición de Motivos, y la falta de su desarrollo en el articulado.

«Sólo se puede mantener el proyecto —dicen los enmendantes— si se definen en él las condiciones de los nuevos centros de readaptación, su régimen de funcionamiento, si se prevén sus costos de creación y dotación de un equipo humano y se presentan a las Cortes los créditos extraordinarios para todo ello» (77).

Pedían, por último, dichos procuradores, que se introdujeran en el Proyecto las modificaciones que apuntaban, y sobre todo, las de carácter financiero, pues «sin esa rectificación esencial todo lo que en él se establece es pura teoría y, en definitiva, un fraude en el que no pueden incurrir las Cortes» (78).

Esta es la situación en el momento de aportar nuestra comunicación a las Jornadas sobre «Peligrosidad social»; tenemos un Proyecto de Ley, pero no se han previsto los medios para aplicarla. Naturalmente, entendemos que la cosa no puede quedar así, y que una promulgación del Proyecto tal y como está redactado, lo haría inoperante (además de consagrar sus numerosos defectos intrínsecos jurídicos).

A este respecto, recordamos que cuando se pretende poner en vigor una Ley que lleve consigo gastos —y sobre todo, si son muy cuantiosos, como necesariamente han de serlo en el caso de la futura Ley de Peligrosidad con sus nuevos establecimientos y personal— en la misma, o en otra complementaria, se arbitran los medios presupuestarios que sean del caso para su efectividad; el ejemplo del Proyecto de Ley General de Educación —acompañada de un proyecto financiero— es coetáneo al de nuestro Proyecto.

Nada, pues, debe hacerse, sin prever la financiación holgada de la futura Ley. Lo demás, sería, «pura teoría» (39 bis).

(77) El entrecomillado, es del periódico citado.

(78) Damos siempre, la versión del diario «Las Provincias» de fecha 11 de febrero de 1970.

(39 bis) Este garrafal defecto del Proyecto, que saltaba a la vista más mediocre, como se ve en el texto, llamó la atención de algunos miembros del Parlamento. Que su enmienda tuvo resultado positivo, nos lo dice el texto de las Disposiciones adicionales núms. 1, 3, 4, y 6 de aquél:

“Primera. La presente Ley entrará en vigor a los *seis meses* de su promulgación.”

“Tercera. *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, y someterá al Gobierno el proyecto de Reglamento que desarrolle el contenido de la presente Ley” (nótese la redundancia gramatical).

“Cuarta. Se autoriza al Gobierno para proceder a la *enajenación de los inmuebles que se desafecten del Servicio de Instituciones Penitenciarias*, aun cuando su valor exceda del límite señalado en el artículo 72 de la Ley del Patrimonio del Estado, *siempre que su importe vaya a ser reinvertido* en la

modernización, mejora o nueva instalación de dependencias adscritas al citado Servicio. *En estas reinversiones se concederán preferencia, en lo posible, a los establecimientos que deberán habilitarse para la ejecución de las medidas de autoridad previstas en esta Ley.*"

"Sexta Se autoriza al Gobierno para revisar, en la medida indispensable las plantillas de destinos del personal de la Administración de Justicia para que pueda dotar convenientemente los Juzgados y Tribunales encargados de la aplicación de esta Ley."

Parcialmente —solo parcialmente— queda subsanada la laguna del Proyecto denunciada arriba, desde el punto de vista financiero. Lo que no deja de preocuparnos mucho es que, mientras las "reinvenciones" de la masa dineraria obtenida con la venta de los viejos edificios, se aplican, en general, a la "modernización" mejora o *nueva instalación* de dependencias del Servicio de Instituciones Penitenciarias, en cuanto a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, sólo se habla de "reinvenciones para *habilitar* establecimientos", con lo cual, la pregunta que nos formulamos supra, en el texto, queda en pie. No es lo mismo "crear" o una "nueva instalación" que una simple "habilitación", y esta, preferencial, "cuando sea posible", cláusula general hipotética con enorme posibilidades herméticas.

De otro lado, si tenemos en cuenta las necesarias tramitaciones administrativas —y las dilaciones que en muchos casos se producen en ellas—, no vemos muy claro cómo esa "habilitación" pueda efectuarse en el plazo de la "vacatio legis" de seis meses, prevista por la Disposición adicional primera.

Desearíamos poder eliminar de nuestra mente, el temor de que la nueva Ley —aparte sus defectos, de los que, los procesales, parcialmente, han sido señalados en el texto de las notas bis, supra—, arraque de un base económicamente débil. Y toda debilidad en este aspecto se traducirá, fatalmente, en una aproximación de la idea de "medida de seguridad" a la de "pena" —como ha venido ocurriendo—; en una posible confusión —utilizado el término en su acepción jurídica— entre prevención y represión. Y esto es exactamente lo que es menester evitar.

