

El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito (problemas generales) (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia

INDICE: 1. La peligrosidad *ante delictum*.—2. Medidas de prevención y medidas de seguridad.—3. Proceso represivo y proceso preventivo.—4. Soluciones sobre el proceso especial: jurisdiccional o administrativo.—5. La constitucionalidad de leyes y normas procesales de peligrosidad.—6. Las partes.—7. El procedimiento. Los recursos.—8. La “cercanía” del proceso penal.—9. Sistemas españoles en concreto.

1. Todos los trabajos que, para el Derecho comparado nos han servido de base, están de acuerdo en diferenciar doctrinalmente a la medida de seguridad con respecto a la pena; aplicables, aquélla, para corregir un “estado” de amenaza, de probabilidad de cometer

(*) Estas líneas forman parte de un libro, al que pienso titular “El proceso por peligrosidad sin delito”, que tengo en muy avanzada preparación.

Ha sido precedido por dos trabajos míos que serán citados reiteradamente; uno, titulado “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, es una Comunicación que presenté a las Jornadas sobre peligrosidad organizadas por la Facultad de Derecho de Valencia y la de Oviedo en junio de 1970; el otro, titulado “Algunos aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970”, es el texto de una conferencia que pronuncié en la Facultad de Derecho de Salamanca en marzo de 1971, publicado por ella misma, en el cursillo sobre “Problemas procesales y penales de la actualidad”.

Concurrió con esta labor, y la de preparación del libro que cito como de próxima terminación, la de que fui encargado por la Comisión Organizadora del V Congreso Internacional de Derecho procesal, que se ha de celebrar en México en breve, de elaborar la ponencia general sobre el tema “El enjuiciamiento de los sujetos peligrosos sin delito”.

De esta Ponencia, ya elaborada, he tomado los datos de Derecho extranjero y de la correspondiente doctrina. Las Ponencias nacionales —ilustradas a su vez con copiosa bibliografía, por parte de sus autores— recibidas y estudiadas fueron las de Alemania (profesor Habscheid), Argentina (dos ponencias: profesor Vélez Mariconde y Clariá Olmedo), Chile (profesor Vergara), España (profesor Morón Palomino), Guatemala (profesor Navarro Batres), Italia (profesor Bricola), Uruguay (profesor Gelsi Bidart) y Venezuela (profesor Chiossone). Si la discusión de estas ponencias y de la mía queda para el citado Congreso, no obstante, en notas, he incluido, intercalando o siguiendo el desarrollo de las figuras legales españolas o de la doctrina correspondiente, noticia de los ordenamientos correspondientes a los países citados, que estimo, dada la órbita de esta revista, aleccionadores para los que leyeron.

un delito; ésta, para castigar un “acto” o “serie de actos”—el delito, la falta. Más ampliamente, el profesor Vergara, de Chile, nos habla de la aplicabilidad de las primeras “a la amenaza de daño o de perjuicio”, destino de concepción quizá demasiado amplio.

También se distinguen por todos, la peligrosidad pre-delictual y post-delictual, apreciándose en los ordenamientos iberoamericanos—con excepción del argentino; inexistente en general, y sólo estudiado como un “posible futuro” por los profesores Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—una determinada influencia de la Ley-madre de Peligrosidad, la llamada de “Vagos y Maleantes”, española de 1933, recientemente derogada, la cual distinguía así los dos supuestos por pluma de uno de sus autores—el profesor y Magistrado Ruiz de Funes; el otro coautor fue el profesor Jiménez de Asúa, que tanta influencia tuvo, a través de su obra, en Iberoamérica.

Decía Ruíz de Funes en preámbulo al dictamen que se dirigió al Parlamento en defensa del proyecto de la Ley citada:

“El concepto de estado peligroso significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal. Valora el delito como síntoma de una personalidad antisocial. Unas veces, producido el síntoma, es 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)”.

Seguía diciendo:

“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 (peligrosidad pre-delictual o sin delito).”

“En el primer caso de estado peligroso posterior al delito, se sanciona el 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.”

“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” (1).

Aparecida así la noción—traducida a una Ley española, la primera en su género—de “peligrosidad pre-delictual, el profesor Bricola (Italia), la matiza, a consecuencia del doble tipo de normas de corrección de la peligrosidad—de que después se tratará—en cuanto a las medidas consecuentes, entre “medidas de prevención” y “medidas de seguridad”.

(1) 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 española de Vagos y Maleantes, por ser uno de sus autores, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, T. 163 (1933), pp. 603 y ss.

El deslinde de unas y otras, sin embargo, no es tajante desde el punto de vista legal, aunque se afirme “que no todas las medidas de prevención no suponen la precedente comisión de un delito; más vale —dice— precisar.

Así, por ejemplo, la “diffida” (o represión administrativa) viene ligada en ocasiones a supuestos de hecho indiciarios de una conducta criminosa que no se puede probar suficientemente como para condenarla como tal.

En el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se declara aplicable la represión (“diffida”), en resumen, a los siguientes casos:

1.º A quienes habitual y notoriamente se dedican a tráficos ilícitos.

2.º A quienes por su conducta o tenor de vida debe estimarse que viven habitualmente, aunque sea en parte, con el producto de delitos..., o que, por las manifestaciones que hayan dado lugar, den motivo fundado para considerar que están inclinados a delinquir.

3.º A quienes por su comportamiento sean considerados como dedicados a favorecer o disfrutar de la prostitución o de la trata de mujeres, o la corrupción de menores, a ejercer el contrabando, o el tráfico ilícito de sustancias tóxicas o estupefacientes, o a facilitar abusivamente su uso, o a dirigir habitualmente garitos clandestinos, o a hacer apuestas abusivas en las carreras” (2).

Todos estos hechos, según Bricola, son actos delictivos, pero no se castigan como tales, *porque falta su prueba*, que es sustituida por la “notoriedad”, por la “opinión”, etc. En realidad se trata de sujetos posibles cómplices, receptadores, proxenetas, contrabandistas, etc., o en el caso de la Mafia, de posibles miembros de una asociación para delinquir.

Pero en algún otro caso (v. gr., la aplicación de la represión —“diffida”— a los “vagos y ociosos habituales válidos para el trabajo”), no cabe pensar que en tal *status* subjetivo se presuma por el legislador una peligrosidad, que, de otro lado, es especialmente requerida para ordenar la medida de “repatriación forzosa” (a un determinado lugar o lugares geográficos, con exclusión de otros, según su intensidad).

Para la doctrina italiana —cfr. Caraccioli, cit., por Bricola—, cuando se trate de *medidas de seguridad*, el “juicio de peligrosidad” debe concretarse en la posibilidad de la comisión de un delito, en tanto que la sumisión de *medidas de prevención* se produce simplemente sobre la base de comprobación de que el sujeto lleva o es idóneo para llevar un género de vida que, no concretándose en propios y reales actos criminales, determina, sin embargo, una cierta situación de peligro...

