

PARTE SEGUNDA

**MEDIDAS PENALES EN EL DERECHO
POSITIVO ESPAÑOL**

Medidas de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social

Jiménez de Asúa introdujo un amplio y nuevo sistema de medidas en la legislación penal española mediante la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, en la que tanto intervino indirecta y directamente (1). Entonces, únicamente establecía algunas medidas la legislación de Menores. El Código penal de la Dictadura ya no estaba vigente.

En el momento actual —año 1973—, las medidas penales se encuentran principalmente reguladas en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. También establecen importantes —aunque innominadas— medidas el Código penal y varias otras Leyes, como veremos a continuación.

1. Comparación esquemática con las medidas de la Ley de Vagos y Maleantes

La Ley 16/1970, de 4 de agosto («B. O. del E.» del 6 de agosto), sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, que entró en vigor el 7 de junio

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964, págs. 28 y sig., 214 y sigs.; ídem, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964, págs. 1061 y sigs.; ídem, *La systématisation juridique de l'état dangereux*, en "Deuxième Congrès International de Criminologie", París, 1952, Melun, 1954, págs. 356-366; ídem, *El Código penal argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho penal*. Conferencias pronunciadas en... 1923 y 1925, 2.^a ed., Buenos Aires, 1943; ídem, *Ein Gesetzentwurf gegen Gemeingefährlichkeit ohne begangenes Verbrechen*, en "Monatsschrift f. Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform", 1934, págs. 86 y sigs.; ídem, *La Ley de Vagos y Maleantes*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1933, t. 163, págs. 577 y sigs.; ídem, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitti (La legge spagnuola sui vagabondi, e malviventi del 4 agosto 1933)*, estrato dalla Giustizi penale, 1933; ídem, *El nuevo Código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1928; ídem, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Pueyo, Madrid, 1922; SILVEIRA (A.), *Asia e a periculosidade*, en "Boletín Judiciario do Estado de Rio de Janeiro", diciembre 1942, págs. 415-424.

de 1971 (2), sigue las líneas generales de la Ley de Vagos y Maleantes, pero con algunas divergencias importantes acerca de la competencia por razón de edad, y sobre todo acerca de las medidas: suprimiendo una, reestructurando varias y creando otras inexistentes en la Ley anterior.

Según la LVM (hasta la entrada en vigor del Decreto de 24 de enero de 1963 —art. 4.º—), quedaban sometidos a sus prescripciones las personas de ambos sexos mayores de dieciocho años. En cambio, la LPRS extiende su competencia hasta los mayores de dieciséis años (3).

Se suprime el internamiento en colonia agrícola. (Según las estadísticas oficiales, en los últimos años no se imponía esta medida) (4).

Las modificaciones más importantes son las cuatro siguientes:

1.ª La duración máxima de internamiento en establecimientos de custodia se reduce a tres años (antes eran cinco años).

2.ª Se limita la expulsión del territorio nacional de los extranjeros. Ahora no puede exceder de cinco años, y queda al arbitrio del tribunal; antes era preceptiva y de duración ilimitada.

3.ª Desaparece la imposibilidad de ser fiadores para los ascendientes, descendientes y cónyuge del peligroso.

4.ª El tope máximo de la multa asciende a 50.000 pesetas (antes era de 10.000 pesetas).

Las medidas desconocidas en la anterior Ley de Vagos y Maleantes son: internamiento en un establecimiento de reeducación (2.ª), internamiento en un establecimiento de preservación (3.ª), arresto de fines de semana (4.ª), sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados (6.ª), privación del permiso de conducción de vehículos

(2) Según la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1972 (pág. 102): "Desde el 6 de junio de 1971 comenzó a regir en España la nueva legislación de Peligrosidad social..." Así opinan también otros autores, apoyados en argumentos dignos de consideración. Pero nosotros creemos que empezó a regir el 7 —y no el 6— de junio, pues, según la disposicional adicional primera de la LPRS y el Decreto-ley de 4 de febrero de 1971, la LPRS debía entrar en vigor a los diez meses de su promulgación. La LPRS apareció en el "B. O. del E." del 6 de agosto de 1970. Su Reglamento se aprobó por Decreto del 13 de mayo de 1971.

(3) Como se indica en el texto, la LPRS no cambia la competencia por razón de la edad de la LVM tal y como estaba en vigor el año 1970, pues desde el año 1963, el artículo 1.º de la LVM había sido modificado al respecto, en los párrafos 1.º, 3.º y 4.º de su artículo 1.º Desde 1933 hasta el año 1963, los menores de dieciocho años en quienes concurrían las circunstancias previstas en la LVM eran puestos a disposición del Tribunal Tutelar de Menores correspondiente, donde se hallase constituido, y, en su defecto, a la del Juez de primera instancia, que tomaría las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales Tutelares de Menores. (Cfr. párrafo 2.º del artículo 1.º de la LVM.)

(4) Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1971, págs. 17 y sig. Las Memorias de los años anteriores muestran que al final de los años 1966, 1967, 1968, 1969 y 1970 no había ni hombres ni mujeres en colonia agrícola.

de motor o prohibición de obtenerlo (7.^o), clausura del establecimiento (8.^o), prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas (11) y reprensión judicial (13).

2. Clasificación de las medidas (LPRS) según su fundamento

Las diecinueve (5) «medidas de seguridad» establecidas en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social pueden clasificarse en varios grupos, atendiendo a diversos criterios. Particular consideración merecen las clasificaciones por el fundamento y por el bien jurídico especialmente afectado.

2.1. Predelictuales y posdelictuales

Las medidas de la LPRS, tal como las describe su artículo 5.^o, pueden ser *predelictuales* y *posdelictuales*. Según las normas de aplicación del artículo 6.^o, todas las medidas de la LPRS pueden ser predelictuales (pues cabe aplicarlas a sujetos que no han cometido delito alguno), y muchas de ellas (aunque no lo diga expresamente la Ley) pueden ser también posdelictuales. La diversidad de esta calificación depende únicamente de que la medida se apoye en fundamento distinto: peligrosidad predelictual o peligrosidad posdelictual.

De algunas medidas (las enumeradas en el número 13 del artículo 6.^o: internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo, privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, y sumisión a la vigilancia de los delegados) se debe afirmar que son predelictuales y también, en algunos casos, posdelictuales. La razón es sencilla: a tenor de este número 13, en relación con el artículo 4.^o, a los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad (posdelictual) (6), se les aplicarán para su cumplimiento simultáneo o sucesivo estas medidas.

De algunas otras (internamiento en un establecimiento de reeducación, arresto de fines de semana, clausura de establecimiento, expulsión del territorio nacional, reprensión judicial, multa e incautación del dinero, efectos e instrumentos) se concluye que (además de predelictuales) también pueden ser posdelictuales por otro argumento: estas medidas se apli-

(5) Algunos números del artículo 5.^o de la LPRS describen medidas que pueden entenderse como dobles o como dos sencillas. Por ejemplo, el número primero y el noveno. Por esto, resulta difícil precisar con exactitud cuántas medidas regula la LPRS.

(6) La LPRS (art. 4) califica esta peligrosidad como social, pero parece más lógico calificarla de peligrosidad posdelictual, pues supone, como índice, que el sometido a la medida ha sido condenado por tres o más delitos. El artículo 256 del Código penal incurre en una inexactitud semejante, no idéntica (hasta 1963, también el artículo 100). SANVINCENTE CARABANTES, *La peligrosidad en el vigente Código penal español*, en "RGLJ", marzo 1949, págs. 265 y sigs.

can (también) a los peligrosos cuyo índice de peligrosidad consiste en llevar a cabo acciones tipificadas como delito: realizar actos de homosexualidad (Código de Justicia Militar, art. 352), escándalo público (Código penal, arts. 431, 432), ser rufián o proxeneta (art. 452 bis, *b, c, d*), abuso de menores (art. 584, núms. 10 y 11), tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes (art. 344), daños (art. 561), asociaciones ilícitas (artículo 172), delito de peligro por conducción temeraria (art. 340 bis *a, 2.º*), reuniones no pacíficas (art. 166).

En la preparación de la Ley se procuró insistentemente evitar que los índices de peligrosidad coincidiesen con figuras de delitos tipificados en el Código penal, por considerar que tal «coincidencia es técnicamente indeseable» (7). Por esta razón, la Ponencia rechazó numerosas enmiendas, por ejemplo, las enmiendas números 21, 40, 41, 42, 43, 44, etc.

El legislador pretendía separar totalmente (tanto en lo sustantivo como en lo procesal) la peligrosidad y el delito. Siguiendo este deseo, el artículo 13 ordena que cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda estar incurso en alguno de los estados de peligrosidad que definen los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la presente Ley, no entrará a juzgar de esa peligrosidad, sino que remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad.

2.1.1. Comentario crítico

Esta pretendida separación entre la peligrosidad y el delito, por una parte, y entre la medida y la pena, por otra, resulta artificial y asistemática, especialmente cuando se refiera a la peligrosidad y a las medidas de los condenados por tres o más delitos (art. 4.º de la Ley). «Como si el delincuente —según dice Delitala—, en lugar de ser imputable y peligroso, sea primero imputable y después peligroso, o bien primero peligroso y luego imputable...» Más científica era la regulación de la Ley de Vagos y Maleantes (art. 9), que a todos los tribunales que dictasen sentencia por delito contra un reincidente o reiterante en el que fuese presumible la habitualidad criminal o contra un reo que estimasen peligroso, les concedía competencia para aplicar de oficio la medida o medidas de seguridad correspondientes.

La pretensión «secesionista» del legislador sucumbió, en gran parte, ante la naturaleza de las cosas. De las diecinueve medidas que regula la Ley, prácticamente sólo cuatro (internamiento en establecimiento de pre-

(7) En este sentido se expresó repetidamente la Ponencia durante la preparación de la LPRS, aunque no logró imponer totalmente su criterio. Cfr. *Diario de las sesiones de las Comisiones*. Comisión de Justicia. Extracto oficial de la sesión celebrada el 1 de julio de 1970. Apéndice al "B. O. de las Cortes", núm. 82. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 779 y siguientes, resume muy documentadamente la elaboración de la LPRS en lo referente a la relación entre los índices de peligrosidad y los delitos pasados.

servación, asilamiento en casa de templanza, tratamiento ambulatorio y obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado) son siempre predelictuales.

La Fiscalía del Tribunal Supremo mantiene todavía, en 1972, la teoría inicial del legislador, y afirma que el principio *non bis in idem* impide que por los mismos hechos se derive la doble consecuencia de la pena y la medida de seguridad (8). ¿Impide, por tanto (preguntamos nosotros), la existencia de medidas posdelictuales a sujetos plenamente responsables?

Según nuestra opinión, en muchos aspectos la *voluntas legis* de la LPRS difiere de (y supera atinadamente) la *voluntas legislatoris*.

La LPRS, fruto de mentalidades muy diversas, adolece de gran oscuridad y confusión conceptual respecto a la diferenciación entre las medidas posdelictuales y las predelictuales. Además, estas últimas, tal como en la Ley se regulan, pueden violar con frecuencia los derechos elementales de la persona. Paralela crítica merece la LPRS por su falta de diversificación entre las medidas delictuales y las sociales.

Aunque en este estudio nos referimos principalmente a las medidas posdelictuales, sin embargo, ahora diremos algo también de las predelictuales, dada la importancia que la LPRS les concede.

3. Clasificación de las medidas (LPRS) según el bien jurídico afectado

Por razón del bien jurídico afectado, las medidas de la LPRS pueden reunirse en cinco grupos: 1.º Privativas de libertad. 2.º Restrictivas de libertad. 3.º Restrictivas de (otros) derechos. 4.º Pecuniarias; y 5.º Admonitivas. Esta sistematización —de la que nos servimos para encuadrar los comentarios siguientes— tiene la ventaja, entre otras, de mostrar una vez más el paralelismo y la semejanza (no identidad) entre penas y medidas.

El esquema de la página 106 ofrece el conjunto de las diecinueve medidas clasificadas según el bien jurídico principalmente afectado.

3.1. Medidas privativas de libertad

- A) Internamiento en un establecimiento de custodia.
- B) Internamiento en un establecimiento de trabajo.
- C) Internamiento en un establecimiento de reeducación.
- D) Internamiento en un establecimiento de preservación.
- E) Asilamiento curativo en casa de templanza.
- F) Arresto de fines de semana.

(8) En la Memoria elevada al Gobierno nacional por el Fiscal del Tribunal Supremo, Madrid, 1972, pág. 125; se entiende que, según el principio *non bis in idem*, por los mismos hechos no cabe la doble consecuencia de la pena y la medida de seguridad. (Después, en la misma Memoria —pág. 129— se *tolera* esta doble sanción.) Según la Circular 3/72, de 24 de febrero, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en la LPRS “se mantiene el principio *non bis in idem*”.

MEDIDAS EN LA LEY SOBRE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

- | | | |
|---|---|---|
| 1.º <i>Privativas de libertad</i> | } | <ol style="list-style-type: none"> 1. Internamiento en un establecimiento de custodia. 2. Internamiento en un establecimiento de trabajo. 3. Internamiento en un establecimiento de re-educación. 4. Internamiento en un establecimiento de preservación. 5. Asilamiento curativo en casa de templanza. 6. Arresto de fines de semana. |
| 2.º <i>Restrictivas de libertad</i> ... | } | <ol style="list-style-type: none"> 1. Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados. 2. Obligación de residir en un lugar determinado. 3. Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. 4. Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas. 5. Expulsión de los extranjeros del territorio nacional. |
| 3.º <i>Restrictivas de (otros) derechos</i> | } | <ol style="list-style-type: none"> 1. Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo. 2. Clausura del establecimiento... 3. Obligación a declarar el domicilio. 4. Sumisión a la vigilancia de la autoridad. |
| 4.º <i>Pecuniarias</i> | } | <ol style="list-style-type: none"> 1. Caución de conducta. 2. Multa. 3. Incautación en favor del Estado del dinero, efectos e instrumentos que procedan. |
| 5.º <i>Admonitiva</i> | } | <ol style="list-style-type: none"> 1. Reprensión judicial. |

Estas seis medidas (las cinco primeras, al menos) coinciden en cuanto a su naturaleza: son medidas de corrección. Ninguna de ellas es únicamente asegurativa o inocuizadora. Todas pretenden principalmente reeducar al peligroso. Consideración distinta merece, quizá, el arresto de fines de semana, como diremos después.

A) *El internamiento en los establecimientos de custodia* se aplica a los rufianes, proxenetas, mendigos y quienes vivan de la mendicidad ajena, a los que muestran inclinación delictiva por su trato asiduo con delinquentes..., y a los delinquentes habituales peligrosos. Estos establecimientos siguen un régimen equivalente al cerrado (9) y pretenden la resocialización del sujeto mediante un sistema basado en la obligatoriedad del trabajo, en el desarrollo de las aptitudes personales y en la formación profesional (art. 28 del Reglamento de la LPRS, aprobado por Decreto de 13 de mayo —«B. O. del E.» del 3 de junio— de 1971).

La evolución favorable del interno en esta institución podrá determinar —a juicio del juez, oyendo a la Junta de Tratamiento— la sustitución de la medida por la —menos severa— de internamiento en un establecimiento de trabajo (art. 29 del Reglamento).

B) *Los establecimientos de trabajo* se destinan para los vagos, rufianes, proxenetas, mendigos y quienes vivan de la mendicidad ajena, prostituidos, traficantes en emigración, en pornografía o drogas, individuos que se comportan de modo insolente..., los que se integran en bandas..., los que llevan consigo armas..., los que, por trato con maleantes, muestran inclinación al delito, y los delinquentes habituales. Pretenden su resocialización mediante una vida ordenada y laboriosa (art. 30 del Reglamento). El trabajo será adecuado a las condiciones del sujeto. El régimen del establecimiento estará condicionado por las exigencias de la organización laboral (alguno podrá ser de régimen abierto), con separación entre los diversos grupos de internos (según la edad y según el estado peligroso).

C) *El internamiento en establecimiento de reeducación* se aplica a los homosexuales peligrosos, a las mujeres que habitualmente ejerzan la prostitución, a los menores de veintiún años pervertidos, a los que se comporten de modo insolente..., a los que se integran en bandas..., a los que porten armas... Persigue su resocialización promoviendo sus inclina-

(9) Respecto al régimen cerrado, intermedio y abierto en las instituciones penitenciarias, según el Reglamento de los Servicios de Prisiones (reformado por Decreto del 25 de enero de 1968, artículo 5, c), establece que los establecimientos de cumplimiento de penas que no sean hospitalarios o asistenciales, ni para menores de veintiún años, son de tres tipos (de régimen cerrado, intermedio y abierto) y se corresponden con los tres primeros períodos del sistema progresivo (ibídem, artículo 48). Las principales normas para estos establecimientos datan del 15 de febrero de 1968. Cfr. "Revista de Estudios Penitenciarios", 1968, págs. 447 y sigs.; BUENO ARUS, *La reciente reforma del reglamento de los servicios de prisiones (Decreto de 25 de enero de 1968)*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", enero-junio 1968, págs. 86 y sig.

ciones favorables con medios pedagógicos y formativos (art. 33 del Reglamento). El régimen general en los establecimientos de reeducación será equivalente a los de tipo intermedio, utilizando el trabajo como factor coadyuvante a la readaptación social de los internos, siempre que resulte compatible con las exigencias específicas de cada caso (art. 34 del Reglamento).