Así, por ejemplo, la “peligrosidad en sí” como presupuesto para el internamiento del drogadicto (o aún más claro, del enajenado mental),

(2) Coincide en una serie de extremos con el artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes española de 1933 y con el 2.º de la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, que, modificándola, la ha sustituido.

tiene su clave, más que en una peligrosidad para las públicas seguridad moralidad, en aquella más lejana situación de peligro.

Llegó Bricola a la conclusión de que la única nota característica de las medidas de prevención, es la de no presuponer necesariamente la prueba de la comisión de un delito, aunque en rigor no falten algunos casos excepcionales en que se apliquen a delincuentes; en resumen: todas las *medidas de prevención*, en cuanto *ante-delictum* o, mejor dicho, *extra-delictum*, prescinden de la declaración judicial de la comisión de un delito; en tanto que las *medidas de seguridad* sólo puede aplicarse a personas que hayan cometido un delito, declarada su existencia judicialmente (excepto en los casos de los artículos 49 y 115 del Código penal italiano) (3).

Por ello, Bricola, estudia predominantemente los procesos preventivos y no el de seguridad propiamente dicho; en tanto que en los demás países representados, el estudio es más amplio, por no distinguirse claramente ambas categorías legales desde el punto de vista procesal —aunque sí desde el sustancial; así, p. ej., los artículos 2 y 4 de la Ley de Peligrosidad española, distinguiendo, como otras americanas, la peligrosidad sin delito y con él—.

Con respecto a la República Federal Alemana, el profesor Habscheid se fija predominantemente en la peligrosidad delictual: “la represión penal —dice— se funda sobre el principio de la culpa, por lo que, quienes se hallan en estado de irresponsabilidad, no pueden ser penados; pero es preciso organizar la defensa contra tales personas, visto que, en general, son recidivistas”; así, es necesaria la “prevención”.

3. Lo que se afirma expresamente en varios de los trabajos recibidos, y que vamos a detallar —todo ello es aplicable a España—, es la diferencia entre el “proceso penal represivo” con respecto al “preventivo”.

Ve clara esta diferencia Bricola, contemplando la Ley de 27 de diciembre de 1956; no hay “un hecho concreto” sino un “estado antisocial”, con lo que se llega en este proceso “a una resolución, difícil de concretar en el fallo y de ejecución complicada” (Gelsi Bidart, Uruguay).

Este autor se formula cuatro fundamentales preguntas, que se tratará de contestar a lo largo de este libro:

- 1) ¿Es el proceso el instrumento adecuado para tratar el estado peligroso y acordar las medidas a aplicarle?
- 2) ¿Deben especializarse los tribunales, o deben conocer de ello los ordinarios?
- 3) ¿Puede seguir el proceso declarativo de condena las mismas pautas que el proceso penal?
- 4) ¿Pueden aplicarse las mismas normas en materia de ejecución?

(3) Del mismo modo, seguimos hallando en el Código penal español, la posibilidad de que el propio tribunal penal imponga medidas de seguridad, pero en casos de “no delito”, como lo son los del procesado enajenado (artículo 9).

Razones fundamentales para diferenciar ambos tipos de proceso, las vemos, como Bricola y Gelsi, en cuanto a la prueba, ya que es más difícil “probar un estado” que “probar un hecho”, pues en el primer supuesto, precisa hacerlo con los hechos sintomáticos de ese estado. Lo cual supone, a su vez: a) una prueba indirecta, en cuanto que el medio probatorio no revela el objeto a probar, sino solamente uno de los hechos que, por su significación, y unido a otros, permita reconstruir el estado de que se trate; b) prueba múltiple, dirigida a varios hechos, y c) compleja o conjunta.

Esto es, una prueba indiciaria (la que se conseguiría, según la terminología de Muñoz Sabaté, por medio del método de la semiótica judicial, parte de la heurística) (4).

De lo cual, induce Gelsi, la necesidad de que los jueces de peligrosidad tengan “una mayor latitud en la apreciación de la prueba”; y más amplias facultades al juzgar. Desde Jiménez de Asúa se viene pretendiendo esa amplificación del arbitrio judicial como presupuesto necesario del proceso de peligrosidad extra-delictum; aunque no dejaba de fijarse en la necesidad de poner diques a ese necesario arbitrio (5).

La misma Constitución uruguaya dice que las medidas que se han de adoptar, sólo han de servir (se refiere a las cárceles) “para asegurar a los procesados y penales, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito” (art. 26-2), finalidades las tres que evocan un proceso preventivo.

Nosotros mismos hemos dicho, en cuanto a la diferencia entre el proceso penal (represivo) y el preventivo:

“... no cabe que desconozcamos las fundamentales diferencias que deben existir necesariamente entre un proceso “penal represivo” y otro “preventivo”, por la diferente finalidad-medio (6) que han de cumplir —pena, medida de seguridad—. Sí puede caber el poner parte de la misma técnica procesal unitaria al servicio de dos objetivos diferentes (podría hablarse aquí, metafóricamente, bien entendido, del “quia peccatum est” en contraposición al “ne peccetur”, pero sin confundirlos en ninguna forma). Piénsese en el concepto de peligrosidad sin delito, consagrado ya por nuestra Ley de 1933. ¿Cómo aplicarlo según normas procesales pensadas y construidas para imponer penas, por delitos ya cometidos? Es, sencillamente, absurdo.

“... las diferencias deben subsistir entre ambos procesos, habida cuenta de su respectiva finalidad. Recordemos aquí, p. ej., lo relativo a la lucha cautelar contra el supuesto peligroso, que debe ser diferen-

(4) Cfr. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba de la simulación*, Tesis doctoral, Barcelona, 1971, passim (en publicación).

(5) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Manual de Derecho penal*, Madrid, 1934, I, páginas 372 y s. y 392 y s.

(6) Para nosotros, la función material o causal de todo proceso está en la obtención práctica de satisfacciones jurídicas (Cfr. nuestro trabajo *Ideas generales para una teoría general del Derecho procesal*, en “Temas del Ordenamiento procesal”, Madrid, 1969, I, pp. 289 y ss.; *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en la misma obra, I, pp. 353 y ss., passim).

te de la que se dirige frente al supuesto delincuente (7), aunque la clave de los dos tipos de proceso cautelar sea la misma; y lo relativo a la ejecución de las medidas de seguridad, que debe ser reformado totalmente, alejándola de la idea de “penalidad” que las acompaña actualmente (8).

Esta idea de aproximación, hasta su casi confusión (o sin casi), entre penas y medidas de seguridad, la comenta Bricola —para Italia, pero no es allí donde el fenómeno se da— así:

No se trata (las medidas de prevención, equivalentes a las impuestas en España por peligrosidad sin delito) de obtener una reeducación, sino que son “penas camufladas” y se las unen consecuencias perjudiciales para el sujeto, de tipo explícitamente penal. Cita como ejemplo el de la agravación de las penas (Ley anti-Mafia, art. 6) a supuestos delincuentes mafiosos que se hallen sometidos a medidas de prevención. Lo cual, además —subraya—, puede chocar con el artículo 3 de la Constitución (éste será un tema del cual, con referencia a España, nos ocuparemos con intensidad; está descuidado completamente. Cfr. *infra*, Cap. IV de este Libro). Además —sigue Bricola— ocurre a menudo, en las amnistías y en los indultos, que de ellos quedan excluidos los “sometidos a medidas de prevención”.

Nosotros estamos convencidos de que, en el estado actual del proceso penal, el de peligrosidad debe apartarse del mismo lo suficiente como para poder fijar algunos puntos diferenciadores esenciales.

Partiendo del Derecho material, como se ha dicho, que es diferente, aquí se trata de probar la existencia de un “estado” y no de un “hecho”, de un “acto”, lo cual, evidentemente, ocasiona más complicaciones probatorias, al poner, al frente de los medios de prueba, al indiciario.

La reunión de indicios exige, a su vez, una inquisición previa y amplia del juez, sin que éste sea excesivamente asaetado por el ejercicio de las facultades de la defensa —aún no debe haber imputación—, que en el proceso penal es más normal. Piénsese en que una de las bases del funcionamiento de la idea de “peligrosidad”, dado el criterio básico de jurisdiccionalidad y no de legalidad de las categorías, es el del amplio arbitrio concedido a los jueces. Pues bien, para ejercitarlo acertadamente, su conocimiento debe ser muy amplio, lo cual exige la citada inquisición. Por la misma razón, el ejercicio de algunos de los poderes de la defensa durante dicho período preliminar, y a salvo los que a la parte interesada se le concedan expresamente

(7) Con esta advertencia —escrita en junio de 1970— deseábamos salir al paso del error cometido en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, artículo 12, que aplicaba la medida de “prisión provisional”, incompatible con el ordenamiento de seguridad, ya que... a un peligroso sin delito no se le puede condenar a “prisión”.

Este error, reiterado en el Proyecto de Ley de 1970, ha sido corregido en la Ley (Cfr. *infra*, Cap. IX); pero en el Reglamento para su aplicación, desde este punto de vista, no está nada libre de pecado.

(8) Cfr. nuestro trabajo *Prevención y represión desde el punto de vista procesal*, en “Anuario de Derecho penal”, Madrid, 1971-I, § 1. Y el Cap. XI de este libro.

—los primarios, los constitucionales—, debe recaer sobre el propio juez, según los principios derivados del sistema inquisitivo. Así aparecerán en el proceso de peligrosidad fenómenos que en el penal serían anómalos (y por ello, en aquél, deben estar delimitados y regulados muy minuciosamente, para evitar extravíos).

No es pensable, como también hemos dicho, dado que se trata, en nuestro caso, de un estado “pre-delictual”, de probabilidad de cometer un delito, que el supuesto peligroso quede, al amparo de sus garantías procesales penales ordinarias, en una situación de libertad incontrolada que haga más fácil su “caída” o, al menos, su continuación en el estado de peligrosidad incontrolado; de ahí la necesidad de adoptar medidas cautelares personales, en muchas ocasiones. Pero por tratarse de no delinquentes, no pueden ser las mismas que en el proceso penal.

Si la tipicidad y legalidad básicas de que arranca un proceso penal, admiten que su procedimiento sea relativamente holgado y elástico, en el de peligrosidad, la falta de aquélla (y sólo la existencia de categorías de peligrosidad incluidas en la ley, forzosamente amplias a su vez), exige una rigurosísima regulación del mismo, de modo que esta severidad compense la mayor amplitud de arbitrio que necesariamente se ha de conceder al juez para que declare la existencia del estado de peligrosidad e imponga la correspondiente medida o medidas. Precisa, pues, un procedimiento a la vez más amplio en cuanto a posibilidades de su instrucción —hace falta hacerse cargo y comprender toda la personalidad del supuesto peligroso y de ahí la mayor amplitud de aplicación del sistema inquisitivo—, y de otro lado, más severo, dentro del necesario aligeramiento de formalismos para conseguir su aceleración.

Además, en cuanto a la ejecución de las medidas de seguridad, el juez, al haber dictado una sentencia relativamente indeterminada (o totalmente indeterminada, cuando la medida impuesta no tiene límite máximo), se halla en la posición de haber de seguir desde muy cerca tal ejecución, para poder llegar, durante ella, a una “determinación” (9).

Así, pues, estimamos que el tratamiento legal debe confiarse a jueces especiales y especializados. Ello será desarrollado en el capítulo V de este libro.

La posibilidad que preveíamos de aprovechamiento de muchos principios y normas en concreto del proceso penal español de la LE-CRIM, hizo que, con ocasión de informar sobre el “Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal”, sugiriésemos que se crease un Código unitario (que se podría denominar “Código procesal penal y de las medidas de seguridad”), que constaría de una “Parte General”, conteniendo principios y figuras de aplicación a ambos tipos de proceso; y sendas Partes Especiales, dedicadas, la una, al proceso penal represivo, y la otra, al preventivo. Esta idea —que no ha sido

(9) Cfr. FAIREN, *Algunas conclusiones sobre el proceso de la Ley de Peligrosidad y el Reglamento para su aplicación*, en “Revista de Derecho procesal Iberoamericana, Madrid, 1971, fasc. II-III, p. 641.

aceptada por los pre-legisladores— estimamos solucionaríamos la controversia sobre el tema “proceso único” o “doble proceso” (10 y 11).

4. Las soluciones que en el Derecho positivo correspondiente a los países que han enviado ponencias nacionales al V Congreso Internacional de Derecho procesal, y la respectiva doctrina, vemos plasmadas para el problema de la peligrosidad sin delito (que casi siempre va legalmente unida a la delictual, con excepción de Alemania e Italia, desde el punto de vista procesal), son de tipo administrativo o judicialista.

Ateniéndose a los datos legales de cada país, sin embargo, estimamos que es preferible la solución judicialista, y no sólo por las razones que se apuntan en este trabajo en su favor (Cfr. *infra*, Cap. II), sino también porque en este proceso se trata de garantizar la observancia de normas jurídicas y de aplicarlas a los casos concretos; derecho genérico a disfrutar de una sociedad pacífica que el “peligro” perturba; sociedad pacífica a la que expresa o tácitamente se refieren las Constituciones en sus declaraciones.