El tratamiento de los internados en los tres establecimientos anteriores se ajustará a los siguientes *principios*:

1.º Será de carácter continuo y dinámico, y siempre dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno.

2.º Estará basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, tendencias y condicionamientos ambientales del sujeto, con la variable utilización de los adecuados métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales.

3.º Deberá estar dirigido a la obtención de los siguientes *objetivos*:

a) Promover, como base indispensable para la labor de reeducación, una actitud favorable del peligroso.

b) Procurar la mayor colaboración del interno (10) en orden al perfeccionamiento de sus aptitudes y a la desaparición de los síntomas de inadaptación social que presente.

c) Lograr su integración social y el desarraigo del medio favorecedor de las circunstancias determinantes de la peligrosidad apreciada (art. 36 del Reglamento).

D) *Los establecimientos de preservación* acogerán a los enfermos y deficientes mentales que por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, hayan sido objeto de declaración de peligrosidad, pero los deficientes se mantendrán separados de los enfermos mentales (art. 35 del Reglamento). Terminado este internamiento, la Ley añade atinadamente la sumisión a la vigilancia de los delegados.

E) *Las casas de templanza* acogerán a los ebrios y toxicómanos declarados peligrosos (art. 35 del Reglamento).

El tratamiento de estos dos últimos establecimientos estará determinado por su misión asistencial y tendrá carácter eminentemente terapéutico. La interpretación del adverbio «*eminente*» terapéutico ofrece sus dudas, pues algunos especialistas (11) opinan que al toxicómano se le debe proteger contra su propia debilidad imponiéndole medios represivos no muy severos, además de los medios exclusivamente curativos.

(10) El texto legal habla impropiaemente del "asegurado", pero se refiere al sometido a la medida por peligroso. Podría hablar del asegurado si fuesen medidas (no penales) de protección.

(11) P. CORNIL y CH. VAN SWIETEN, *Les frontières de la repression. La drogue*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", noviembre-diciembre 1972, páginas 223 y sigs., esp. 247.

Otros, en cambio, sólo admiten el tratamiento terapéutico, y niegan el derecho de la autoridad para aplicar a estos sujetos cualquier medida represiva.

Hasta la total curación del interno o hasta que cese el estado de peligrosidad social, la Junta de Tratamiento informará al Juez o Tribunal, con la frecuencia, que éstos le señalen, de la evolución del tratamiento (art. 42 del Reglamento).

Ambas medidas —establecimientos de preservación y casas de templanza—, por ser predelictuales y no penales, debían excluirse de la LPRS.

F) *El arresto de fines de semana* se puede aplicar (a veces como segunda medida, después del internamiento en establecimiento de custodia, o de trabajo, o de reeducación) a los comprendidos en los números 9, 10, 11, 14 y 15 del artículo 2.º de la Ley. Se lleva a cabo, dice el artículo 9.º del Reglamento, en local separado en cualquier establecimiento penitenciario de la localidad en que resida el que haya de cumplirlo, quedando sometido al régimen previsto para los detenidos en cuanto pueda ser de aplicación. Tendrá una duración mínima de treinta y dos horas. Si la jornada laboral del sujeto lo permite, comenzará el sábado a las dieciséis horas, y terminará el lunes a la que resulte necesaria para que aquél pueda incorporarse al trabajo, o a las ocho horas, si no lo tuviera. Cuando, a causa del régimen de trabajo del sometido a la medida, o por otra razón, no fuese conveniente el cumplimiento en la forma mencionada, el Juez señalará los días y el horario de cumplimiento, respetando sólo el límite mínimo de duración (núm. 3 del art. 9 del Reglamento).

Cuando no exista establecimiento adecuado disponible, o las circunstancias personales del sometido a la medida lo aconsejen, podrá el juez autorizar el cumplimiento del arresto en una dependencia de edificio público o privado que, habilitado para ello si fuese necesario, permita comprobar fácilmente que la medida se cumple y que las condiciones en que se lleva a efecto son idóneas a su finalidad (núm. 2 del art. 9 del Reglamento). Ni la ley sobre PRS ni su Reglamento aclaran nada expresamente acerca de esta finalidad.

De lege lata, el arresto de fines de semana puede considerarse medida de corrección, aunque el artículo 9 del Reglamento, al determinar que el arrestado puede quedar sometido al régimen previsto para los detenidos en cualquier establecimiento penitenciario, equipara en cierto sentido esta sanción a la pena privativa de libertad. Tal equiparación puede proceder de influjos extranjeros, pues los países que han establecido el arresto de fines de semana lo regulan como una modalidad de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad (12).

(12) Existe el arresto de los fines de semana en Bélgica, Alemania, Países Bajos, etc. Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, *Arresto fin de semana y tratamiento del delincuente*, en "R. E. P.", 1970, págs. 1057 y sigs.; ídem, *Consideración sobre el arresto de fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en "Homenaje al profesor López Rodó", Madrid, 1972, págs. 377 y sigs. (en la "Re. E. Pen."

De lege ferenda, cabe regular esta institución como pena o como medida. En el último supuesto (para nosotros muy preferible), el legislador debe estructurar su contenido con más detalle, inspirándose en otras medidas de internamiento.

Son muchos los inconvenientes que presenta el arresto de fin de semana, como indica Sainz Cantero (13): la carencia de locales adecuados, la insuficiencia de instituciones penitenciarias que cuenten con número suficiente de celdas, la necesidad de montar una red de establecimientos que cubra todo el territorio nacional, ya que éstos no deben estar alejados del lugar de residencia del penado, el mantenimiento de un personal penitenciario que sólo trabajaría dos días a la semana, incluso la organización laboral de los países que no han adoptado el descanso en sábado, suponen obstáculos serios.

Sin embargo, nosotros, como el catedrático de Granada, somos partidarios de que el arresto de fin de semana sea recibido en las legislaciones, y consideramos plausible el paso dado por la española en la LPRS.

3.1.1. Valoración de estas medidas

No sabemos que recientemente se hayan publicado estadísticas dignas de consideración acerca de la aplicación de las medidas privativas de libertad de la LPRS. Pero se puede pensar que también ahora (como cuando estaba vigente la Ley de Vagos y Maleantes) ocupan el primer lugar en el número y en la importancia práctica.

El contenido y la sistematización de estas medidas en la LPRS sigue fundamentalmente las líneas marcadas por la Ley de Vagos y Maleantes, pero en varios puntos —no en todos (14)— supone un avance digno de encomio.

aumenta el número y la extensión de las notas); R. SCREVENs, *Le Droit pénal Belge actuel et les législations étrangères*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", 1967-1968, pág. 315. Cfr. también "Revue Pénitentiaire", 1960, págs. 9 y sigs., 217 y sigs., 230 y sigs., 657 y sigs.

(13) SAINZ CANTERO, *Consideración sobre el arresto de fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en "Estudios en Homenaje al profesor López Rodó", Madrid, 1972, pág. 393.

(14) RICARDO ROYO VILLANOVA considera que la LPRS "es insuficiente; deficiente, estéril e inútil en lo que atañe al problema médico-social"; cfr. "Referencia informativa de la Asociación Nacional de Médicos forenses", 11 de abril de 1973, página 28, y "Real Academia Nacional de Medicina", mayo 1972. Desde otro punto de vista, SANTIAGO MIR PUIG, *Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en el Derecho penal español*, en "Revista Jurídica de Cataluña", número II, abril-junio 1972, págs. 301 y sigs. CONCHEIRO, RODRÍGUEZ LÓPEZ y BEIRAS, *El dictamen pericial médico en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en "Temas penales", Santiago de Compostela, 1973, págs. 275 y sigs. S. BECERRA, *La delincuencia mental ante la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en "Asociación Nacional de Médicos Forenses", Referencia informativa (9 julio 1973), págs. 60 y sigs. FIGA (B.), *Desórdenes psíquicos y la Ley de Vagos y Maleantes*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", enero-febrero 1959, págs. 1026-1043. SÁNCHEZ GÓMEZ (M.), *La vigente Ley de Vagos y Maleantes a la luz de la psiquia-*

Los nombres de estas medidas varían muy poco en relación con la LVM, y también son similares los fines pretendidos. Ya el Reglamento (de esta LVM) de 1935, en su artículo 5, proponía «como fin primordial la corrección física y moral de los peligrosos, y su preparación útil para la vida social».

Sin embargo, los medios y los programas ahora propuestos son mejores. Actualmente, además de la investigación antropológica, psíquica y patológica prevista en el artículo 16 de la LPRS, para la aplicación del tratamiento en los establecimientos, existirán en cada uno de ellos equipos de personal especializado. Y las Juntas de Tratamiento constarán al menos de dos vocales:

- un criminólogo y un psicólogo en los establecimientos de custodia y trabajo;
- un psicólogo y un pedagogo en los de reeducación;
- un psiquiatra y un criminólogo en los de preservación y en los de templanza.

Todos estos vocales intervendrán en el tratamiento específico de los internos según la naturaleza de su peligrosidad (arts. 41 y 45 del Reglamento, de la LPRS).

Las Juntas de Tratamiento juegan un papel importante, pues tienen por misión:

1.º Investigar la personalidad de cada sujeto a internamiento, y las vicisitudes de su peligrosidad social.

2.º Individualizar (dentro de las líneas generales señaladas en el Reglamento) el tratamiento aplicable al interno en todo lo que no haya de ser objeto de resolución judicial.

3.º Proponer al Juez la adopción de las resoluciones oportunas en aquello que repercuta en la ejecución y eficacia de la medida.

4.º Informar, por iniciativa propia o a solicitud judicial, sobre el cese o sustitución de la medida, impuesta de conformidad con el artículo 26 de la Ley. A estos efectos comunicarán inmediatamente al Juez los casos en que el tratamiento deje de ser necesario, por curación o desaparición del estado de peligrosidad.

5.º Proponer al Juez la apertura del juicio de revisión cuando resulte procedente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley.

6.º Emitir los informes que el Juez solicite en relación con la evolución del tratamiento.

7.º Sugerir a la Junta de Régimen la suspensión o aplazamiento de las correcciones disciplinarias que puedan perturbar el tratamiento.

tría, en "Revista de Estudios Penitenciarios", abril 1949, núm. 49, págs. 29-35; número 50, págs. 13-21; núm. 51, págs. 11-17. Las críticas principales contra la Ley de Vagos y Maleantes las reúne ANTON ONECA, *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, página 596; ídem, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, pág. 105.

8.º Ser oída, cuando el Juez así lo acuerde, en el recurso de abuso que se tramite a instancia de cualquier interno, de conformidad con el artículo 33 de la Ley.

9.º Cualquier otro cometido que el Juez o el Director del establecimiento le encomiende (art. 47 del Reglamento).

La legislación anterior desconocía un organismo similar a las Juntas de Tratamiento. Existían únicamente las *Juntas de Gobierno y Administración*, formadas por el director, el administrador, el médico, el maestro de Instrucción, un jefe de Servicios, un oficial y los respectivos maestros de talleres o de trabajos agrícolas. Su misión era (además de la concesión de bonos y puntos indicadores del progreso del interno en el tratamiento) estudiar detenidamente los casos de inadaptación del sistema, de desaplicación demostrada en la escuela, y contumaz tendencia a la vagancia, informando al Juez o Tribunal competente (art. 12 del Reglamento de 1935).

Aunque no llegaron a existir, el Reglamento de 1935 (art. 30) proponía que se establecerán, siempre que sea posible, *anexos psiquiátricos* en los establecimientos a que se refiere este Reglamento, y en ellos figurará un servicio de biología para llegar al conocimiento científico previo de las características individuales del peligroso y de su medio biológico social, para determinar tanto su peligrosidad como su utilización social posterior, llegándose así a una verdadera selección de aptitudes con los antecedentes de herencia y los obtenidos con las fichas de orientación profesional. Además, el artículo 32 (del mismo Reglamento) fomentaba la formación criminológica en el personal, pues establecía que el personal técnico-administrativo estará constituido por funcionarios facultativos del Cuerpo de Prisiones que hayan cursado estudios en la Escuela de Criminología, en el Instituto de Estudios Penales (15).

A pesar de estos dos artículos, el espíritu general de la LVM y su Reglamento limitaba la tarea resocializadora a la instrucción intelectual (y moral) y al régimen de trabajo (arts. 18 y sigs. del Reglamento), desconociendo prácticamente la aportación de las modernas ciencias del hombre, como la psicología, la psiquiatría, la criminología y la sociología.

Entre los progresos de la LPRS destaca también la posibilidad de que varios de estos establecimientos sigan un régimen abierto o semiabierto. Para muchos de los sometidos a estas medidas, por ejemplo, para los homosexuales, el internamiento en régimen cerrado puede resultar muy perjudicial.

Las alabanzas que merece la LPRS por sus avances en lo referente al empleo de las técnicas modernas deben ponerse en entredicho porque

(15) Acerca del Instituto de Estudios penales, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Reus, Madrid, 1934, págs. 434 y sigs.; ídem, *El juez penal: su formación y sus funciones*, en "El Criminalista", t. III (primera serie), págs. 116 y sigs.; ídem, *Metodología docente del Derecho penal y la misión de la Universidad*, en "El Criminalista", t. V (primera serie), págs. 100 y sigs.

la Ley ha entrado en vigor antes de existir las instituciones y el personal especializado indispensables para el buen funcionamiento de lo preceptuado en ella (15 bis).

Atinadamente, el procurador Fanjul Sedeño presentó en las Cortes una enmienda a la totalidad por considerar «un claro fraude» aprobar y poner en vigor una reforma tan fundamental a la Ley de Vagos y Maleantes antes de dotar los establecimientos indispensables para la aplicación de las nuevas medidas (16). Ya que no pudo evitarse promulgar la Ley, hubiera sido necesario señalar una *vacatio legis* mucho más amplia, como ha hecho el legislador alemán poniendo un plazo de más de cuatro años entre la promulgación de la Segunda Ley para la reforma del Derecho penal que regula las nuevas medidas (parágrafos 61 y sigs.) y su entrada en vigor anunciada para el 1 de octubre de 1973, y posteriormente retrasada más aún.

Para suplir, en parte, la falta de establecimiento propios, la Orden de 1 de junio de 1971 destinó especialmente al cumplimiento de las medidas los Centros siguientes: 1. Alcázar de San Juan (internamiento de mujeres que habitualmente ejerzan la prostitución). 2 y 3. Figueras y Jerez de la Frontera (medidas cautelares de detención e internamiento preventivo). 4. Guadalajara (delincuentes habituales varones). 5. Nanclares de Oca (establecimiento de trabajo para varones mayores de veintiún años). 6. Zamora (internamiento para varones menores de veintiún años); y 7. Centro de cumplimiento en Madrid (ebrios habituales y toxicómanos).

Estos Centros (algunos de ellos, al menos) no están exclusivamente dedicados a los peligrosos. Así, por ejemplo, el establecimiento de Zamora es un ala de la prisión de aquella capital para sacerdotes.

La propia Dirección General de Instituciones penitenciarias reconoció que tales Centros son insuficientes. Para llenar esta laguna habilitó, por la misma Orden de 1 de junio, los ocho establecimientos siguientes: 1. Sanatorio Psiquiátrico de Madrid (establecimiento de preservación de enfermos mentales). 2. Centro Médico-Pedagógico de León (establecimiento de preservación de deficientes mentales varones). 3. Centro de Psicópatas de Huesca (peligrosos varones que presenten una acusada personalidad psicopática). 4. Centro de Homosexuales de Huelva (homosexuales peligrosos varones). 5. Instituto Geriátrico de Almería (quienes, por su edad u otra circunstancia, estén imposibilitados para seguir el régimen normal de otros

(15 bis) Estando ya en prensa este libro, el día 11 de agosto de 1973, el subsecretario de Justicia, don José del Campo Llanera, declara a la Prensa que está en estudio el plan para poner en marcha la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que necesitará muchísimos millones de pesetas, y que espera sea incluida en el próximo Plan de Desarrollo.

(16) FANJUL SEDEÑO retiró posteriormente —en el seno de la Comisión— su enmienda a la totalidad.