Tanto por razón de los órganos judiciales que dirigen este proceso de peligrosidad en España, como por la finalidad que el mismo persigue, como por el medio—regulado legalmente a modo de contradictorio, con relativa igualdad de las partes—, como por el acto en que se concreta el proceso—la sentencia, “verdad legal” con efectos de cosa juzgada, de que carecen las resoluciones administrativas—, deducimos que se trata de un conjunto de actos judiciales de naturaleza jurisdiccional (12).

Mas, con referencia a España, no debemos olvidar la idea primaria de la independencia del juez, y frente a ella, de la dependencia del funcionamiento administrativo. Y es jurisdiccional, a nuestro entender, la actividad de ese juez independiente e inamovible, si la desarrolla sin discrecionalidades procesales previstas por la ley, con finalidad en la elaboración y cumplimiento de una resolución, interpretando medios de ataque y de defensa, reponiendo el derecho vulnerado—aunque sea un derecho, no de “tipos”, sino de “categorías” legales—; solución de cumplimiento necesario, derivada del incumpli-

(10) Cfr. nuestro trabajo cit., *Presente y futuro*, pp. 14 y ss., y *El Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal de 1967*, en “Temas del Ordenamiento procesal” cit., II, pp. 1.246 y ss.

(11) Ibamos mucho más lejos en cuanto a la unificación procesal. Cfr. nuestro libro *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1967*, Valencia, 1966, pp. 11 y ss., y en *Temas cit.*, II, páginas 639 y ss.

(12) Con respecto a Italia, BRICOLA habla de una “jurisdicción subjetiva” (en sentido diverso de la doctrina tradicional italiana, que designaba como “subjetiva” a la jurisdicción civil, en tanto la penal y administrativa serían “objetivas”). BRICOLA se refiere, sin duda, al hecho de que en el proceso de prevención italiano hay un comienzo administrativo y un desarrollo posterior judicial, pero en el que la escasez de garantías de la defensa le hace pensar a su vez que, bajo jueces independientes, se desarrolle una actividad más bien administrativa, por su relativo discrecionalismo.

miento por el peligroso de normas jurídicas superiores (se trata en no pocos casos de principios y normas de categoría constitucional) (13).

Entre las soluciones legales que las ponencias presentan, predominan las judiciales; y además se percibe claramente, en cuanto a países como Venezuela—con vigente régimen administrativo—, una tendencia hacia lo judicial (plasmada en el actual proyecto de Ley).

En cuanto a la especialización de los jueces, en varios países sudamericanos—salvo Clariá, en Argentina— la proclaman como necesaria unánimemente, aunque no haya unanimidad con respecto a su intensidad (cfr. Uruguay); y hallamos quejas que, provenientes de Chile—Vergara—, coinciden con las nuestras (14) sobre su falta, sea total o parcial.

Allí en donde no existen en las leyes o en la práctica, se preconiza igualmente la creación de cuerpos de especialistas médicos, sociólogos, psicólogos, etc., que auxilien a dichos jueces. Y efectivamente, la formación de comisiones formadas por estos individuos especialistas—peritos—es una de las garantías exigibles en todo caso, para que un régimen de “sentencias indeterminadas” relativamente, como son las de declaración positiva de la peligrosidad, funcione sin “peligro” a su vez, para con los derechos individuales y sobre todo, con el de libertad.

Se piensa—y pensamos nosotros—mejor en jueces individuales que en colegiados—nosotros hacemos una excepción para la segunda instancia—; y en que aquéllos sean, a su vez, tanto jueces de conocimiento como de la ejecución, por la necesidad de que sea siempre el mismo individuo quien “determine”, fije el “quantum” de la sentencia. Identificándose en la misma persona que la elaboró y dictó, la “determinación” a efectuar a través de su observación personal y continua de la influencia de cada tratamiento sobre la conducta y personalidad del sujeto peligroso.

5. Problema que ha traído la atención de bastantes ponentes, y la nuestra—se trata de un problema muy descuidado en España, desgraciadamente—: el de la constitucionalidad, en nuestros respectivos países, de las normas sobre peligrosidad y su declaración—proceso—; tanto globalmente—leyes de peligrosidad; su admisión o no admisión por las Constituciones— como cuanto con respecto a determinadas normas de las mismas en particular.

(13) Si es un tipo de tribunales como el que describimos el que propugna CLARIÁ OLMEDO (Argentina; cfr. *infra*. Cap. II y V), nuestra discrepancia con él desaparecería. Pero cuando se refiere al “control judicial” ulterior de la labor de estos organismos que sugiere como posibles, a través de la acción y pretensión contencioso-administrativas, nos hace dudar sobre si, según él, es la primera actividad citada, jurisdiccional o no. Por el modo de cómo describe su manera de funcional—al procedimiento que él mismo imagina para el futuro como posible en la legislación de su país— parece que lo sea; la duda está en si los encargados de aplicar ese procedimiento obedecerán solamente a la ley o también a la administración superior—al poder político incluido—.

(14) Cfr. nuestros trabajos *Prevención y represión desde el punto de vista procesal cit.*, y *Algunos aspectos procesales de la Ley de Peligrosidad de 4 de agosto de 1970*, Facultad de Derecho de Salamanca, 1971, *passim*.

Con referencia a Argentina, hallamos la posición rotunda de Clariá Oimedo, para la cual una tal ley de peligrosidad sin delito no respondería a la Constitución federal; en toda otra serie de casos (también Vélez Mariconde con respecto a Argentina; Habscheid con ref. a la República Federal de Alemania; Bricola sobre Italia—este trabajo está centrado casi totalmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes y normas de peligrosidad, con un enfoque que al comparatista debe resultarle utilísimo—; Gelsi Bidart para la República Oriental del Uruguay; Chiossone para Venezuela) encontramos loabilísima preocupación sobre la constitucionalidad de las leyes; verbi gracia, el caso de Venezuela, en donde el conflicto reside en la incompatibilidad de la Ley vigente con la propia Constitución, que es posterior a ella; solución: elaborar una nueva Ley—en cuyo Proyecto colabora el propio Chiossone—.

En los países en donde el control de la constitucionalidad de las leyes y sus normas está deferido, de modo procesal constitucional, a un Alto Tribunal, la solución de estos gravísimos conflictos es más fácil; pese a la actitud “neutralista” que en determinados casos atribuye Bricola a la Corte Costituzionale italiana—sobre todo, por no entrar a calificar los procedimientos de prevención, como administrativos o jurisdiccionales, problema constitucional de gran trascendencia—, dicho Alto Tribunal, en múltiples ocasiones (15), ha declarado la ilegitimidad constitucional de una serie de sus normas, sobre todo, por no garantizar suficientemente los derechos de la defensa que la propia Constitución prevé (Cfr. *infra*, Cap. IV).

En España, en donde el control de la constitucionalidad de las normas está deferido a un organismo político—así lo califica su misma Ley, de 5 de abril de 1968—, integrado por el Jefe del Estado y el Consejo del Reino, la solución es mucho más difícil, si pensamos, además, en la muy angosta legitimación activa para promover el “recurso de contrafuero”, su carácter político y el plazo para interponerlo (sólo de dos meses a partir de la publicación de la norma o acto en la Gaceta de Madrid); este recurso está pensado y elaborado para el futuro (desde 1968), con lo que se da el caso de normas anteriores (p. ej., algunas de la Ley de Orden Público de 1959, y de otras posteriores; de la misma Ley de Peligrosidad, publicada el día 6 de agosto de 1970, y de su Reglamento, publicado el día 3 de junio de 1971, que de tratarse de un sistema amplio, podrían ser atacadas por inconstitucionalidad—de modo análogo a como lo fueron en Italia diversas normas del *Codice di procedura civile*—y que no pueden serlo; no quedando otro remedio que el de llegarse a una derogación normal de las mismas por el Legislativo.

Entiéndase desde este punto, adquirida por nosotros, la conclu-

(15) También ha declarado la inconstitucionalidad de varios artículos del Código de procedimiento penal.

Cfr. estas sentencias de la Corte Costituzionale, en nuestro trabajo *La situación actual del Ministerio Fiscal*, en “Revista de Derecho procesal Iberoamericana”, Madrid, 1970-IV, pp. 792 y s., nota, y en las colecciones y bibli. que allí citamos.

sión—con los antecedentes que expondremos circunstanciadamente en el Cap. IV, *infra*—de que, a efectos de garantizar los derechos del ciudadano en el más alto grado, por razón de las normas de peligrosidad—materiales o procesales—, debe existir un control muy amplio de su constitucionalidad (y de la de su aplicación) a cargo de un organismo jurídico y jurisdiccional exclusivamente.

6. Con respecto a las partes, se admite, en general, el carácter de tal, del sujeto a proceso de peligrosidad. Es de interés la intervención del Ministerio Fiscal o Público—salvo en Chile, en donde su intervención no es obligatoria—.

Para que conste de aquí en adelante, debemos hacer notar que los trabajos extranjeros hablan de la “acción pública”, pero que esta expresión tiene diversa amplitud y significación en España, en donde, como es sabido, y con analogía con el Derecho inglés, no solamente ejercita la “acción pública” el Ministerio Fiscal, sino también cualquier otro ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos, sea o no el ofendido o el perjudicado por el delito, siempre que éste sea “perseguido de oficio” (el 95 por 100 o más de los del Código penal) (por el contrario, por no existir este sistema en Italia, dice Bricola, que no puede hablarse de interposición de la “acción penal” por el Ministerio Público por la coincidencia de posibilidades del mismo con las de otras personas—en cuanto a la Ley anti-Mafia—; y con respecto al procedimiento de prevención de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la iniciativa corresponde al *Questore*—funcionario administrativo—y el *Pubblico Ministero* interviene solamente como dictaminador, pero no como parte).

El querellante particular queda excluido en ciertos regímenes—entre los que se cuenta el español—; y estimamos que acertadamente, pues su actuación, en una materia tan sumamente complicada como lo es la de la prueba de la peligrosidad social—abundantemente indiciaria—, podía complicar equívocamente la labor del juez, porque el interés del querellante particular en la persecución de la peligrosidad es difícil probar que sea público, con respecto a un “estado” no tan nítido como el de un “acto”—delito—por el que resultó ofendido o perjudicado, y aún menos por parte de terceros, y podría abrir, mucho más que en lo penal, un interés “en la venganza”. (En cuanto a ofendidos y perjudicados—que puede haberlos, contra lo que alguien dice, Vergara—sus pretensiones deben deferirse a los tribunales civiles correspondientes).

Volviendo al sujeto pasivo y a su situación, se nota en las peticiones un natural anhelo de verlo convertido en “parte” lo antes posible, desde la iniciación de las actuaciones (incluso en un país con régimen penal general inquisitivo, como lo es Chile, en el proceso de peligrosidad se introduce una excepción al principio del secreto de la inquisición o investigación, de tal modo que el supuesto peligroso pueda conocer todas las actuaciones). Hay que tener en cuenta que, en tanto el supuesto peligroso no tenga derecho a intervenir, se hallan en peligro incluso sus derechos constitucionales (p. ej., no

poder recusar al juez, con perjuicio del principio o norma del “tribunal competente”, en un momento procesal oportuno, esto es, apenas conozca la existencia del motivo de recusación) (Cfr. *infra* Capítulo VI, 5).

Hemos planteado con respecto a nuestro país (Cfr. *infra* Cap. VI) el problema del automatismo en la declaración de peligrosidad (el “serán” y no el anterior “podrán ser” “declarados peligrosos” de la Ley española actual), lo cual puede incidir sobre la falta de temibilidad de los sujetos—enmascarada en esta Ley bajo el nombre de “peligrosidad social”—y, a su vez, suponer un intento de reintroducir totalmente el principio de legalidad en el proceso de peligrosidad, lo cual no es posible hacer sin desvirtuarlo, al hacerlo con sus categorías básicas.

En cuanto al desarrollo del proceso en ausencia del supuesto peligroso (la rebeldía española, cfr. el Cap. VI, 7, *infra*), Vergara—Chile— declara imposible la continuación de aquél si el sujeto no comparece ante la citación que se le hace—no siendo habido—para interrogarlo, por ser indispensable este acto. Con respecto a España, Morón indica que la ausencia del supuesto peligroso no debe obstar a la continuación del procedimiento; pero en este sentido, entendemos que el artículo 19 de la Ley, que admite como medida cautelar la “declaración en rebeldía”—al fijarla como tal cautelar—, indica que el proceso va a continuar hasta que se dicte sentencia—sentencia en rebeldía; lo cual al igual que con respecto a otras normas de otros procesos comentadas en algún otro trabajo nuestro, y que prevén una condena “inaudita pars” en vez de fijar la suspensión del proceso en tal caso, que es la solución correcta, y ello, hasta que el supuesto peligroso sea habido o comparezca) diputamos inconstitucional por restringir los derechos de la defensa frente a su no limitación con respecto al caso, por obra del artículo 19 del Fuero de los Españoles (Cfr. *infra*, Cap. IX).

7. Predominan las legislaciones—y los pareceres—en favor de que el procedimiento se rija, en cuanto a su primera parte, ante el juez individual, por el principio inquisitivo (discordante, Vélez Mariconde); los regímenes examinados—incluido el administrativo actual de Venezuela—son dos exámenes del asunto—dos instancias—al menos.