Sobre la necesidad de más Establecimientos adecuados, cfr. BEJARANO FERNÁNDEZ, *Reflexiones sobre "la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social"*, en "Foro Gallego", núm. 149, enero-marzo 1971, págs. 3 y sigs., espec. 13.

establecimientos). 6. Centro de Maternología y Puericultura de Madrid (mujeres que se encuentran en período de gestación o tengan consigo hijos menores de tres años). 7. Sanatorio Antituberculoso de Madrid (quienes padezcan enfermedad física); y 8. Hospital Penitenciario de Madrid (quienes necesiten someterse a operaciones quirúrgicas o estén afectados por dolencias que exijan tratamiento hospitalario) (17).

3.2. Medidas restrictivas de libertad

- A) Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados.
- B) Obligación de residir en un lugar determinado.
- C) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.
- D) Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas.
- E) Expulsión de los extranjeros del territorio nacional.

A) Entre estas medidas de la LPRS que restringen la libertad, merece especial atención y aprobación la nueva *sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio* en centros médicos adecuados. Se podrá aplicar únicamente a los ebrios habituales y toxicómanos. Como antes indicábamos, es siempre medida predelictual. Su tratamiento estará determinado —como el de los establecimientos de preservación y templanza— por su misión asistencial, y tendrá carácter eminentemente terapéutico (arts. 43, 42 del Reglamento).

Esta afirmación del legislador (y tendrá carácter eminentemente terapéutico) debe interpretarse a la luz de todo el contexto (18). No implica exclusividad, sino que admite también cierta dimensión asegurativa.

A los toxicómanos no peligrosos se les aplicaría el internamiento regulado en la Ley 17/1967, de 8 de abril, si existiesen los establecimientos correspondientes. (Esta Ley de 1967 prescinde de los ebrios habituales.) Según nuestra información, no se han creado todavía los Centros de asistencia especializados necesarios para el tratamiento médico y asilamiento curativo de aquellos que hayan de someterse a tratamiento de desintoxicación.

Algunas publicaciones han exagerado ciertos aspectos de las toxicomanías en España (19), pero nadie puede negar la oportunidad de abrir insti-

(17) Orden de 1 de junio de 1971 ("B. O. del E." de 6 de junio, corrección de errores, en "B. O. del E." de 9 de junio).

(18) El Reglamento, en su artículo 42, deja la puerta abierta a abusos por parte de quienes opinan que esta medida debe adoptar, a veces, una coloración represiva. Sería conveniente cuidar más el principio de legalidad.

(19) BERISTAIN (A.), *Las drogas y su legislación en España*, en "Rev. Gen. de Legislación y Juris.", julio 1973, págs. 25 y sigs., y en "Anuario de Derecho Penal", 1973; BASELGA (E.), *Los drogadictos*, Guadarrama, Madrid, 1972; MATO REBORE-

tuciones donde los cada día más numerosos toxicómanos peligrosos (o no peligrosos) reciban el oportuno tratamiento.

El carácter eminente, aunque no exclusivamente terapéutico, de esta medida muestra su naturaleza como medida de corrección. Las tres siguientes, a veces serán medidas de seguridad; otras veces, de corrección, según que pretendan únicamente evitar la recaída (evitando la ocasión), o también la corrección del sometido a la medida (art. 37 del Reglamento de 1935). La expulsión de los extranjeros es, ante todo, medida de seguridad.

B), C), D) *La obligación de residir en un lugar determinado* (aplicable a los vagos habituales, así como a los ebrios habituales y toxicómanos), *la prohibición de residir en lugar o territorio que se designe* (una de las medidas aplicables a mayor número de peligrosos: números 2b, 3b, 6, 7e, 8b, 10d, 11d, 13c, del art. 6), y *la prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas* (aplicable a los homosexuales, a los que habitualmente ejerzan la prostitución, a los ebrios, a los toxicómanos, a los insolentes..., a los que se integran en bandas..., a los que llevan armas..., y a los menores abandonados), se ejecutarán bajo la directa vigilancia de un delegado judicial especialmente designado, y con el auxilio de las autoridades judiciales y gubernativas. Este delegado será funcionario de la Policía Judicial, designado previa autorización del jefe de quien dependa, si no estuviese adscrito al Juzgado con carácter permanente.

E) *La expulsión del territorio nacional* se puede imponer a todos y a sólo los extranjeros declarados peligrosos, sin perjuicio de aplicarles, además, las otras medidas que sean compatibles con dicha expulsión, y figuren en cada supuesto de peligrosidad (art. 7 de la LPRS).

La LVM imponía preceptivamente esta medida a todos los extranjeros peligrosos (art. 6, 9.º). La innovación del actual artículo 7.º, permitiendo la no imposición de esta medida, ha tenido, lógicamente, buena acogida, aun antes de entrar en vigor la LPRS. Así, la sentencia de la Sala de Apelación de 22 de marzo de 1971, aplicando el número 4 del artículo 4 de la LVM, interpreta ampliamente su formulación literal, afirmando que «cuando se trate de extranjeros que no pudieran residir, por razones políticas o de otro tipo, en su nación de origen, o que fueran apátridas y estuvieran radicados en España con permanencia y dedicación a empresas, comercio o actividades intelectuales, en tan singulares supuestos su condición, si bien no es nacional *stricto sensu*, tampoco son extranjeros de modo absoluto, y las normas de Derecho natural, y hasta de moral cristiana, indican deben ser objeto de una consideración *uti singularis*, dejándoles de aplicar la medida de expulsión, tan gravosa como injusta,

DO (J. M.), *Problemática de las drogas nocivas*, en Curso Monográfico sobre drogas nocivas, Madrid, 1969.

si optaran por someterse a las medidas impuestas para los españoles; solución que tiene en su apoyo lo determinado en el artículo 7.º de la nueva Ley de Peligrosidad, de 4 de agosto de 1970, en relación con el artículo 5.º, número 12, toda vez que, aceptando esta posición doctrinal y dándole carácter legislativo, permite al Juez establecer una elección de medidas de seguridad para el extranjero peligroso entre la referida expulsión o las establecidas en los artículos anteriores, propias de los peligrosos nacionales». En el mismo sentido se expresa la sentencia de 28 de junio de 1971.

A pesar del arbitrio judicial (y del correspondiente suavizamiento) introducido con el artículo 7 de la LPRS, esta medida puede resultar, en algunos casos (especialmente cuando medie sólo peligrosidad predelictual), excesivamente severa y puede violar los derechos elementales de la persona (concretamente, el derecho a elegir el lugar de residencia). Supongamos, por ejemplo, un extranjero que lleva muchos años domiciliado en España y que sus negocios le exigen permanecer en territorio nacional. Resultaría injusto expulsarle porque el juez considera que ha manifestado peligrosidad social al llevar consigo una navaja grande, al realizar actos de homosexualidad, o al embriagarse varios días...

La rigidez española en este punto encuentra posturas similares en otros Códigos. Así, el de Defensa Social de Cuba (20) establece la expulsión al extranjero que haya sido condenado a más de seis meses de reclusión o a una multa superior a 180 pesos, y faculta al Presidente de la República para ordenar esa expulsión cuando se considere al extranjero persona indeseable.

Otros países no establecen esta medida con tanta severidad, ni por índices de peligrosidad tan numerosos y leves. En Italia, por ejemplo, según el artículo 235 del Código penal, la expulsión es ordenada por el juez como medida de seguridad, además de los casos expresamente previstos por la Ley (cfr. Código penal, art. 312), cuando el extranjero sea condenado a reclusión por un tiempo no inferior a diez años. Al extranjero que incumple la orden de expulsión pronunciada por el juez se le aplican las sanciones establecidas en las Leyes de seguridad pública (art. 151 del Real Decreto de 18 de junio de 1931) para el caso de incumplimiento de la orden de expulsión emanada por la autoridad administrativa.

Según el Código penal de Costa Rica, de 1941 (21), el juez que imponga a un extranjero una pena privativa de libertad por tiempo superior a tres años (o si el extranjero, condenado a cualquier pena, fuere reincidente)

(20) Código de Defensa Social, entrado en vigor el 9 de octubre de 1938, artículo 64. Según informes particulares, este Código se aplica todavía, con algunas modificaciones.

(21) Código penal de 1941, artículo 118. Regulan también esta medida la ley belga de 1930, la alemana de 1933, la checa de 1935, la venezolana de 1939, la uruguaya de 1941, la francesa de 1955, etc. El artículo 52 del Código penal de Costa Rica, de 1970, en vigor desde el 15 de noviembre de 1971, regula la expulsión de extranjeros como pena.

podría decretar su expulsión del territorio nacional. Esta medida se llevará a cabo una vez cumplida la pena. El poder ejecutivo podrá también acordar la expulsión indefinida del extranjero condenado a pena de prisión, después de haber cumplido una parte prudencial (no inferior a la mitad) de la pena, sin gestión de parte y previa consulta a la Corte Suprema de Justicia.

El legislador español —como algunos penalistas (22)— mantiene en este campo una concepción que hace años han superado bastantes legisladores, una concepción asegurativa que considera al delincuente, o al peligroso, como mero objeto (cfr. la Ley sobre extradición, de 26 de diciembre de 1958, art. 5), no como sujeto de derechos (entre otros, del derecho a la corrección, *right to treatment*) (23).

De lege ferenda, la expulsión de los extranjeros debe desaparecer, o limitarse a los casos de gran peligrosidad posdelictual. Lo mejor sería regular sistemáticamente la extradición de los extranjeros sometidos a medidas posdelictuales.

El X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, 29 septiembre-5 octubre 1969) estudió indirectamente este problema y, en sus conclusiones IV de la cuarta sección, hace referencia positiva a la extradición requerida para la ejecución de una medida de seguridad o de una medida educativa.

Si España pretende seguir esta recomendación, encontrará dificultades en su legislación. Concretamente, la Ley sobre extradición, de 26 de diciembre de 1958, en su artículo 5.º, supone que sólo son *objetos* de extradición... las personas a quienes se considere responsables de una infracción como autores... Por el resto del articulado aparece claro que aquí infracción equivale a delito. Y el artículo 6, número 6, establece que no se concederá la extradición... por aquellas infracciones en las que... se haya extinguido, por cualquier causa, la responsabilidad criminal. Estas y otras

(22) CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 15.ª ed., Barcelona, 1968, página 260. Respecto a la legislación española de la expulsión de extranjeros como medida administrativa y "cuasipenal", cfr. PUIG PEÑA, *Expulsión*, en "N. E. J.", t. IX, Barcelona, 1958, págs. 360-362; SALDAÑA, *Nueva penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, págs. 175 y sigs.

(23) Cfr. el reciente Symposium acerca del *Right to Treatment*, en "The Georgetown Law Journal", vol. 57 (marzo 1969), especialmente HALPERN (Ch. R.), *A Practicing Lawyer Views the Right to Treatment*, ibídem, págs. 107 y sigs. Los derechos —incluso los derechos a la corrección, al tratamiento y a la protección— del débil, del marginado, del delincuente, del "otro", constituyen una base innegable de la realidad jurídica en muchos aspectos. También en el filosófico: W. MAIHOFER, *Konkrete Existenz, Versuch über die Anthropologie Ludwig Feuerbach*, en "Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag", 1962, págs. 246 y sigs.; ídem, *Anthropologie der Koexistenz*, en "Mensch und Recht, Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag", 1972, págs. 162 y sigs. También en el teológico: E. WOLF, *Recht des Nächsten, Ein rechts theologischer Entwurf*, Frankfurt, 1958; ídem, *Zur rechtstheologischen Dialektik von Recht und Liebe*, "Neuabdruck en Erik Wolf, Rechtstheologische Studien", Ausgewählte Schriften, II, Herausgegeben von Alexander Hollerbach, 1972, págs. 115 y sigs.

frases de la Ley presuponen que sólo se concede la extradición para el cumplimiento de las penas. La Ley no hace referencia a la extradición para el cumplimiento de las medidas. Esta laguna resulta cada día más lamentable.

El legislador (y el teórico), al tratar de la extradición, debe evitar (o, mejor dicho, debe cuidar y explicar) el uso de conceptos básicos (como responsabilidad criminal, condena, sentencia firme, juicio de revisión) que no pueden aplicarse unívocamente a la pena y a la medida. Si habla, por ejemplo, de responsabilidad o culpabilidad criminal, habrá de referirse también a la peligrosidad posdelictual (o incluir ésta en aquélla, con las matizaciones oportunas).

3.3. Medidas restrictivas de (otros) derechos

- A) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.
- B) Clausura del establecimiento...
- C) Obligación a declarar el domicilio.
- D) Sumisión a la vigilancia de la autoridad.

Las medidas restrictivas de otros derechos distintos que la libertad pueden y deben aplicarse muy frecuentemente. Sobre todo la privación de permiso de conducción de vehículos de motor, o prohibición de obtenerlo, y más aún la sumisión a la vigilancia de la autoridad. Las dos primeras son medidas de seguridad. Las dos siguientes (sobre todo la última) lo son de corrección.

A) *La privación del permiso de conducción* puede aplicarse a la mayor parte de los estados peligrosos (núms. 5, 7, 9 y 11 del art. 6 de la Ley).

La privación del permiso de conducir como medida obedece a motivos y fines distintos que la privación del permiso de conducir como pena (regulada en el Código penal). La pena supone responsabilidad penal por la comisión de un delito doloso o culposo, y prescinde de la peligrosidad y de la capacidad o incapacidad del sujeto para conducir, mientras que la medida se apoya únicamente en la peligrosidad del sujeto manifestada en inexcusables contravenciones (la Ley debía referirse a delitos o hechos típicamente antijurídicos) de circulación por conducción peligrosa (24), o en otros indicios (Ley, art. 2, núms. 7.º, 9.º, 10, 12, 13, 15, y art. 4).

El doble carácter de pena y de medida está reconocido también (con importantes consecuencias) en otras legislaciones, por ejemplo, la alemana. El parágrafo 44 de la nueva parte general del Código penal (semejantemente al antiguo parágrafo 37) regula la pena (*Fahrverbot*), y los parágra-

(24) Cfr. CONDE PUMPIDO, *El tratamiento de la circulación peligrosa en la legislación vigente*, en "Rev. Der. Circ.", 1971, págs. 24 y sigs. J. A. GARCÍA CARIDAD, *Los automovilistas ante la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en "Temas penales", Santiago de Compostela, 1973, págs. 245 y sigs.

fos 69 y siguientes de la nueva parte general (semejantemente a los antiguos parágrafos 42-*m* y siguientes) establecen la medida de privación del permiso de conducir (*Entziehung*).

Nuestra LPRS especifica dos normas (privación del carnet y prohibición de obtenerlo) (art. 10 del Reglamento), para evitar posibles lagunas respecto a quien no ha obtenido todavía el permiso. La Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 802, 3.º) cubre suficientemente la laguna sólo respecto a la privación del permiso como pena, sin referirse expresamente a la medida.

El Decreto 1180/1971, de 14 de mayo, modifica los artículos 264, 289, 290 y 291 del Código de la Circulación, para evitar parte de las incongruencias que originaba el criticable Decreto 3268/1968, de 26 de diciembre.

La amplia aplicación de esta medida responde a postulados de la moderna política criminal (25). En este punto, la LPRS aventaja al Código penal, que tan parco se muestra en la imposición de la privación del permiso de conducción como pena. Probablemente, la LPRS avanza demasiado y faculta al juez con poderes excesivos en este terreno. La solución de la trágica delincuencia de tráfico exige menos penas, menos medidas y más técnicas administrativo-policiales (26). Especialmente urge regular con métodos más científicos la privación del permiso de conducir. Puede servir de ejemplo el sistema de puntos recientemente elaborado por las autoridades alemanas (27). La Ley señala cuántos puntos corresponden a cada infracción importante en el tráfico. Al conductor que —en determinado período de tiempo— alcance cierto número de puntos se le retira el permiso de conducir.

Concretamente, el método alemán señala cuatro puntos por:

- no respetar la prioridad;
- adelantamientos incorrectos;
- velocidad exagerada en la inmediata proximidad de los pasos reservados a peatones, en lugares donde la visibilidad es mala, en los cruces, en los pasos a nivel, etc.;

(25) Cfr. CEREZO MIR (J.), *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, en "Anuario de Derecho Penal", t. XXIII, septiembre-diciembre 1970, págs. 601 y sigs. BERISTAIN (A.), *El delito de peligro por conducción temeraria*. Notas al artículo 340 bis a), núm. 2, en la "Rev. Der. Circ.", 1970, págs. 527 y siguientes, con abundante bibliografía. Idem, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Reus, Madrid, 1963, págs. 60 y sigs.

(26) STEENHUIS (D. W.), *Drunken Driving. A Study of the Relationship between Severity of Sentence and Recidivism*, Assen, Van Gordum & Co. New York, 1972, páginas 101 y sigs.