Entendemos, apartándonos de Vélez Mariconde, y en favor del sistema español de dos instancias (tanto en la Ley de 1933 como en la actual), que la apelación, concebida de modo amplio y con posibilidad de que en la misma se propongan y practiquen pruebas con dirección y asistencia del interesado, no puede obstaculizarse a la intermediación, que en la misma debe ser exigible (cfr. el Cap. IV). Sí estamos de acuerdo en que la intermediación del peligroso con el juzgador es de todo punto indispensable, por tratarse de un procedimiento en el que debe primar el contacto entre ambos, a efectos de que el segundo conozca la personalidad del primero y, en su caso, ordene el tratamiento más adecuado; pero esto no obsta a que un segundo

tribunal vea el asunto, abra nuevas posibilidades probatorias y llegue, si procede, a enmendar o revocar la calificación y tratamiento determinados en la primera instancia.

Mostramos nuestro acuerdo—con Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—sobre que la prueba sea apreciada no “según conciencia”, sino “según las reglas de la sana crítica”, expresión de contenido y de raigambre y actualidad española (y no aplicadas por la Ley de 1970), que muestran un freno lógico—el de la crítica, fundada a su vez en máximas de la ciencia, de la técnica, de la experiencia—, a cualquier exceso que invocando simplemente su conciencia pudiese cometer el juzgador (Cfr. *infra*, Cap. VIII, 4).

Los procedimientos examinados destacan el papel de los peritos; así, en todo caso, es necesaria esta prueba en la primera instancia y en especial la audiencia de los referidos, en su fase preliminar, de investigación. Trátase de peritajes científicos.

El recurso de casación existe en Italia; lo estima posible, en Chile, Vergara; lo sugieren para Argentina Vélez Mariconde y Clariá Olmedo—siempre para la hipótesis de que se llegase a elaborar una legislación de peligrosidad para su país; y el último, desde el punto de vista administrativo—. En cuanto a España, no existe este recurso ni ningún otro ante el Tribunal Supremo; y pedimos la creación de aquél, por quebrantamiento de las normas procesales de la Ley de Peligrosidad, y otro, también ante el Tribunal Supremo, más amplio que la casación propiamente dicha, que abra mejor la posibilidad de controlar los errores cometidos en la apreciación de las pruebas en las instancias. Y naturalmente, diputamos necesario, como se dijo, un recurso por inconstitucionalidad (que existe en Alemania, Italia, Chile, Uruguay) dirigido contra las normas de peligrosidad atentatorias a la Carta Fundamental.

El “juicio de revisión” aparece en diversas legislaciones (Chile, Uruguay) con las mismas características del español de igual nombre, de dirigirse contra la cosa juzgada (Cfr. *infra*, Cap. VIII, 4, b y X); no se trata de un recurso, sino, a nuestro entender, de una pretensión nueva, impugnativa independiente, lo que tiene unas consecuencias de gran interés dado el tenor del artículo 34 de la Ley de Peligrosidad vigente (Cfr. loc cit.).

En la primera fase de los procedimientos, rige, por lo general el principio de la escritura, como corolario del inquisitivo, y el oral-protocolario en cuanto a las actuaciones necesariamente tales—interrogatorios, declaraciones—; y en algunos regímenes—España— durante esta fase, el del secreto, ya que el sujeto pasivo aún no es parte (Cfr. Cap. VI).

Más adelante, los períodos probatorios se rigen por la oralidad, pero protocolizada, ya que existe, también en general, el recurso de apelación.

Se prevé en general, y es lógico, que se “hagan cargos” al supuesto peligroso, para que, a su vista, proponga prueba “de descargo”; pero en España, esto no está previsto—grave error a reparar lo antes po-

sible—, así como tampoco la conformidad del sujeto con los cargos (ello está previsto en Venezuela). Es de desear que se regule pronto esta figura de la conformidad en España, ya que tradicionalmente tiene entrada—aunque con límites, a la inversa del sistema británico— y responde al principio acusatorio, también tradicional en España, de aplicación legal tan amplia, que admite al acusado penal a “disponer” libérrimamente de su propia defensa y a renunciar a ella parcialmente, siempre que la pena mayor solicitada por la acusación no exceda de seis años de privación de libertad—límite inexistente en el sistema del “guilty or not guilty” inglés—. Este sistema, debería ser adecuado a la peligrosidad en cuanto al tiempo e intensidad de cada medida.

Reiteramos aquí la idea (ya expresada en nuestros trabajos “Prevención y represión” y “Algunos aspectos”, cits. *supra*) de la necesidad de que los procedimientos—incluido el español— se hallen regulados exhaustiva y claramente, sin cláusulas generales ni trámites de forma o contenido borroso (Cfr., por ej., *infra*, en Italia, la “invitación” al supuesto peligroso; en España, las “vistas” en apelación, de cuyo contenido nada dice la Ley; la “rebeldía”, sin que tampoco diga nada sobre sus consecuencias). Y que la terminología jurídica se aplique correctamente por el legislador, habida cuenta de que las instituciones deben aplicarse por su naturaleza, contenido y finalidad, y no por el nombre con que arbitraria o erróneamente se las pueda bautizar en el texto legal. Tal es el caso del “juicio de revisión” de la Ley de Peligrosidad, frente al llamado “recurso de revisión” de la LECRIM, que tiene la misma naturaleza y finalidad. El que en este caso, pese al léxico legal defectuoso, se trate de un nuevo juicio y no de un recurso, tiene la importante consecuencia, A) de su probable admisibilidad, pese al texto del artículo 34 de la Ley de Peligrosidad, y B), a) de deducir que las sentencias españolas de condena por peligrosidad, surten efectos de cosa juzgada material, ya que la “revisión” de dicha ley se refiere, de un lado, a la simple “determinación” del “quantum” de la sentencia, y de otro, versa sobre nuevos hechos, esto es, los que *determinan* la modificación o el cese del estado de peligrosidad, o bien, b) a “conductas” *posteriores* a la sentencia y *anteriores* a la determinación de su ejecución; esto es, a *hechos* que la sentencia no recogió, y que, por lo tanto, no pueden estar amparados por su fuerza de cosa juzgada (Cfr. *infra*, Cap. VIII y X).

Con respecto a las medidas cautelares, manifestamos nuestra opinión contra las de “encarcelamiento” o “prisión provisional”, por entender que no se puede someter a tal régimen cautelar a quien no puede ser condenado a una pena de “cárcel” o de “prisión”. Se trata de una clara reminiscencia—entre otras que se verán, Cap. XI— de la idea de “penosidad” que debe desaparecer en absoluto con todas las demás.

En cuanto a la ejecución de las sentencias, que debe ser confiada a los mismos jueces que condenaren, ahí está una de las claves de todo el problema, de fuerte matiz económico. Hay quejas en cuanto

a ello, en Chile, en Guatemala, en Uruguay. Precisamos de medios, de muchos medios especiales, en personal y en material (Cfr. Cap. XI).

Esta ejecución, totalmente distinta de la de las penas, se la concibe —como se la debe concebir, y no a título de “pena”— como un tratamiento determinante del “quantum” de la sentencia relativa (o absolutamente) indeterminada, en cuyo desarrollo, el Juez está asistido de consejeros técnicos, cuya importantísima labor nos hace sugerir que se les deba rodear de garantías de independencia semejantes a las de los jueces (Cap. XII).

8.—Pese a todo, no podremos nunca prescindir de la “cercanía” de los códigos o leyes procesales penales propiamente dichos; aun cuando dejásemos de tener en cuenta —lo cual sería absurdo— el “parentesco” entre peligrosidad y delito, la misma fuerza de inercia de los potentes edificios jurídicos construidos por obra de muchas generaciones humanas, influiría sobre nosotros, forzándonos a no cortar los cables que deben unirlos (17).

(17) Así lo vemos reconocido en varias de las ponencias recibidas. En cuanto a Chile, VERGARA nos dice que aun sin hallarse una remisión expresa de la ley correspondiente (Cfr. *infra*, Cap. III), del texto de sus artículos 16, 27, y 29, se induce la entrada en juego, como supletorio, del procedimiento penal ordinario. Pero hay que tener en cuenta que, dentro del sistema procesal penal, las normas del juicio chileno para crímenes o simples delitos de acción pública, se aplican a los procedimientos criminales especiales; es importante este criterio, ya que hace posible, que dentro de la regulación del procedimiento de peligrosidad, no se hayan tenido en cuenta situaciones procesales de detalle que es preciso atender, “y que el juez debe aplicar en casos determinados”.

En el supuesto —que no nos afecta directamente a nosotros, visto el tema de que tratamos— de que concurren delito y estado de peligrosidad, se acumulan ambos procesos ante el Juez que conozca del delito cuando haya “declaratoria de reo” (art. 31 de la Ley); el procedimiento, en tal caso, es el de delitos, el penal ordinario, pero ni el querellante ni el actor civil pueden intervenir en lo relativo al estado antisocial.

Sigue diciendo VERGARA que se adoptó el proceso por razón de delitos para la peligrosidad, por “la naturaleza muy breve y concentrada” del mismo. Existe acusación formal, que se extiende al estado antisocial; la sentencia es, naturalmente, compleja. Cuando se produce la doble condena, es facultativo del juez el aplicar la medida de seguridad; puede dejarla sin efecto, previo informe del Instituto de Criminología o de su representante en el respectivo establecimiento penal, informe en el que se establezca la falta de peligrosidad delictual y el hecho de la readaptación social (art. 37 de la Ley).

Si se cometiera un delito por el sujeto a una medida de seguridad, durante el curso de la misma, se suspende el tratamiento desde el momento en que el sujeto se halle en prisión preventiva; si fuere condenado, el juez deberá resolver sobre si deberá cumplirse el resto de la medida después de la pena impuesta.

Caso especial es el de Alemania —problema debido en no poca parte a su carácter de Estado federal—: es el de la concurrencia entre el *Sicherungsverfahren* y el *Ereiheitsentziehungsverfahren* (procedimiento de seguridad y procedimiento de restricción de la libertad), cuyo estado actual nos comunica HABSCHIED.

Hay que tener en cuenta que ambos procedimientos visan, ante todo, a los sujetos peligrosos que sufren de una enfermedad mental grave.

En el caso de que concurren las posibilidades de abrir ambos procesos —cosa muy posible, dada la calidad de los sujetos— se produce el problema

9. En España no existe distinción legal entre “medidas de prevención” y “medidas de seguridad”; y el proceso para los estados de peligrosidad pre-delictual, delictual y post-delictual, se regula, en la actualidad, como único, en la Ley de Peligrosidad de 1970, con derogación del anterior sistema, el de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que acumulaba el tratamiento procesal de la peligrosidad—cuando existiera a la del delito cometido por el peligroso, bajo la competencia de los tribunales penales ordinarios—.

Así pues, existe un proceso de peligrosidad único para las tres especies de dicha figura (salvo lo que se dirá, *infra*), sin diferenciar el tratamiento procesal de los sujetos peligrosos sin delito, de los delincuentes.

A) En el artículo 2.º de la Ley se recogen las categorías de sujetos peligrosos sin delito; mas el artículo 4.º declara la aplicación de los preceptos de la misma a los “condenados por tres o más deli-

entre ambos, de diversa naturaleza, como se verá (Cfr. Cap. VIII), y para su resolución, se formulan tres tesis en cuanto a su prioridad:

A) La primera tesis es la de PETERS; principio de prioridad; el conflicto se resuelve en favor del procedimiento que se inició primero.

B) La segunda, la del Tribunal Federal, el cual ha dicho que la clave de la solución la da el § 42 de la StPO; visto que la ley exige el internamiento “si la seguridad pública lo exige”, tal internamiento sólo puede exigirse “cuando las medidas de la legislación de los países (*Länder*) no son suficientes”; esto es, cuando las normas del Derecho de los países de la federación sobre el “procedimiento para la restricción de la libertad” no bastan.

C) La tercera tesis es la de JÜRGEN BAUMANN; para este autor, como el *Sicherungsverfahren* en federal y especial, predomina siempre sobre el *Ereihitsentziehungsverfahren*.

HÄBSCHID se une a esta última tesis por hallarla conforme a las reglas del predominio del Derecho federal sobre el de los *Länder*, y de la ley especial sobre la general.

La Ley de Peligrosidad española de 1970 soluciona el problema de la concurrencia de la delincuencia y de la peligrosidad, a la inversa de como lo hacía la Ley de Vagos y Maleantes de 1933—en el régimen chileno de acumulación creemos hallar huella de aquélla—; esto es, separando totalmente a ambos procesos.

“Cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal—dice su art. 13—conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda estar incurso en alguno de los estados de peligrosidad de la presente Ley remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad. Los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley y las Salas especiales que establece el artículo 9.º remitirán asimismo a los Juzgados competentes testimonio de actuaciones de las que puedan resultar la comisión de hechos delictivos o la participación de los encartados en ellos.”

En cuanto a la ejecución de penas y medidas concurrentes por razón de los dos procesos, el artículo 25 dice que “... Si concurriere con la medida de seguridad impuesta alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y éstas no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena”.