(27) Cfr. "Boletín Informativo de P. de la Jefatura Central de Tráfico", Madrid, marzo 1973. Respecto al sistema norteamericano de tickets, cfr. CEREZO MIR (J.), *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, en "Anuario de Derecho Penal", t. XXIII, septiembre-diciembre 1970, págs. 587 y sigs. HERLAN y SCHMIDT-LEICHNER, *Entziehung der Fahrerlaubnis und Fahrverbot durch Straf-richter und Verwaltungsbehörden*, Beck, Munich, 1972, págs. 4 y sigs.

- maniobra de media vuelta en una autovía (el solo hecho de haberse iniciado, basta);
- alcoholemia o absorción de productos alucinógenos.

Tres puntos por:

- conducir sin permiso o haber confiado el vehículo a una persona que no lo tenga;
- conducir un vehículo sin matricular o insuficientemente asegurado;
- no dejar distancia suficiente entre su vehículo y el que precede.

Dos puntos, por:

- no ir suficientemente por la derecha;
- haber sobrepasado por lo menos en 20 kilómetros/hora la velocidad impuesta;
- circulación incorrecta en una autovía;
- otras contravenciones, como marcha atrás en una autovía o en otras arterias en que esta maniobra pueda molestar a los usuarios; etc., etc.

Un punto, por:

- infracciones de todas las demás prescripciones reglamentarias.

Las infracciones se registran en la Oficina Central de Fiensburg. Según la naturaleza de éstas, los puntos de penalización se anulan en el transcurso de cierto plazo, que varía:

- *Dos años*: Simple infracciones de rodaje.
- *Cinco años*: Condenas de multas o encarcelamiento.
- *Diez años*: Faltas que hayan implicado condena judicial o retirada del permiso y/o penas de tres meses de prisión.

El efecto de los puntos varía según las siguientes normas:

- *Seis puntos* obligan al conductor a someterse a un examen médico y psicotécnico.
- *Nueve puntos* obligan al conductor a un examen teórico, y una prueba práctica de conducción (si hay dudas en cuanto a la solidez de sus conocimientos prácticos). Si no supera el examen, dispondrá de un mes para prepararse a otra prueba. Si tampoco la supera, pierde el permiso de conducir.
- *Doce puntos*: privación inmediata del permiso.

B) *La clausura del establecimiento* se aplicará (preceptivamente) a los establecimientos donde los proxenetas hubieren tenido sus actividades y a los establecimientos en los que, con conocimiento de sus dueños, se

permita o favorezca ilícito trato o consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos.

Esta medida —según dice el artículo 5, 8.º, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 1944— no afectará a la relación laboral del personal que preste servicios en el establecimiento.

El artículo 452 bis-c) del Código penal plantea un problema al establecer que al que viviere, en todo o en parte, a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote, le serán aplicadas, además de las penas establecidas en el artículo 452 bis-b), las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 6.º, número 2.º, de la LVM.

Alguien cree que este precepto ha de entenderse hoy sustituido por el mismo número del artículo 6 de la LPRS, y que, por tanto, habrán de imponerse estas medidas preceptivamente a los rufianes.

En mi opinión, el artículo 452 bis-c) del Código penal carece hoy de aplicación, pues (por la disposición final primera de la LPRS) ha sido derogada la LVM a que se refiere.

El legislador debía haber adaptado este artículo del Código penal a los preceptos de la LPRS. (La mejor adaptación hubiera sido suprimir el artículo 452 bis-c, para posibilitar la aplicación del artículo 13 de la LPRS.) Pero la negligencia del legislador en este punto no permite al Juez sustituir el número 6.º del artículo 2 de la LVM por el número 6.º del artículo 2 de la LPRS, cuyo texto y contenido difieren notablemente.

La supresión (o inaplicación) del artículo 452 bis-c) no produce laguna legal, pues en su lugar se aplicará el artículo 13 de la LPRS, según el cual, «cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda estar incurso en algunos 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». La aplicación de este artículo subsana al defecto del Código penal (artículo 452 bis-c) que ordena la imposición preceptiva de las medidas, aunque no medie peligrosidad.

En la legislación extranjera se regula también —pero muy diversamente— esta medida. Por ejemplo, en los Códigos penales de Brasil, Costa Rica y Cuba (28).

Como queda indicado en la parte primera (cap III, núm. 3), no admitimos que medidas penales puedan imponerse y aplicarse a personas jurídicas. La clausura de un establecimiento merece, en nuestra teoría, la calificación de medida penal, porque, y en cuanto es restricción del derecho de tal o cual persona (peligrosa) a tener abierto un establecimiento. Si el establecimiento pertenece a una persona jurídica, no puede aplicarse esta medida (penal), a no ser que lo determinen las normas reguladoras de la acción típicamente antijurídica cometida en nombre de otro (en cuyo caso,

(28) Código penal brasileño, artículo 99. Código penal de Costa Rica de 1941, artículo 116, y Código de Defensa Social de Cuba, artículo 591.

el sujeto pasivo de la medida será la persona natural que realizó la acción, índice de un estado peligroso) (29). Con frecuencia, el cierre de un establecimiento es una medida administrativa, no penal.

C) *La obligación de declarar el domicilio* se aplica preceptivamente a los vagos habituales y potestativamente a los ebrios habituales y toxicómanos.

Esta medida —predelictual siempre— se ejecuta bajo la directa vigilancia de un delegado judicial especialmente designado, y con el auxilio de las autoridades judiciales y gubernativas (art. 12 del Reglamento). Es un puente entre el internamiento y la sumisión a vigilancia de la autoridad, o entre el internamiento y la libertad.

D) *La sumisión a la vigilancia de la autoridad* se aplica o se puede aplicar, en último lugar, a todos los estados peligrosos, excepto a los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción temeraria.

Saldaña (30) estudió su evolución legislativa fuera y dentro de España, desde el Código de 1822.

Esta medida pretende finalidades tutelares y de protección, según el artículo 5 de la LPRS. Según la terminología técnica, es una medida de corrección y seguridad. Será ejercida por *delegados* especiales. Esta medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad, de tanta tradición entre nosotros, puede servir —inteligentemente actualizada— de puente para introducir una forma propia de *Probation*. La pieza clave es el delegado o el *Probation's Officer* (31).

D) 1. *El delegado*.—Conviene estudiar la función y la persona del delegado, así como sus relaciones con las autoridades judiciales.

La misión principal del delegado es estudiar el carácter, costumbres y tendencias del vigilado, siguiendo de cerca el proceso de readaptación. Para lograr esta readaptación deberá fomentar sus inclinaciones favorables y oponerse a las negativas, advirtiéndole de las consecuencias de sus actos y aconsejándole en cada momento con la objetividad que su particular estado aconseje (art. 54 del Reglamento). Los delegados cuidarán espe-

(29) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1971, págs. 319 y sigs.; ídem, *Parte especial*, 4.^a ed., Suplemento, Madrid, 1972, página 15; BLAETH (P.), *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommenden Strafrecht*, C. Winter, Heidelberg, 1968; LEGROS, *L'imputabilité pénale et l'entreprise économique*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", febrero-marzo 1969, págs. 315 y sigs.; LEGAL (A.), *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprises*, en "Mélanges en honneur de Brethe de la Gressaye", París, 1967.

(30) SALDAÑA, *Nueva Penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, págs. 178 y sigs.

(31) NUVOLONE, "Probation" e istituti analoghi nel diritto penale comparato, en "Trent'anni di diritto e procedura penale", vol. II, Padua, 1969, págs. 212 y siguientes.

cialmente de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia. Pero este trabajo no busca las metas reeducadoras que en otras medidas (de internamiento), sino que sirve para introducir al sujeto en la vida normal, a cuyo efecto el Delegado recabará las colaboraciones necesarias en el ámbito público y privado.

Los delegados judiciales, en el ejercicio de sus funciones, tendrán la consideración de agentes de la autoridad (art. 53 del Reglamento). Los que se adscriban a grupos urbanos en donde el número de los sometidos a esta medida lo justifique, habrán de pertenecer a alguno de los cuerpos dependientes del Ministerio de Justicia, pudiendo ser relevados de sus demás funciones, y siendo designados con preferencia los que sean asistentes sociales. En las demás localidades, la delegación se podrá conferir a un funcionario adscrito al Juzgado o a un miembro de la Policía judicial, previa autorización de sus superiores, si fuese preciso. También podrá designarse un asistente social, que actuará vocacionalmente, previa solicitud (número 2 del art. 56 del Reglamento).

El delegado está relacionado con varias otras personas encargadas de aplicar la medida. Especialmente con el Juez, el Fiscal y los auxiliares voluntarios. El Juez designa la persona del delegado y —conservando su propia autoridad— apoya la acción tutelar del mismo, recibiendo periódicamente sus informaciones acerca de la evolución del sometido a la medida. Los delegados podrán proponer al Juez la designación de *auxiliares voluntarios* que, bajo su dirección inmediata, lleven a efecto una función complementaria de la que ellos realicen, o las que el Juez les encomiende (número 1.º del artículo 57 del Reglamento). La experiencia norteamericana respecto a los cooperadores voluntarios en la *Probation* puede iluminar la aplicación de nuestra nueva legislación.

3.4. Medidas pecuniarias

- A) Caución de conducta.
- B) Multa.
- C) Incautación en favor del Estado del dinero, efectos e instrumentos que procedan.

A) *La caución* es quizá una medida pecuniaria *sui generis*, pero tiene muchos rasgos comunes con las restrictivas de derechos, concretamente con la sumisión a vigilancia, y/o con la *Probation*, ya que el fiador ha de

(32) The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report: *Corrections*, Washington, 1967, págs. 16, 93 y sigs., 164 y sigs. Merece estudiarse la ayuda que al Delegado podrían prestar instituciones como los Consejos Locales de Familia, que proyectaron algunos Procuradores a Cortes al prepararse la LPRS. Cfr. CORTES ESPAÑOLAS, Comisión de Justicia, Proyecto de Ley Peligrosidad Social, reformando la de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. *Enmiendas*, Madrid, 1971, págs. 209-212. Enmienda número 76 (primer firmante, M. Escudero Rueda).

colaborar a la regeneración social del peligroso, y el delegado judicial deberá seguir ejerciendo, con la cooperación de aquél, una discreta vigilancia (de tutela y protección) (arts. 61 y 62 del Reglamento). Estas obligaciones del fiador y del delegado evidencian que estamos ante una medida de corrección, no de mera seguridad. Jiménez de Asúa la considera medida de prevención (33).

Podrá salir fiador cualquier persona de buena conducta, tomándose especialmente en consideración su posibilidad de colaborar a la regeneración social del peligroso (art. 61, 2, del Reglamento). La amplitud de la Ley en este punto acoge importantes corrientes de la moderna política criminal que insisten en la conveniencia de mantener lo más posible al peligroso (y al delincuente) en su comunidad (34). La anterior LVM, artículo 4, prohibía ser fiador a los ascendientes, descendientes y cónyuge del sometido a la medida.

La caución de conducta puede emplearse con mucha frecuencia, lo mismo que la sumisión a vigilancia de la autoridad, pues el legislador autoriza al Juez para, si le parece oportuno, sustituir la vigilancia por la caución, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, las dificultades que existan para disponer de un delegado adecuado en la localidad de residencia del peligroso.

La caución conserva siempre cierta dependencia de la sumisión a vigilancia, pues el Reglamento, en su artículo 61, 3.º, afirma la posibilidad de restablecer la medida original. Sin embargo, nada impide considerarla como medida autónoma y diferente en puntos esenciales.

El Juez, al acordar la caución, señalará las condiciones que puedan dar lugar a la pérdida de la fianza. Habrán de guardar relación con la específica peligrosidad del individuo y comprenderán la no comisión de delitos o faltas dolosas (35) y la no realización de actividades comprendidas en la LPRS.

(33) JIMÉNEZ DE ASÚA, *El proyecto de Código penal puertorriqueño de 1967*, en "Revista de Derecho penal y Criminología", octubre-diciembre 1968, núm. 4, página 123. Otras opiniones, en CORTÉS GIMÉNEZ, *Caución*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. II, Buenos Aires, 1955, págs. 857-862.

(34) El V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino, La Coruña, septiembre de 1969, haciéndose eco de los especialistas actuales, insistió en la necesidad de mantener lo más posible al peligroso (y al delincuente) en su comunidad. Cfr. "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña", septiembre 1969, págs. 229-43. Lo escrito acerca de este tema, especialmente en inglés, resulta inabarcable. Cfr., por ejemplo, las diecisiete páginas de bibliografía de Clarence SCHRAG, *Crime and Justice American Style*, Nueva York, 1972, págs. 240-256.

(35) Esta norma suscita dos problemas, uno de *lege lata* y otro de *lege ferenda*. El primero surge al interpretar la palabra "dolosas": ¿se refiere sólo a las faltas o también a los delitos? Bastantes autores opinan que se refiere también a los delitos. Nosotros creemos que para referirse también a los delitos debía decir "dolosos".

De *lege ferenda*, conviene discutir si los delitos de imprudencia deben dar lugar a la pérdida de la fianza. La respuesta tendrá aplicación también en otros campos similares del Derecho penal: rehabilitación, condena condicional... La reunión de Presidentes de Audiencias Territoriales celebrada en 1972, bajo la dirección del

De lege ferenda, la caución, a pesar de su noble tradición en España y fuera de España, debía haber sido sustituida en la LPRS por una medida más similar a la *Probation*, acomodándola a nuestras circunstancias históricas y geográficas.

B) *La multa*, por cuantía de 1.000 a 50.000 pesetas, se puede imponer a los que se comporten de modo insolente..., a los que se integren en bandas..., a los que lleven armas...; y se impone necesariamente a los que, siendo del sexo masculino, ejerzan habitualmente la prostitución, a los que promuevan o fomenten el tráfico... de material pornográfico, a los que promuevan o realicen el ilícito tráfico de drogas tóxicas... y a los que, de modo habitual o lucrativo, faciliten la entrada en el país...

En la fijación de la cuantía, el Juez atenderá al grado de peligrosidad del sujeto, a la incidencia que en él puedan tener las demás medidas aplicables, y especialmente a su posición económica (art. 16, 1.º del Reglamento). Aquí, como en el correspondiente artículo 63 del Código penal, el legislador español debía acoger (con las necesarias acomodaciones) los modernos sistemas de días-multa, para evitar el excesivo arbitrio judicial y/o la injusta igualdad numérica para personas de posibilidades económicas muy distintas (36).

Aunque la Ley, en los números 3.º, 4.º, 6.º y 8.º del artículo 6.º impone como necesaria la multa, sin embargo, ésta, en algunas circunstancias, puede ser sustituida por cualquier otra de las medidas previstas para el mismo estado de peligrosidad, pues el número 2.º del artículo 16 del Reglamento establece que «si la multa no fuese hecha efectiva voluntariamente por el peligroso social, dentro del término de los plazos que, a su solicitud, el Juez le hubiere concedido para su pago fraccionado, se iniciará el juicio de revisión, de conformidad con el número 2.º del artículo 30 de la Ley, por si fuese procedente su sustitución por cualquier otra de las medidas previstas para el mismo estado de peligrosidad».

En el Reglamento de 1935 (art. 52), el impago de la multa originaba una responsabilidad personal subsidiaria en un establecimiento de régimen de trabajo o de custodia, o en una colonia agrícola, según el prudente arbitrio del juzgador. Su duración oscilaba entre quince días y tres meses.

La posibilidad de sustituir la multa por otra medida es un argumento más (aunque no irrefutable) para probar que la LPRS la regula como medida y no como pena (o, al menos, también como medida). A ciertos teóricos les resulta difícil calificar la multa como medida, pues no la consi-

Presidente del Tribunal Supremo, estudió detenidamente el tema respecto a la condena condicional.

La Ley de 8 de junio de 1956 establece que los delitos de imprudencia cometidos con ocasión de la circulación no se consignarán en las certificaciones que el Registro Central de Penados y Rebeldes expida.

(36) TRÖNDLE, *Die Geldstrafe im neuen Strafsystem*, en "Monatsschrift für deutsches Recht", 1972, págs. 461 y sigs.; ZIPF, *Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Recht*, en "ZStW", 64, 1952, págs. 17 y sigs.; STRAHL, *Les jours amendes dans les pays nordiques*, "Rev. sc. crim.", 1951, págs. 59 y sigs.

deran medio asistencial, sino únicamente punitivo. Sin embargo, la multa puede ser también medida en Derecho penal, por las mismas o semejantes razones que lo es en Derecho administrativo. En ambos campos, el legislador pretende con ella llamar la atención al infractor (en un terreno muy sensible como es el económico) para que no repita la conducta prohibida, prescindiendo de que en la acción pretérita haya actuado con o sin culpabilidad.

Teniendo en cuenta este aspecto intimidativo, la multa puede considerarse medida de corrección.

La multa, como medida penal, exige siempre constancia de la peligrosidad. En este punto difiere de la multa administrativa.

Entre las medidas de algunas pocas legislaciones penales extranjeras figura también la multa. Así, por ejemplo, en Alemania, parágrafo 15, 1, número 3, de la Ley de Tribunales de Jóvenes, de 1953.

C) *La incautación en favor del Estado del dinero, efectos o instrumentos que procedan se aplicará a los rufianes y proxenetas, a los mendigos habituales y a los que vivan de la mendicidad...*, a los que promuevan o fomenten el tráfico... pornográfico..., a los toxicómanos, a los que promuevan el ilícito tráfico de drogas..., a los que se comportaren de modo insolente..., a los que, integrándose en bandas..., a los que lleven armas..., y a los que, de modo habitual o lucrativo, faciliten la entrada en el país...

La incautación de los instrumentos peligrosos, lógicamente, es una medida *de seguridad*.

La incautación del dinero y los efectos es, según ciertos autores, una consecuencia civil y procesal del delito (o de la acción prohibida) sin finalidad punitiva ni cautelar (37). En nuestra opinión, debe —o al menos puede—, en algunos casos, considerarse medida de corrección, como y por las mismas razones que la multa.

También, como ésta, si se aplicase a personas jurídicas, sería medida administrativa, ajena al Derecho penal. La formulación de los artículos 16 y 17 del Reglamento indica con bastante claridad que el sujeto pasivo de estas medidas es una persona natural, pues dice que «el Juez atenderá al grado de peligrosidad del sujeto, a la incidencia que en él puedan tener las demás medidas aplicables»..., «siempre que (el dinero, los efectos e instrumentos) pertenezcan al declarado peligroso»...

3.5. Medida admonitiva

La reprensión judicial puede aplicarse a los que se comportaren de modo insolente..., a los que, integrándose en bandas..., a los que lleven armas..., y a los menores de veintiún años moralmente pervertidos.

(37) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2.^a ed., Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1966, págs. 340 y sig. Después, en la página 1106, la considera "pena con el carácter de accesoria". Lo considera pena, CÓRDOBA RODA, en los *Comentarios al Código penal*, t. II, publicados con CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, Barcelona, 1972, pág. 195.

Según el Reglamento —art. 14— la reprensión judicial se llevará a efecto a puerta cerrada, si bien el Juez podrá disponer que asistan al acto determinadas personas directamente relacionadas con el sometido a la medida.

No existía esta medida en la LVM. La legislación de los Tribunales Tutelares de Menores establece una medida similar, la amonestación. Quienes propugnan una separación completa entre penas y medidas, hubieran preferido que la LPRS empleara también esta denominación, para evitar la semejanza o identidad con la reprensión judicial que el Código penal regula como pena.

La fórmula actual (más o menos afortunada) no impide que los jueces apliquen la reprensión judicial con contenido de verdadera *medida de corrección*, amonestando al peligroso para que corrija sus desviaciones.

4. Ejecución de las medidas (LPRS)

La LPRS, fiel al criterio judicialista de la LVM, establece que el Juez, después de declarar la peligrosidad (social) del sujeto sometido a expediente y de determinar las medidas aplicables, ha de dirigir y controlar su ejecución y su duración. La ejecución de las medidas —a tenor del artículo 24— corresponderá a los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley. El Juez, según el artículo siguiente, cuidará del cumplimiento de las medidas impuestas, y del tratamiento eficaz del peligroso, con el fin de que se observe cuanto la Ley y el Reglamento preceptúan sobre el particular.

Las piezas claves en la fase ejecutiva de la medida son, como indica el preámbulo del Reglamento, «el personal y los establecimientos adecuados». Respecto al personal, tanto la LVM como la LPRS superan —en un punto— el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y muestran claramente que el Juez, después de imponer la medida, tiene una misión propia e intransferible como *Juez de ejecución de las medidas*, cuya importancia y competencia no han sido suficientemente estudiadas (38).

4.1. El juez de ejecución de las medidas

Además de juzgar, el Juez controla directamente la ejecución material de las medidas y las actividades del personal encargado de la misma, como aparece en multitud de artículos del Reglamento. Por ejemplo, en el artículo 7.º (trabajo del delegado), artículo 9.º (arresto de fines de semana), artículo 10 (privación del permiso de conducción), artículo 12 (obligación de declarar el domicilio, prohibición de residir en un lugar...), artículo 29 (sustitución de un internamiento...), artículos 32 y 42 (juntas de tratamiento), artículo 44 (equipos de tratamiento...), artículos 51 y 52 (sumi-

(38) BERISTAIN (A.), *El delincuente en el Estado social de Derecho. Coordinadas para una reforma penitenciaria*, Reus, Madrid, 1971, págs. 20 y sigs.

sión a vigilancia), artículos 57 y 58 (delegados y auxiliares) y artículo 62 (caución).

Después de oír a la Junta de Tratamiento y al Ministerio fiscal, el Juez podrá acordar el cese de la medida impuesta que corresponda y la 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. El cese de la medida 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, o cuando se considere que ha cesado el estado peligroso. También acordará el Juez la cancelación definitiva del expediente por cumplimiento de la medida, cuando fuere única, o por extinción de la última en las de aplicación sucesiva (artículo 26 de la Ley).

El Juez de ejecución de medidas debía poseer más facultades (39). Concretamente, por ejemplo, cuando concurren medidas y penas total o parcialmente pendientes de ejecutar, si aquéllas y éstas no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo. En tal supuesto, el Juez debía gozar de total arbitrio. Sin embargo, *de lege lata*, se ejecutará siempre preferentemente la pena (Ley, art. 25, párrafo 2; Reglamento, arts. 96 y 97).

Este sistema de acumulación (*Prinzip der Kumulation*) merece criticarse, pues —como hemos indicado antes— conduce a resultados negativos, rechazados ya en amplios sectores de la teoría y de la legislación extranjeras. El Derecho comparado moderno considera preferible el principio de sustitución (*vikariierendes System*), según las circunstancias de cada caso concreto.

4.2. Duración determinada e indeterminada

Las medidas tienen señalados ciertos límites de duración: límites máximos, casi todas cuya naturaleza lo permite; límites mínimo y máximo, muchas de ellas. Cuando haya transcurrido el tiempo señalado en la sentencia, el Juez decidirá, previos los informes oportunos, el cese o la sustitución de cada medida (arts. 5.º y 26 de la Ley).

Tres medidas (predelictuales) —internamiento en establecimiento de preservación, aislamiento curativo en casas de templanza y sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados— son de duración indeterminada en el momento de dictarse la sentencia. Su ter-

(39) Las normas que regulan la competencia del juez de ejecución de medidas deben evitar excesos que violan el principio de legalidad en la ejecución de las medidas. VENGEON y DARMON, *Aspects caractéristiques de l'exécution des peines et des mesures de sûreté en Italie*, en "Rev. Sc. Crim.", 1969, págs. 99 y sigs., esp. 116 y siguientes.

Una positiva visión panorámica del juez (tribunal) de ejecución de penas (y medidas) ofrece THOMANN (R.), *Das Vollstreckungs— und Vollzugsgericht*, Stuttgart, F. Enke, 1973.

minación depende (fuera de los casos y plazos de prescripción que veremos en seguida) de acaecimientos futuros, concretamente de la curación o del cese del estado de peligrosidad. La LVM establecía sólo una medida —aislamiento curativo en casa de templanza—, que (según el art. 4.º, 3.º) era de duración absolutamente indeterminada, pero que (según el artículo 6.º, núm. 5.º) sólo se aplicaba a los ebrios y toxicómanos habituales, y en ningún caso podría durar más de cuatro años.

Aunque a primera vista la LPRS sólo establece tres medidas de duración indeterminada, sin embargo, en cierto sentido todas las medidas duraderas caen dentro del régimen de sentencia indeterminada, pues los preceptos legales respecto al cese de las medidas no obstan la incoación de un nuevo expediente de peligrosidad (social), si fuese procedente de conformidad con lo establecido en la Ley (art. 100 del Reglamento).

La indeterminación se refiere principalmente a la duración que puede modificarse dentro de ciertos límites —en virtud del auto de revisión—, pero también, secundariamente, a la clase de medida (como veremos a continuación).

4.3. El juicio de revisión

La posibilidad de que la peligrosidad, después de declarada por el Juez, se transforme, modifique, o desaparezca, fundamenta el juicio de revisión de las medidas aplicadas y en ejecución. El Juez, mediante este juicio, puede cancelar, confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas anteriormente acordadas.

La indeterminación temporal de las medidas prolongadas mediante el juicio de revisión encuentra en la LPRS un límite (desconocido en la LVM —artículo 17— y en su Reglamento —arts. 97 y 98—): las medidas acordadas no pueden exceder del tiempo máximo por que se impusieron en la sentencia o en el anterior auto de revisión. En caso de que excedan, la LPRS —art. 32— autoriza al declarado peligroso para interponer auto de apelación contra el auto de revisión.

Únicamente están autorizados para promover el juicio de revisión: el Juez, el Fiscal y el declarado peligroso (art. 29 de la Ley) cuando medie alguna de las causas que enumera el artículo 30 de la Ley.

Según muchos especialistas, este juicio no es un medio de impugnación ordinario ni extraordinario de la sentencia que declaró la peligrosidad y aplicó la medida. Según Fairén, es un proceso nuevo (40). Quizá fuera más exacto calificarlo como proceso seminuevo.

(40) FAIREN GUILLÉN (V.), *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 182 y sigs.; SABATER TOMÁS (A.), *Peligrosidad social y delincuencia*, Nauta, Barcelona, 1972, págs. 381 y sigs.; GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, *Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento*, en "Rev. Der. Procesal iberoamericana", 1972, núm. 4, págs. 817 y siguientes, esp. 843 y sigs.

Algunos comentaristas argumentan aquí con criterios y conceptos del Derecho penal y del Derecho procesal penal tradicional, olvidando que estamos en un campo muy parecido, pero no idéntico, al propio y exclusivo de los delitos y de las penas, y que, por lo tanto, necesitamos remodelar las formulaciones clásicas. Eminentes juristas opinan (según expusimos en la parte teórica) que este juicio de revisión y su consecuente revocabilidad de las medidas impide considerar a éstas como sanciones propias de la jurisdicción penal. Otros muchos, en Alemania y fuera de ella, como subraya recientemente Würtenberger (41), propugnan que el régimen de sentencia indeterminada tiene plena cabida dentro del Derecho penal, con tal de que decida —acerca de la duración— la autoridad judicial, no la administrativa.

El juicio de revisión presupone que el Juez domina las modernas ciencias del hombre. El Juez debe opinar científicamente (y debe mostrar en la sentencia su opinión motivada) sobre la peligrosidad del procesado y debe enunciar con claridad y precisión los motivos por los que ha impuesto tal sanción concreta en vez de otra, no sólo por razones dogmáticas, para evidenciar que ha hecho justicia, sino también por razones criminológicas, para lograr que la sanción consiga sus fines, para evitar la ruptura entre la fase del juicio —*conviction*— y la fase de la ejecución —*sentencing*— (42).

4.4. Prescripción

Las medidas prescribirán:

- a) A los diez años, si se trata de internamiento en establecimiento de custodia de trabajo.
- b) A los cinco años, si se trata de internamiento en asilos curativos de templanza o en establecimientos de preservación y reeducación, o de sumisión a la vigilancia de los delegados.
- c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la de que se trate, o desde aquel en que se hubiera interrumpido irregularmente su ejecución.

Si la medida fuera en su cumplimiento posterior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena.

(41) WÜRTEMBERGER (T.), *Die unbestimmte Verurteilung*, en "Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat", Ferdinand Enke, Stuttgart, 1970, págs. 78 y sigs.

(42) CONSTANT (J.), *La motivación de las resoluciones de las jurisdicciones represivas en Derecho belga*, en "Criminalia", julio-agosto 1972, pág. 224. Cfr. BARBERO SANTOS, *La división en dos fases del proceso penal*, en "Estudios...", págs. 191 y sigs.

Estos plazos de prescripción quedan interrumpidos si el peligroso fuera condenado por razón de delito (art. 35 de la Ley).

La LVM regulaba este punto de modo semejante, pero el plazo máximo era mucho más breve (cinco años). Además, añadía expresamente que la amnistía, el indulto o el perdón de la parte ofendida no afectaba al cumplimiento y extinción, salvo que la Ley (que concedía la amnistía) dispusiese especialmente lo contrario (LVM, art. 19, párrafo 6.º). La LPRS omite este párrafo por superfluo, pues las medidas, a diferencia de las penas, no deben ser objeto de amnistía, indulto o perdón de la parte ofendida. Esta diversidad entre las medidas y las penas responde a la naturaleza de las cosas. Pero nos parece exagerado prolongar tanto la discrepancia, que se niegue (como pretenden algunos) el fundamento para la prescripción de las medidas. En este campo, como en casi todos los demás del Derecho penal, hay que plantearse (como hemos indicado antes) el problema de la aplicación *analógica* a las medidas de las instituciones tradicionalmente estructuradas con exclusividad para las penas. En las medidas, semejantemente a como en las penas, subyacen dos realidades innegables: la historicidad de la medida y la historicidad del hombre, quien, con el transcurso del tiempo, cambia tanto que puede decirse se hace otro. La prescripción de las medidas se apoya en una evolución temporal equiparable (aunque no idéntica) a la evolución que fundamenta la prescripción de las penas. Acertadamente, Antón (43) niega la igualdad de ambas sanciones respecto a la prescripción.

La diversidad entre penas y medidas exige también distinguir los efectos de ambas sanciones respecto a los antecedentes penales.

5. Registro Central de Penados y Peligrosos

El Reglamento de la LPRS de 1971 (arts. 105 y sigs.) modifica la denominación y la estructura externa del Registro de las personas sometidas a medidas.

Según el Reglamento de 1935, de la LVM (arts. 119 y sigs.), se estableció en el Ministerio de Justicia un Registro Central de Vagos y Maleantes independiente del Registro Central de Penados y Rebeldes, aunque tenía con éste la necesaria relación.

Desde la entrada en vigor del Reglamento de 1971, de la LPRS, el Registro se denomina Registro Central de Peligrosos Sociales, y constituye una Sección dentro (antes era independiente) del Registro Central de Pe-

(43) Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. T. I, Parte general*, Madrid, 1949, páginas 595 y sig. CONDE-PUMPIDO, *Aspectos sustantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*, en "Temas penales", Santiago de Compostela, 1973, pág. 242.

La mayoría de los penalistas, al estudiar la prescripción, en general, suelen omitir toda referencia a las medidas.

nados y Rebeldes. Ahora, como antes, se adapta a las normas de organización y funcionamiento del Registro Central de Penados y Rebeldes.

La actualización del Registro central llevada a cabo por el Reglamento de 1971 y por el Decreto de 25 de mayo de 1972, es atinada, pero insuficiente.

A la luz de la moderna doctrina y de la legislación comparada (44), el Registro Central de las personas sometidas a medidas no debe separarse completamente del Registro Central de Penados y Rebeldes. Entre las metas de los antecedentes penales (y de los Registros Centrales), una de las más importantes es ayudar a los jueces en su tarea de determinar e individualizar la sanción penal, para lo cual la mayoría de las veces necesitan conocer el grado de la peligrosidad delictual del condenado (45).

Tampoco deben confundirse o identificarse ambos registros. Esto produciría efectos negativos, por ejemplo, en posibles casos de sustitución de una pena por una medida, como indicaremos después al comentar el artículo 65 del Código penal español, o en casos de personas que (sin culpabilidad penal) han estado sometidas a alguna medida, y que por este hecho podrían tener antecedentes penales, lo cual les imposibilita para desempeñar ciertas profesiones u ocupar ciertos cargos (46).

Las pequeñas modificaciones introducidas por el Decreto 1598/1972, de 25 de mayo («B. O. del E.» de 26 de junio), sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales, mantienen en el fondo las orientaciones tradicionales, prescindiendo confusa y excesivamente de las medidas. El Decreto habla sólo de penas, sin excluir las medidas que el Código penal denomina penas. Si no se corrige esta equiparación, mejor diríamos confusión, ciertas medidas pueden producir efectos propios de las penas, en cuanto a los antecedentes.

La moderna insistencia en la reinserción social de los delincuentes exige, en este campo de la legislación española, una reforma profunda. Puede servir de orientación la Ley alemana de 18 de marzo de 1971 y los correspondientes parágrafos del Código penal (47).