(Cfr. *infra*, Cap. XI).

El Reglamento desarrolla esta cuestión de un modo análogo, en cuanto a la posibilidad final de no cumplimiento de la medida de seguridad, al ordenamiento chileno, pero a través del juicio de revisión (art. 97).

tos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa declaración expresa de su peligrosidad social”.

B) Ahora bien, en el Código penal, y en su artículo 9.º, aparece la posibilidad de los tribunales penales ordinarios de someter a una medida de internamiento de duración indefinida al enajenado irresponsable que, como tal, y pese a haber ejecutado todos los actos conducentes a la consumación del delito, por su propia figura patológica no es imputable, y por lo tanto, no puede ser condenado como delincuente. Este internamiento en establecimiento adecuado, tendría la duración que el tribunal decida, puesto que no podrá salir del mismo sin su “autorización”.

Esto es, nos hallamos ante un supuesto de resolución judicial que no condena, pero que sujeta a una medida de privación de libertad.

Cierto es que el sometido a ella no queda encuadrado en ninguna de las categorías de peligrosidad social previstas en la Ley de 1970, ya que no puede ser condenado como “delincuente” (peligrosidad delictual o pos-delictual) ni como simple peligroso sin delito, puesto que un demente, en el sentido a que se refiere el Código penal, “no puede tener inclinación al delito”. Pero no es menos cierto que ese sujeto es peligroso en sentido amplio para la sociedad y que el internamiento a que se le somete es una medida que asegura a la misma, a fin de evitar que continúe cometiendo desmanes, víctima de su enfermedad.

Entendemos que la Ley de Peligrosidad —que además, no contiene disposición derogatoria al efecto— no ha podido tocar la situación de tales individuos, los cuales siguen sometidos a los tribunales penales; pues no vemos como aplicable el artículo 13 de aquélla, según el cual, “cuando un tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal, conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que puede estar incurso en alguno de los estados de peligrosidad que definen los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la presente Ley, remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad”. Inaplicable esta norma, ya que la categoría de “demente que haya efectuado todos los actos conducentes a la consumación de un delito”, no está prevista en la Ley.

Nos encontramos, pues, con un supuesto —hay alguno más en el Código penal— en el que un sujeto “socialmente peligroso” en sentido amplio, ya que no en el técnico-jurídico, no es condenado —no puede serlo, por irresponsable—, pero sí, como consecuencia del proceso penal, es sometido a una “medida de seguridad” en sentido amplio esta vez, y no técnico.

Para excluir la aplicabilidad de la Ley de Peligrosidad, con su propio proceso, que sería en estos casos, ulterior al penal, además del argumento legalista esgrimido, hay que observar que ese proceso por peligrosidad sería inútil; en su parte de averiguación de los artículos 15 a 17 de dicha Ley, puesto que tal averiguación ya se efectuó en el “sumario” penal —instrucción—; en su parte probatoria, por iguales razones; y lo mismo en cuanto a la de alegaciones. Y en resumen,

chocaría con la cosa juzgada de la resolución del tribunal penal declarando la demencia del sujeto y ordenando su internamiento.

Ahora bien, ni el Código penal, ni otra norma que conozcamos, regula el medio que debe utilizar el tribunal penal para conceder "autorización" al sujeto a tal internamiento, a fin de que éste cese, ni la duración del mismo (con lo cual pasa a ser indeterminado, cosa gravísima); esto es, nos hallamos de nuevo ante una sentencia indeterminada, sin que se prevean las normas para determinar el "quantum" de la medida de internamiento acordado.

Nuestro sentido jurídico nos indica que esta situación debe tener una regulación legal, aunque los tribunales vayan proveyendo a ella por caminos jurisprudenciales que no tienen por qué forzar ninguna norma vigente.

Y esa solución debe hallarse en que, si bien no ha lugar a aplicar la Ley de Peligrosidad a tales sujetos en cuanto al desarrollo de un proceso específico por razón de la misma, por las razones expuestas, sin embargo, no se ve dificultad en que pueda aplicarse, con las modificaciones del caso, lo referente a la "ejecución de las medidas" previsto en la misma; esto es, la de la dirección del internamiento por el tribunal; la sumisión del sujeto a un verdadero tratamiento (¿para qué y por qué razones limitarse a dejarlo en su lamentable estado, o bien que empeore en su curso, y no intentar sanarlo, recuperarlo en lo que sea posible?) efectuado por técnicos—las Juntas de Tratamiento previstas en la Ley y Reglamento de Peligrosidad, pueden ser las llamadas a efectuar tal tratamiento—; imponer al tribunal la obligación de vigilar su marcha a intervalos regulares; abrir un "juicio de revisión análogo al previsto para los peligrosos propiamente dichos, esto es, los comprendidos en la Ley de Peligrosidad, ya que, por no existir una condena penal, el "recurso de revisión" de la LECRIM sería demasiado angosto (aunque sin perjuicio de poder abrirlo, en lo posible, a los repetidos sujetos).

Lo que los tribunales penales llevan a efecto hoy día, guiados de su sentido jurídico simplemente, debe llegar a adquirir estado legal. Y no dejar subsistir una situación en la que un sujeto, claramente "peligroso" para la sociedad (como lo es ciertamente quien hubiera sido condenado por cometer un delito, y no lo es en razón de su demencia), no sea "peligroso" técnicamente a los efectos que le sean favorables, y especialmente, a los de la determinación del tratamiento y el plazo del mismo, si su enfermedad lo permite.

No trataremos más, aquí, de este punto; alguna alusión más se hará en el capítulo V.

C) Coexisten con estos dos tipos de enjuiciamiento de la peligrosidad—peligrosidad en general, para el segundo caso—el de la Ley de Orden Público desde 1959; si los dos primeros son de tipo jurisdiccional, el último lo es administrativo. De éste nos ocuparemos, *infra*, en el capítulo V, y brevemente, por tratarse de un extrañísimo fenómeno (según el cual, autoridades gubernativas pueden imponer medidas de privación de libertad a "peligrosos para el orden público

o que por su conducta supongan una amenaza notoria para la convivencia social” (art. 23-2) “que careciesen de arraigo en el lugar o de solvencia notoria”; esto es, a “peligrosos” no comprendidos en la Ley de peligrosidad —y a salvo de ella— y sin delito) de trascendencia constitucional inclusive, lo dejaremos aparte, sin perjuicio de examinarlo en otro trabajo con la intensidad que merece. Y termino esta explicación por donde debía haber comenzado; mi libro, ya terminado y a punto de ir a la imprenta, así como este fragmento, están dedicados a la memoria de quien fue un gran maestro del Derecho procesal y gran amigo: al Prof. Ord. de la Universidad de Florencia, doctor Carlo Furno (*).

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