(44) BUENO ARÚS, *Los antecedentes penales*, en "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia", 15 octubre 1972, págs. 4 y sigs.; ECKLEBEN, *Das Strafregisterwesen im Ausland*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", t. X, Bonn, 1959; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (M. D.), *La rehabilitación y la reforma de 1971 del Código penal español*, en "Temas penales", Santiago de Compostela, 1973, págs. 79 y sigs.

(45) Cfr. el Código penal en sus artículos 60, 67, 98, 256, etc.; DEL ROSAL (J.), *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, en Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, vol. 11, Valladolid, 1953, págs. 138 y sigs.

(46) BUENO ARÚS, *Los antecedentes penales*, en "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia", 15 octubre 1972, págs. 4 y sigs.

(47) JESCHECK (H. H.), *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.^a ed., Berlín, 1972, págs. 674 y sigs.

Medidas de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores

1. Rasgos generales de la LTTM

Expuestas hasta aquí las medidas de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, parece lógico estudiar ahora las medidas en la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, pues ella también contiene importantes medidas, y las regula de modo similar, aunque no idéntico. Difieren sobre todo los destinatarios, la autoridad que las impone y el procedimiento, pero también el fundamento, el contenido y el fin de las medidas.

Conviene empezar estudiando los rasgos generales de esta legislación, sin extrañarnos porque en varios puntos aparezca la urgencia de modificarla. Es lógico que necesite radicales renovaciones una ley de hace tantos años (en bastantes aspectos fundamentales mantiene la ideología de 1918), reguladora de una materia que varía incesantemente con las rápidas y profundas transformaciones sociológicas de nuestros tiempos (1).

La actual legislación de Tribunales Tutelares de Menores —texto refundido aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948 (2)— sigue las líneas generales de la legislación anterior: Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, desarrollada por el Decreto-ley de 25 de noviembre de 1918, sobre la

(1) BARBERO SANTOS (M.), *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, en ídem, "Estudios de Criminología y Derecho penal", Sever-Cuesta, Valladolid, 1972, págs. 99 y sigs.; BERISTAIN (A.), *Delincuencia juvenil y sociedad*, en "Revista del Instituto de la Juventud", junio 1968, págs. 31 y sigs.

La Asociación internacional de magistrados de la Juventud, consciente de las transformaciones de la sociedad actual y de su incidencia en la legislación de menores (y jóvenes), ha señalado como tema general de su próximo IX Congreso Internacional, que se celebrará en Oxford del 13 al 20 de julio de 1974, "La justicia de los menores en un mundo en cambio".

(2) El Decreto de 11 de junio de 1948 (Ministerio de Justicia, "B. O. del E." de 19 de julio) publica el texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores: Ley, Reglamento para su ejecución y Estatuto de la Unión Nacional de dichos Tribunales. Cfr. *Compendio de Legislación*, editado por el Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1969.

creación y funcionamiento de los *Tribunales para Niños*, con su Reglamento aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1919; Decreto-ley de 15 de julio de 1925, Real Decreto-ley y Reglamento de 3 de febrero de 1929, convalidado por el Decreto de 30 de junio de 1931; Reglamento Provisional (de 3 de febrero de 1929) para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores; Ley de 15 de septiembre de 1931, Ley de 13 de diciembre de 1940, etc. (3).

En España, el primer Tribunal Tutelar de Menores —entonces llamado Tribunal para Niños— empezó a actuar en Bilbao el 8 de mayo de 1920 (se constituyó el día 11 de febrero de ese año), presidido por don Gabriel María de Ybarra y de la Revilla (4). Actualmente funcionan en todas y cada una de las capitales de provincia, dependientes del Ministerio de Justicia, a través del Consejo Superior de Protección de Menores, cuya sección 4.ª es la Directiva de dichos Tribunales y de su jurisdicción (arts. 29 y 59 del Libro II del texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores), como aparece en el organigrama de la página 135. Además de las 50 capitales de provincia, cuentan con un TTM, según indica el mapa de la página 136; dos ciudades (Ceuta y Melilla) y el campo de Gibraltar.

La LTTM se ocupa principal —pero no únicamente— de los menores de dieciséis años de conducta inadaptada o antisocial. La Ley pretende readaptarlos a la vida comunitaria, para lo cual concede a los TTM amplias facultades para, según su libre arbitrio, imponer algunas de las peculiares medidas que veremos después detenidamente.

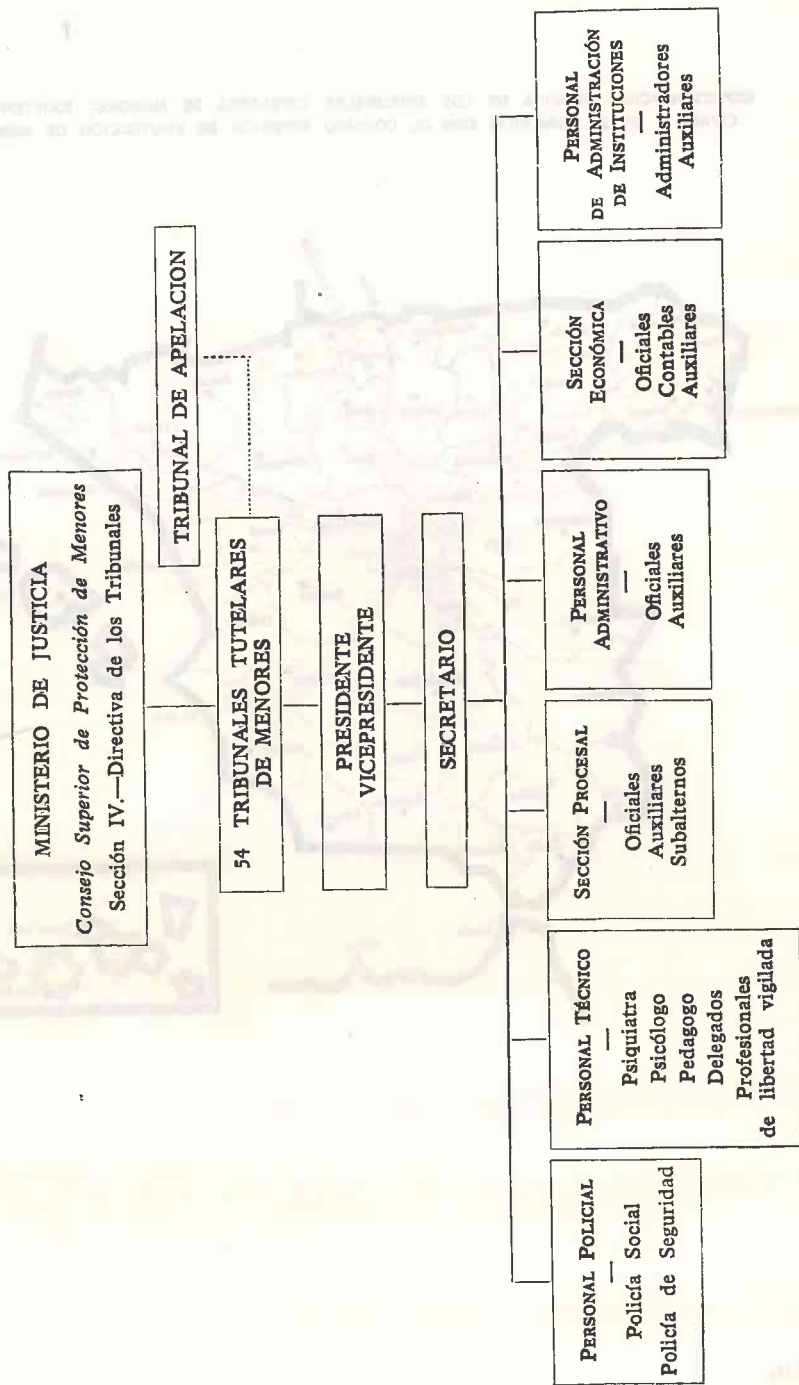
1.1 Destinatarios: menores, jóvenes y mayores

Los menores de dieciséis años están exentos de responsabilidad criminal, y quedan sometidos a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores, según formulan el número 2º del artículo 8.º del Código penal, el artículo 1.º de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, el artículo 9.º de la LTTM y el artículo 2.º del Libro I y el artículo 58 del título III del Libro II (Organización de la Obra de Protección de Menores), del texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores. Excepcionalmente, cuando un menor de dieciséis años, obrando con discernimiento, cometiera delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar (art. 185, 2.º; 189, 2.º; 565), no

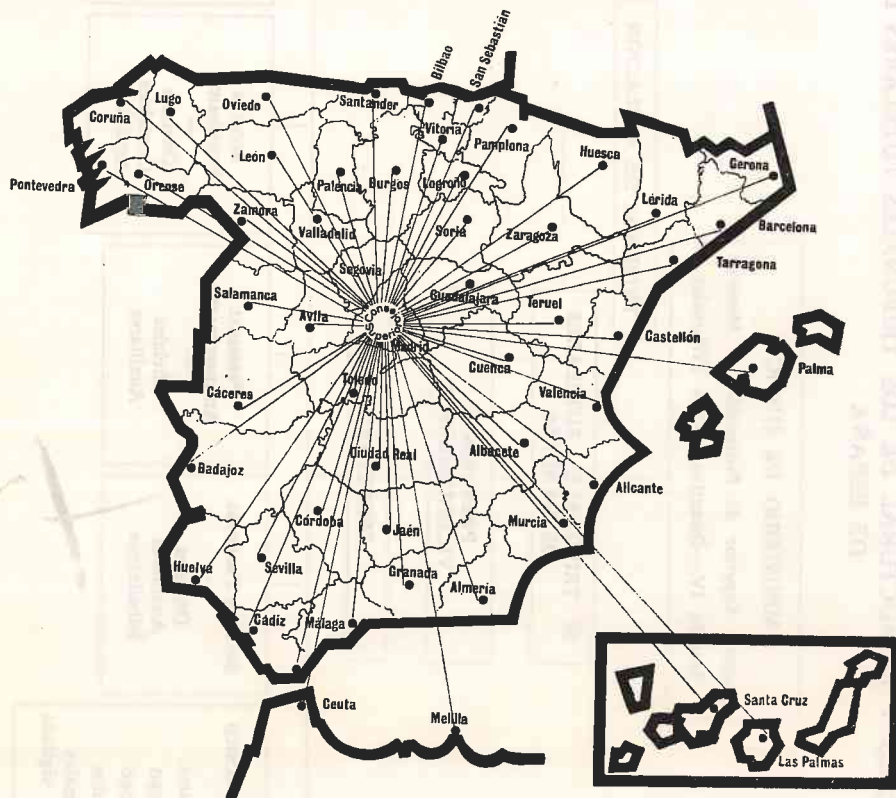
(3) Cfr. PÉREZ VITORIA (O.), *La minoría penal*, Bosch, Barcelona, 1940, páginas 85 y sigs.; CUELLO CALON, *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934, páginas 103 y sigs. BARBERO (M.), *Delincuencia juvenil: Tratamiento*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 159 y sigs.

(4) Cfr. la Memoria del T. T. M. de Bilbao en sus bodas de oro fundacionales, *Los cincuenta años del T. T. M. de Bilbao*, Bilbao, 1970, con amplia información bibliográfica en las páginas 39 y sigs., con datos y gráficos estadísticos en las páginas 43 y sigs.

ORGANIGRAMA JERARQUICO Y ESTRUCTURAL DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES DE ESPAÑA



REPRESENTACION GRAFICA DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES EXISTENTES EN ESPAÑA Y DE SU CONEXION CON EL CONSEJO SUPERIOR DE PROTECCION DE MENORES



está exento de responsabilidad criminal. Si obra sin discernimiento, queda sometido a los TTM (4 bis).

Las personas de ambos sexos comprendidas entre los dieciséis y los veintiún años pueden estar sometidas a la acción tutelar de los TTM en casos estrictamente establecidos por la Ley (5). Así sucede con los jóvenes que, antes de cumplir dieciséis años, se hallaban bajo la acción tutelar permanente de los TTM (art. 18 de LTTM); con los que cometieron la infracción antes de cumplir los dieciséis años (art. 20 de LTTM, art. 78 del Reglamento); con los que cometieron la infracción después de cumplir los dieciséis años y antes de los dieciocho (en este supuesto —LTTM, art. 20—, el Tribunal podrá solicitar del Juzgado Instructor o de la Audiencia competente que ese joven no quede en prisión preventiva, sino confiado a la custodia del mismo Tribunal Tutelar); y quizá en algunos casos de repatriación de menores. El párrafo 5 del artículo 2.º del Libro I del texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, aunque dice «en todo caso la protección podrá hacerse extensiva...», parece referirse únicamente a la competencia de las Juntas, y no a la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores.

La Ley 31/1972, de 22 de julio, al modificar el artículo 321 del Código civil, ha limitado notable y justamente la competencia prolongada que hasta ahora concedía nuestra legislación al Patronato de Protección a la Mujer. Algunos comentaristas no han caído en la cuenta de este efecto indirecto de la nueva formulación del artículo 321. Ahora, la competencia se limita a las jóvenes entre dieciséis y veintiún años. Antes llegaba en bastantes casos hasta los veintitrés años (Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, art. 24, 2) y hasta los veinticinco años (Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre organización y funciones del Patronato de Protección a la Mujer).

Las Memorias del Patronato de Protección a la Mujer del año 1969 y del año 1970 (6) nos informan del número de jóvenes sometidas a diversas medidas. Entresacamos algunos datos. El 31 de diciembre de 1968 había 2.576 internadas. Durante el año 1970 fueron internadas 2.810. Permanecieron en vigilancia tutelar, 2.259 durante el año 1969, y 2.684 du-

(4 bis) RODRÍGUEZ DEVESA, *Problemática jurídica de la delincuencia juvenil de menores*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 193 y sigs.

(5) Párrafo 2 del artículo 2 del Libro I de la Legislación sobre Protección de Menores.

Los límites de edad ofrecen problemas con respecto a la emancipación; confóntese PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO (J. R.), *Emancipación y tutela permanente*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", febrero 1973, págs. 27 y sigs.

La Ley argentina núm. 14.394, de 1954, de régimen legal para menores que incurrir en hechos delictivos, modificada el 20 de mayo de 1957, en su artículo 12 establece que sus normas se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado por matrimonio o por otra causa legal.

(6) *Memoria del Patronato de Protección a la Mujer*, 1969, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, págs. 119 y sigs.; *Memoria del Patronato de Protección a la Mujer*, 1970, Ministerio de Justicia, Madrid, 1971, pág. 172.

rante el año 1970. De estas jóvenes tuteladas (en el año 1970), 959 tenían una edad comprendida entre dieciséis y dieciocho años; 1.307, entre dieciocho y veintiún años, y 418, entre veintiuno y veinticinco años. La naturaleza jurídica de estas medidas («protectoras y con funciones tutelares», según los artículos 3.º, 16 y 19 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, y «de vigilancia tutelar», según la Orden del 23 de abril de 1956), resulta difícil de precisar en técnica dogmática, por su hibridismo penal-administrativo.

El artículo 20 de la LTTM (y con formulación similar, el número 2.º del artículo 8.º del Código penal) establece que «en el caso de que sea puesto a disposición del Tribunal Tutelar un mayor de dieciséis años por infracciones legales cometidas antes de cumplirlos, y el Tribunal entienda que por el tiempo transcurrido o por las circunstancias del menor no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pueda aplicarle, estará facultado para declinar su competencia, confiando el menor a la Autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice». Este último inciso debe reformarse —también el similar del artículo 8.º del Código penal—, ya que la Autoridad gubernativa (7) no puede adoptar medidas de seguridad, pues no hay legislación que se lo autorice. La Ley debía establecer que en estos casos los Tribunales Tutelares de Menores confíen el joven a los Juzgados y Tribunales encargados de aplicar la LPRS, que son los únicos competentes para imponerle las medidas oportunas, si se aprecia en él «una peligrosidad social» (criminal) (8). Si no se aprecia peligrosidad, ninguna autoridad judicial puede juzgarle, pues los hechos cometidos antes de cumplir los dieciséis años son competencia exclusiva e intransferible de los TTM.

(7) La Ley de 22 de diciembre de 1949, publicada en el "B. O. del E." de 24 del mismo mes (derogada por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en su disposición derogatoria segunda), en su artículo 2.º aplicaba "las medidas de seguridad que reglamentariamente procedan" a los que, habiendo entrado clandestinamente en territorio nacional, se presenten a las autoridades o sus agentes inmediatamente de su entrada y justifiquen en forma suficiente, a juicio del Gobernador civil respectivo, los motivos de haber efectuado aquella entrada sin cumplir los requisitos legales exigidos por las disposiciones vigentes. Las "medidas de seguridad" a que hace referencia esta ley violaban dos principios básicos en la técnica dogmática: 1.º, el principio de la legalidad, al no apoyarse en una ley, pues el texto decía: "las medidas de seguridad que reglamentariamente procedan", y 2.º, el principio de jurisdiccionalidad, al no exigir una acción tipificada como delito, ni una intervención de la autoridad judicial.

La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, ha limpiado este borrón que manchaba nuestra legislación. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 803; PALACIO (J. R.), *Jurisdicción de nadie*, en "Surgam", núm. 235, octubre 1968, págs. 347 y sigs.

(8) Si un joven (de dieciséis a dieciocho años) comete algún delito estando sometido a la jurisdicción permanente de un Tribunal Tutelar, éste podrá solicitar que dicho joven no quede en prisión preventiva, sino confiado a la custodia del mismo Tribunal Tutelar.

Los TTM también son competentes para enjuiciar a los mayores de dieciséis años por las faltas tipificadas en el artículo 584 del Código penal, y para aplicarles las penas correspondientes. Además, podrán imponer medidas a los jóvenes y adultos que ejerciten indignamente su derecho a la guarda o educación de los menores (LTTM, arts. 9.º, 16, 17...).

En resumen, quedan sometidos a la tutela de los TTM —facultad de reforma y facultad de protección— los menores de dieciséis años, y en casos especiales, los jóvenes hasta los veintiún años. Los TTM, en su facultad protectora, pueden también imponer medidas a los mayores de dieciséis años por indigno ejercicio de su derecho de guarda o educación. Quedan sometidos a su facultad represiva los mayores de dieciséis años que cometan ciertas infracciones contra los menores.

Después de exponer la competencia de los TTM *ratione personae*, conviene, siguiendo a Guallart (9), indicar su competencia *ratione materiae*.

1.2. Competencia material

El artículo 9.º de la LTTM determina los tres grupos de conductas que fundamentan y delimitan la competencia de los TTM.

En la esfera que podríamos llamar «cuasi-penal» (la Ley la llama *reformatora*), la competencia de los Tribunales Tutelares se extiende a conocer:

A) De las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar.

B) De las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las Leyes provinciales y municipales.

C) De los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformatora.

En la esfera preventiva (la Ley la considera *protectora*), la competencia se extiende a proteger a los menores contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación:

A) En los casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores (cfr. arts. 171 y 238, núm. 4).

B) En los consignados en los números 5.º, 6.º, 8.º, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código penal, y en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903. Según este artículo, «si la entrega que los padres, tutores o guardadores de menores de dieciséis años hagan a otras personas para mendigar

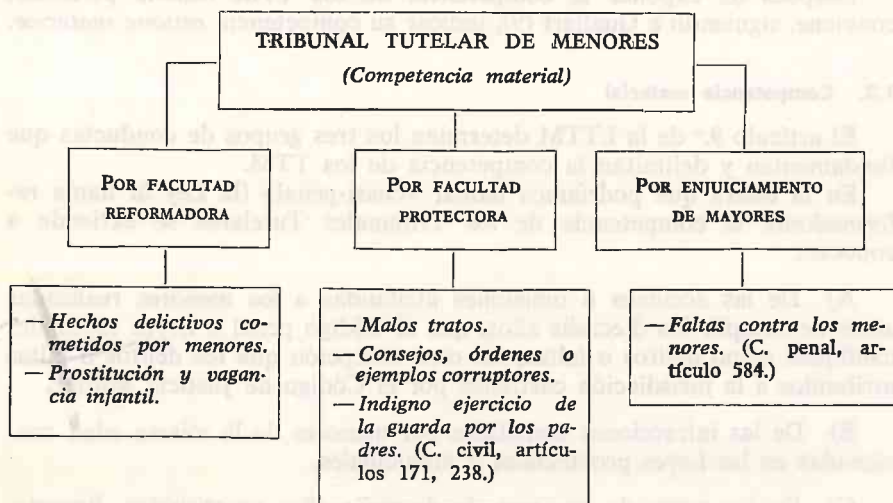
(9) GUALLART Y L. DE GOICOECHEA, *El Derecho penal de los menores*, Zaragoza, 1925, págs. 134 y sig.

fuese mediante precio, recompensa o promesa de pago, se les castigará con la pena de arresto mayor y multa de 125 a 1.250 pesetas. En esta penalidad incurrirán también los que con ellos se hubieren concertado o procurado el pacto».

En la esfera represiva se aplican las penas señaladas en el Código penal y leyes especiales. Este campo no interesa ahora, pues sólo tratamos de las *medidas* peculiares de los TTM.

El diagrama siguiente muestra esquemáticamente las causas por las que pueden y deben actuar los TTM en España.

DIAGRAMA DE COMPETENCIA MATERIAL DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES DE ESPAÑA



1.3. Libre arbitrio judicial

Los TTM pueden imponer y aplicar cualesquiera de las medidas que les autoriza la Ley *según su libre arbitrio*. El artículo 15 de la LTTM dice: «En los procedimientos para corregir y proteger a menores..., el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse»... Y el artículo 16 añade: «Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código penal o en Leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las

condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código penal y en las mencionadas Leyes especiales.»

Dicho con otras palabras, la LTTM acepta y sigue los criterios del Derecho penal de autor, y faculta al juez para imponer cualesquiera de las medidas legales que, según su libre arbitrio, mejor se adecúe a la personalidad del menor.

Los acuerdos del TTM dictados para corregir y proteger a los menores son revisables por el propio Tribunal, según las circunstancias de cada caso, o la evolución y los resultados del tratamiento (arts. 23 de la LTTM y 110, 112 del Reglamento). Los principales acuerdos del Tribunal son recurribles ante el Tribunal de Apelación (art. 22 de la LTTM y arts. 81, 94 y sigs. del Reglamento) (10).

Como presupuesto de la intervención judicial basta, según la Ley, una de las tan diversas conductas indicadas anteriormente, al transcribir los párrafos principales del artículo 9.º En la práctica, las estadísticas oficiales muestran la gran variedad de hechos que motivan la actuación de los TTM. Por ejemplo, durante el período comprendido entre los años 1956-1965, los Tribunales Tutelares de Menores se han ocupado de las siguientes infracciones cometidas por menores cuya edad oscila entre seis y dieciséis años (11).

Hurto	10.165
Conducta irregular	5.492
Robo	2.902
Conducta licenciosa	2.894
Contra la honestidad	1.917
Daños	1.403
Lesiones	985
Otros	631
Fuga del hogar	356
Ordenanzas municipales	260
No consta	107
Contra agentes de la autoridad	83
Conducta prostituida	78
Contra el honor	74
Homicidio	71
Contra la religión católica	58
Contra la salud pública	30
Estafa	16
Tenencia de armas	8

(10) El resumen de la actuación del Tribunal de Apelación (y los nombres de las personas que lo componen) en el año 1971 puede verse en la Memoria del Consejo Superior de Protección de Menores correspondiente al año 1971 (Madrid, 1972), págs. 195-210.

(11) *Estadísticas de delincuencia infantil y juvenil en España*, en "Revista Española de la Opinión Pública", abril-junio 1969, núm. 16, pág. 168.

Durante el año 1971, el TTM de Madrid, en su facultad reformadora, ha actuado con ocasión de los siguientes hechos:

Hurto	569
Lesiones	377
Robo	234
Daños	218
Fuga del hogar	198
Otras conductas irregulares	151
Insumisión paterna	100
Contra la honestidad	37
Administrativas y ordenanzas municipales y provinciales	25
Conducta licenciosa	23
Toxicomanía	8
Manifestación no pacífica	2
Contra agentes de la autoridad	2
Propaganda subversiva	1
Conducta prostituida	1

1.4. Consideraciones críticas

Antes de exponer cada una de las medidas propias de los TTM, conviene formular algunas consideraciones críticas acerca de los rasgos generales de esta Ley.

Entre sus destinatarios principales (los menores de dieciséis años) hay personas cualitativamente tan diversas por la diferencia de edad, que no debían incluirse indistintamente en un mismo cuerpo legal. Un niño de cinco o seis años exige una legislación y un procedimiento muy diversos que un «menor» que ya ha cumplido quince años. En la práctica, como aparece en las estadísticas (12), los TTM ejercen su autoridad sobre (o contra) niños de seis y siete años siguiendo las mismas normas legales que cuando ejercen su autoridad sobre (o contra) «menores» de catorce y quince años. Estas instituciones, al abarcar sujetos tan distintos, adolecen (sobre todo en los casos extremos) de excesiva rigidez, o de excesiva libertad.

Debía corregirse (o derogarse) la disposición adicional del Reglamento de la LPRS, según la cual, aunque los menores de dieciséis años no están

(12) En el año 1971, el T. T. M. de Madrid, en su facultad reformadora, ha "juzgado" a 1.946 menores de las siguientes edades:

Quince años	610
Catorce años	431
Trece años	290
Doce años	210
Once años	152
Diez años	97
Nueve años	61
Ocho años	47
Siete años	26
Seis años	13
Menores de seis años	16

sometidos a la LPRS, sin embargo, cuando hayan de ser objeto de un tratamiento rehabilitador o asistencial, semejante al que se presta en los establecimientos de preservación y casas de templanza (de la LPRS), podrán ser admitidos en ellos para recibir el tratamiento previsto en el mismo, bajo la tutela del Tribunal Tutelar de Menores que así lo acuerde, sometiéndose en lo posible al régimen del establecimiento que deberá salvaguardar la personalidad del menor y la especialidad de la acción tutelar del Tribunal de Menores. Esa admisión de los menores en los centros de resocialización de los adultos peligrosos puede suponer un retroceso de cien años (si no se toman precauciones extraordinarias para separar los menores de los adultos) (13).

La LTTM, tal como está regulada su competencia material y subjetiva (menores de dieciséis años), no puede incluir a los jóvenes. Este es uno de los defectos más lamentables del Derecho penal español: la falta de legislación especial para los jóvenes (14). Actualmente, las personas de ambos sexos comprendidas entre los dieciséis y veintiún años (poco más o menos) necesitan unas normas penales peculiares. Ni el artículo 65 del Código penal, ni la competencia prorrogada de los TTM, solucionan suficientemente este grave problema. Las medidas aplicables a los jóvenes deben variar tanto de las meramente protectoras y de las cuasi penales (para los menores) como de las penales propias para los adultos, pues los jóvenes difieren de los menores tanto o más que de los adultos.

(13) Cfr. Circular número 1/1973, de 6 de febrero, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante manifestaciones graves de delincuencia (publicada en "Información Jurídica", núm. 316, enero-marzo 1973, páginas 119 y sigs.)

El número 5 del artículo 5.º de la Convención Americana sobre Derechos humanos, de 1970, establece que "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". (*Textos básicos sobre Derechos humanos*, editados por G. Peces-Barba, Madrid, 1973, pág. 378.)

Desde otro punto de vista, CARRO PALACIOS, *La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y los Tribunales Tutelares de Menores*, en "Rev. Obra Protección de Menores", abril, 1972, págs. 8 y sigs.

(14) Se entiende por jóvenes las personas de edad comprendida entre los quince y los veintiún años, poco más o menos. BERISTAIN, *Delincuencia de tráfico y delincuencia juvenil*, Reus, Madrid, 1965, págs. 22 y sig.; ROSAL, *Tratado de Derecho español. Parte general*, Madrid, 1972, volumen II, págs. 623 y sigs.; CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", mayo 1944 (separata); GERSAO, *Tratamento criminal de jovens delinquentes*, Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, año 1968, págs. 232 y sigs.; UNITED NATIONS, *The young adult offender*, "A Review of Current Practices and Programmes in Prevention and Treatment", Nueva York, 1965; *Actes du VI Congrès International de Défense Sociale* (Belgrado-Opatija, 22-28, V, 1961). *Le statut légal et le traitement des jeunes adultes délinquants*, Belgrado, 1962. Especialmente ilustrativo, el informe de PINATEL sobre *Les aspects pénologiques du problèmes* (págs. 137 y sigs.) y el informe general de síntesis de M. ANCEL (págs. 133 y sigs.).

En la legislación penitenciaria la laguna es menor.

Respecto al fundamento (o presupuesto) y al contenido de las medidas en la LTTM, salta a la vista su hibridismo. Ni por razones de interdisciplinariedad (hoy tan en boga) puede verse con buenos ojos el doble carácter de esta legislación, judicial por una parte y preventivo-protectora por otra. Quienes violan la ley penal, quienes muestran una peligrosidad posdelictual (aunque sean menores de dieciséis años), deben quedar sometidos a una legislación distinta de la simplemente asistencial aplicable a los meramente abandonados (15).

La confusión conceptual en la LTTM cubre varios artículos importantes, por ejemplo, el 9.º, cuyo número 1.º, al señalar la competencia de la facultad reformadora, entremezcla las acciones calificadas como delito (*de lege ferenda* serían fundamento de medidas posdelictuales), las infracciones a leyes municipales (serían fundamento de medidas predelictuales o sociales), y los estados de prostitución, vagancia y vagabundeo (serían fundamento de medidas sociales, o de reparaciones penales, si se aplican a víctimas de algún delito) (16). El número 2.º regula una competencia estrictamente represiva. Y el número 3.º, al determinar la facultad protectora, entrevera preceptos del Código civil, del Código penal y de la Ley de 23 de julio de 1903.

La varia competencia de los TTM, por desgracia, se extiende más allá de los dominios del Derecho penal, por las amplias esferas administrativas de la beneficencia (17). Sistemáticamente, resulta inadmisibile esta mezcla

(15) MIDONICK (M. L.), *Children, Parents and the Courts: Juvenile Delinquency, Ungovernability and Neglect*, Practising Law Inst., Nueva York, 1972, págs. 64 y siguientes; SPARKS (R.), *The "Depraved" are not just "Deprived"*, en "New Society", núm. 356, 1969, págs. 130-132.

Las razones principales para que parte de la competencia de la facultad reformadora de los T. T. M. pase a la jurisdicción ordinaria pueden resumirse en dos puntos: la mayor gravedad (y frecuencia) de los delitos llevados a cabo por los menores (especialmente de catorce y quince años) y la mayor exigencia (por maduración de la sensibilidad pública) de garantizar más y más los derechos elementales del menor. (En este último aspecto resulta ilustrativa la evolución en la doctrina, jurisprudencia y legislación norteamericana, desde la sentencia de Gaul.) FERSTER (E. Z.), COURTLESS (Th. F.) y SNETHEN (E. N.), *The Juvenile Justice System: In Search of the role of Counsel*, en "Fordham Law Rev.", 1970-71, págs. 375 y siguientes.

La opinión de la Comisaría Presidencial estadounidense aparece clara en *The Challenge of Crime in a free Society*, 2.ª ed., Nueva York, 1970, págs. 212 y sigs. Recordamos una vez más, como lo hicimos en noviembre de 1967 y en otras ocasiones, la necesidad de separar —con las debidas relaciones— la competencia asistencial (Comités de protección social) y la judicial (Tribunales judiciales). BERSTAIN, *Delincuencia juvenil y sociedad*, en "Rev. Ins. Juventud", junio 1968, págs. 66 y sigs.

(16) En el texto se pretende interpretar la legislación de T. T. M. con los conceptos y los términos generales del Derecho penal. Quizá podría intentarse aplicar conceptos y términos específicos del Derecho tutelar de menores (asistencia social, como indicaremos después), diferenciándolos también del Derecho penal juvenil.

(17) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, pág. 80. En el mismo sentido de mera constatación, GUALLART y L. GOICOECHEA, *El Derecho penal de los menores*, Zaragoza, 1925, págs. 134 y sig.; PÉREZ VITORIA, *La minoría penal*.

de las medidas de corrección y seguridad con las reparaciones penales, de las medidas delictuales con las sociales, de las penales con las administrativas (cfr. Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, art. 24), porque (entre otras razones) dificulta grandemente para conocer la naturaleza jurídica y los efectos de la pretensión de resarcimiento en las infracciones cometidas por los menores (18).

La terminología en la LTTM resulta imprecisa, poco técnica y excesivamente variada. Por ejemplo, cuando habla de «condiciones personales de desmoralización y rebeldía».

El régimen procesal que regula la LTTM parece excesivamente libre. Lógica y justamente, los TTM pueden y deben considerar la personalidad y las circunstancias socio-familiares del menor más que los hechos por él realizados, pero la razonada libertad de criterio que la Ley les concede pone en peligro el principio de legalidad. Este principio, básico en todo Derecho penal moderno (mientras no se diga lo contrario), no queda suficientemente salvaguardado si el Juez puede imponer la misma medida a un menor de quince años que mata dolosamente a una persona, y a otro menor que se fuga del hogar durante un tiempo breve (19). La Ley debía regular, algo así como lo hace la LPRS (aunque con más flexibilidad), qué actos, qué conductas o qué estados permiten al Juez la aplicación de tales o cuales medidas concretas. Nunca el TTM debe aplicar (ni poder aplicar) a un menor una medida que resulte más severa que la imponible a un adulto por ese mismo hecho.

En este punto —y en otros fundamentales relacionados con éste—, el caso Gault (año 1967) nos brinda una lección magistral.

Gerald Gault, de quince años, implicado en una conversación telefónica calificada de obscena fue internado por el TTM del Estado de Arizona durante casi seis años en un establecimiento de reeducación. Si un joven de dieciocho años hubiera realizado esa misma acción, el Tribunal de lo Criminal le hubiera impuesto, a lo sumo, una multa de 50 dólares o una pena de prisión de menos de dos meses y un día.

Esta discrepancia ha sido duramente censurada por el Tribunal Supremo y la doctrina de los Estados Unidos. Más que la injusta severidad del «acuerdo» del TTM, el más alto Tribunal de Norteamérica y los comentaristas critican la imposibilidad legal del TTM de ofrecer un proceso justo, *due process of the law*, con derecho en el menor (y sus padres, etc.) a informarse de los cargos que se le imputan, derecho a ser defendido por

Barcelona, 1940, pág. 184, habla —aceptando el criterio— de medidas encaminadas a educar en unos casos y a corregir en otros.

(18) VIVES VILLAMAZARES, *Naturaleza jurídica y efectos de la pretensión de resarcimiento en las infracciones cometidas por el menor*, en "Rev. de la Obra de Protección de Menores", Madrid, junio 1972, págs. 6 y sigs.

(19) En la práctica, los T. T. M. imponen sus medidas por hechos muy diversos, como lo muestra la estadística antes citada, referente a la facultad de reforma del T. T. M. de Madrid, durante el año 1971.

un abogado, derecho a guardar silencio durante el proceso (y la vista), derecho al careo, etc. (20). El artículo 29 del Reglamento de la LTTM no resiste una crítica objetiva. Dice textualmente: «La comparecencia y defensa, en su caso, ante los Tribunales de Menores y Tribunales de Apelación será exclusivamente personal, sin intervención de Procurador, ni abogado, salvo cuando se trate de la representación o defensa de los inculcados mayores de dieciséis años.»

Hoy, aunque resulte difícil, es necesario cambiar radicalmente la idea inicial de los creadores de los TTM (en Chicago como en España). Ellos creían oportuno y suficiente en los TTM el estilo y el criterio paternal. Hablaban principalmente de caridad.

Hoy urge regular la actividad de estos Tribunales con criterios y métodos legales y justos, aunque, como indica W. Ketcham, a los fundadores de los primeros Tribunales para niños este criterio —actualmente insustituible— les hubiera parecido una maldición (21). Las normas del Derecho penal de autor necesitan continua revisión, pues —ni en los TTM— deben contribuir al empeoramiento de la situación del sancionado.

Ya el año 1965 aprecié y aprobé la «transformación juridizante que va desprendiéndose de aquel humanitarismo inicial (de los TTM) en el que, por encima de toda idea de delito, prevalecía un sentido de pura y generosa filantropía, para adoptar hoy una estructuración sobre bases estrictamente científicas empírico-jurídico-penales» (20 bis).

El Tribunal de Apelación debía tener mayor independencia (cfr. art. 5.º de LTTM), mayor competencia (art. 2.º de LTTM) y más agilidad. Sobre todo, debía ser obligatorio que el Tribunal de Apelación oyese a los interesados, contra lo que actualmente regula el artículo 22 de la LTTM, que faculta a dicho Tribunal para resolver y dictar su acuerdo «oyendo o no a los interesados».

Entre los mayores aciertos de la LTTM destaca su concepción de que el procedimiento y la actuación de los tribunales no concluye con el fallo o el acuerdo (o la sentencia), sino que en este momento comienza su acti-

(20) BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, Springfield, Illinois, 1969, págs. 532 y sigs.; MIDONICK (M. L.), *Children, Parents and the Courts: Juvenile Delinquency, Ungovernability and Neglect*, Practising Law Institut, Nueva York, 1972, págs. 14 y sigs., 50 y sigs., 64 y sigs., 80 y sigs., 124 y sigs., 138 y sigs., 160 y sigs.

En general, acerca de la anticonstitucionalidad de los delitos de conducta, *crimes of status*, cfr. la "Georgetown Law Review", 1969-1970, págs. 195 y sigs.

BARBERO (M.), *Delincuencia juvenil: Tratamiento*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 174 y sigs.

(20 bis) BERISTAIN, *Delincuencia juvenil, grave problema internacional*, en "Revista del Instituto de la Juventud", agosto 1965, pág. 117.

(21) KETCHAM (O. M.), *Réflexions à l'occasion du 8e Congrès de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse*, en "Le magistrat, l'enfant, la famille, la communauté" (Memorias del VIII Congreso de la Asociación Internacional de los magistrados de la Juventud, 13-18 julio 1970), Ginebra, s. a., págs. 221 y sigs.

vidad más importante y difícil: la de vigilar y controlar la ejecución de las sanciones (de las medidas) impuestas (22).

El texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores se refiere, en este sentido, a «la acción tutelar permanente de los Tribunales Tutelares de Menores» (Libro I, art. 2.º, párrafo 2), y la LTTM (art. 18) determina que los tribunales, siempre que adopten medidas prolongadas de vigilancia, de guarda y educación, o de reforma, ejercerán su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente hasta que acuerden el cese de vigilancia, alcen la suspensión del derecho de los padres o tutores, o decreten la libertad definitiva.

Esta regulación de los TTM merece y debe servir de puente para que la legislación de adultos regule la función y la competencia del Juez de ejecución de penas y de medidas (penales), o, al menos, elabore un Código —una fuente legal de mayor rango que el simple reglamento— de ejecución de las penas y las medidas (como han hecho recientemente, por ejemplo, Austria, Perú, Polonia y la República Federal Alemana) (23).

Para terminar este capítulo queremos decir algo acerca de la jurisdicción especial de los TTM y la Ley Orgánica del Estado.

1.5. Jurisdicción especial y Ley Orgánica del Estado

La especialidad de jurisdicción de los TTM no está de acuerdo con lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica del Estado, del 10 de enero de 1967. Según el artículo 31, «la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia». Y, a tenor del artículo 32, la unidad de jurisdicción admite solamente dos excepciones: la militar y la eclesiástica (23 bis).

La futura Ley Orgánica de la Justicia habrá de decidir si los Tribunales Tutelares de Menores se integrarán —de una manera más o menos mediata— en los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, o si pasarán a considerarse órganos administrativos sometidos al poder judicial, o si (como nosotros deseamos) parte de su competencia pasa al Derecho penal —o cuasi

(22) Desde otro punto de vista: CARRERAS (A.), *Analogías y diferencias entre los Tribunales tutelares y la administración penitenciaria*, en "Rev. Est. Penitenciarios", enero-marzo 1972, págs. 177 y sigs.

(23) Ley penitenciaria austríaca de 26 de marzo de 1969. Cfr. la edición de Foregger y Kunst, Viena, 1970; Decreto-ley del Perú para ejecución de sentencias condenatorias, de 15 de abril de 1969. Cfr. COOPER (H. H. A.), *Comentarios sobre la nueva legislación penitenciaria en el Perú*, Lima, 1972. Código penal ejecutivo de la República Popular de Polonia, de 19 de abril de 1969; Ley penitenciaria de la República Democrática Alemana, de 12 de enero de 1968 (*Strafvollzugs- und Wiedereingliederungsgesetz*).

(23 bis) RODRÍGUEZ DEVESA, *Problemática jurídica de la delincuencia de menores*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 210 y sigs.

penal— de Menores (distinto del Derecho penal juvenil) y otra parte a la Administración —asistencia— social (Juntas de Protección o similares).

De lege ferenda, a la luz del Derecho comparado y de la realidad bio-sociológica de los menores sometidos a los Tribunales Tutelares de Menores, sería oportuno trazar una línea divisoria entre las medidas referidas a los delitos (24) y todas las demás, reservando para las primeras la calificación de medidas penales. Las demás serían administrativas, civiles, etcétera. Convendría que la Ley describiese las líneas fundamentales de la peligrosidad (criminal) de los menores, y los índices reveladores de la misma.

Hasta que llegue esta reforma, los Tribunales Tutelares de Menores conservan su triple competencia: reformadora, protectora y represiva. En virtud de las dos primeras, decretan y aplican medidas a los menores de dieciséis años, y, en caso de competencia prolongada, a los jóvenes hasta los veintiún años; además, en el ejercicio de la facultad protectora, los TTM aplican normalmente medidas a los mayores de dieciséis años. Dentro de la tercera competencia, imponen penas a los mayores de dieciséis años (25). Prescindiendo del último punto —pues aquí no estudiamos las penas—, exponemos ahora las dos clases de medidas propias de los Tribunales Tutelares de Menores. El esquema de la página 149 muestra el conjunto de estas medidas.

2. Medidas para menores de 16 años (facultad reformadora)

2.1. Datos estadísticos

Las cifras que transcribimos a continuación muestran el volumen (y, por tanto, la importancia) de las medidas impuestas por los TTM en el ejercicio de su facultad reformadora.

El año 1965, el número total de menores tutelados era 28.991. De ellos, 12.693 en facultad reformadora: 8.207 en libertad vigilada, 234 en colocación familiar, 719 internados en casas de observación, 3.377 internados en casas tutelares, 51 internados en centros para anormales, 105 internados en casas de familia.

Durante el año 1969, la facultad reformadora resolvió 16.381 expedientes. Adoptó las siguientes medidas: 9.527 amonestaciones, 1.180 inter-

(24) *The Challenge of crime in a free society*, A report by the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Nueva York, 1970, págs. 216 y sigs.

(25) En la práctica, el número de estas sanciones a mayores de dieciséis años es reducido, como aparece en las estadísticas oficiales.

Durante el año 1969 se resolvieron 92 expedientes; se adoptaron las siguientes sanciones: represión privada, 30; multa, 32; arresto menor, 7; sin medidas, 9; sobreseimiento, 14. En el año 1970, los expedientes fueron 98. De ellos, represión privada, 34; multa, 41; arresto menor, 3; sin medidas, 6; sobreseimiento, 14. Las sanciones adoptadas en los 76 casos resueltos en 1971 se dividen como sigue: represión privada, 10; multa, 19; arresto menor, 2; sin medidas, 6; sobreseimiento, 39.

MEDIDAS EN LA LTTM

			Breve internamiento.	
En facultad de reforma	A menores	Privativas de libertad	Internamiento {	
			— de observación. — de educación.	
		Restrictivas de derechos	— de re- {	— tipo edu- cativo. — tipo co- rectivo.
			— de re- {	— tipo edu- cativo. — tipo co- rectivo.
			Internamiento en establecimientos para anormales.	
		Colocación bajo custodia de	— persona. — familia. — sociedad.	
		Libertad vigilada.		
		Admonitivas ...	Amonestación.	
En facultad de protección	A menores	Restrictivas de derechos	— Colocación {	
			— Junta Protec- ción Menores. — persona. — familia. — sociedad.	
			— Otras medidas.	
	A mayores	Restrictivas de derechos	— Requerimiento.	
— Imposición de vigilancia.				
— Suspensión del derecho a tutela y educación.				
— Separación del menor.				

namientos breves, 1.157 libertad vigilada, 20 colocación en familia, 1.512 internamientos y 1.512 sobreseimientos (1.473 sin medidas). A fin de año había 3.842 menores internados, 237 colocados en familia y 7.605 en libertad vigilada.

Durante el año 1970, los 54 TTM actuantes resolvieron —en su facultad de reforma— 16.500 expedientes. Adoptaron las siguientes medidas: 10.043 amonestaciones, 1.110 internamientos breves, 1.076 libertad vigilada, 22 colocación en familia, 1.492 internamientos y 1.239 sobreseimientos. A fin de año había 3.964 menores internados, 205 colocados en familia y 7.197 en libertad vigilada.

Durante el año 1971, los 54 TTM actuantes resolvieron —en su facultad de reforma— 17.729 expedientes. Adoptaron las siguientes medidas: 10.933 amonestaciones, 1.243 internamientos breves, 1.427 libertad vigilada, 18 colocación en familia, 1.384 internamientos y 1.205 sobreseimientos. A fin de año había 3.941 menores internados, 202 colocados en familia y 7.181 en libertad vigilada. (Después, al exponer cada una de las medidas, recordaremos algunos de estos datos.)

Merecen compararse las conductas antisociales y las actuaciones de los Tribunales de los menores y de los adultos a la luz de las cifras siguientes, a partir del año 1960 (26):

1.º Delincuencia de adultos.

Sumarios incoados por Juzgados de Instrucción

1960	1965	1966	1967	1968	1969	1970
121.903	171.549	212.928	208.163	257.954	273.588	296.670

Población reclusa en 31 de diciembre

1960	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971
15.202	10.622	10.765	10.929	12.176	12.822	13.890	11.598

Delitos cometidos

	1960	1965	1966	1967	1968
Contra personas	1.170	540	562	656	752
Contra honestidad	461	324	403	495	542
Contra propiedad	5.278	3.340	3.702	3.453	3.988

2.º «Delincuencia» de menores.

Expedientes abiertos en facultad reformadora

1960	1965	1966	1967	1968	1969	1970
15.411	16.024	16.073	16.300	16.660	16.292	16.914

Menores internados en establecimientos de reforma

1960	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971
4.063	4.330	4.165	4.196	4.202	4.063	3.964	3.751

Hechos cometidos

	1960	1965	1966	1967	1968
Contra propiedad	1.110	1.006	1.245	1.164	969
Contra honestidad	188	104	149	122	129
Conducta licenciosa y prostituida ...	355	179	237	190	201

(26) FERNÁNDEZ ALBOR, *Introducción al Curso sobre Delincuencia juvenil*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 11 y sigs. LÓPEZ ORUEZABAL (J.), *Desarrollo y delincuencia*, en "Rev. de la Obra de Protección de Menores", mayo 1973, páginas 6 y sigs.

2.2. Naturaleza jurídica

Estas medidas aplicables a los menores de dieciséis años tienen, según el artículo 9.º de la Ley, carácter «educativo y tutelar». Según el artículo 114 del Reglamento, los menores sometidos a «medidas permanentes en el ejercicio de la facultad reformadora» son menores tutelados «corregidos». A la luz de la teoría general antes indicada, la mayoría de estas medidas deben calificarse como sociales (no penales) de protección, pues suponen una peligrosidad meramente social (no delictual) y pretenden principalmente proteger y reeducar al menor. Difiere algo la naturaleza del internamiento en establecimiento de tipo correctivo y algunos casos de reforma de tipo educativo que pueden considerarse medidas penales de corrección, pues pretenden sobre todo corregir al menor peligroso (con peligrosidad posdelictual).

Estas calificaciones resultan, en algunos casos, discutibles y problemáticas porque las fórmulas legales son imprecisas y asistemáticas.

De los amplios números 1.º y 3.º del artículo 9.º de la LTTM, sólo el apartado 1.º, A) («De las acciones u omisiones... que el Código penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas»...), y el apartado 3, B), fundamentan la imposición de medidas penales. Los demás apartados de estos números se refieren a medidas sociales (no penales). Sin embargo, estos presupuestos de peligrosidad meramente social tienen no mucha aplicación en la práctica, pues un porcentaje muy elevado de los menores son sometidos a los TTM por (o después de) haber cometido un hecho típicamente antijurídico. Por esto las medidas que se les imponen pueden considerarse penales (posdelictuales).

La LTTM enumera las medidas por orden de menor a mayor importancia (con alguna excepción), pero aquí conviene sistematizarlas, semejantemente a las medidas de la LPRS, según el bien jurídico principalmente afectado.

2.3. Medidas privativas de libertad

Las privativas de libertad pueden dividirse en tres grandes grupos:

- A) Breve internamiento.
- B) Internamiento en un establecimiento oficial o privado, de observación, de educación, de reforma de tipo educativo, de reforma de tipo correctivo o de semilibertad.
- C) Internamiento en un establecimiento especial para menores anormales.

A) Breve internamiento

El sometido a esta medida ingresa en alguno de los establecimientos de menores durante breve tiempo (uno o varios días), hasta que el Presidente del Tribunal acuerde la salida.

La única regulación legal acerca del breve internamiento se encuentra en el artículo 125, párrafo 3.º, del Reglamento para la ejecución de la LTTM, según el cual, «las medidas de breve internamiento y los internamientos provisionales se cumplirán en la forma y lugar que el Presidente del Tribunal estime conveniente» (27). Esta imprecisión parece excesiva, pero tiene la ventaja de resultar cómoda para los Tribunales (por eso, aplican el breve internamiento con bastante frecuencia: durante el año 1968, en 1.098 casos; durante 1969, en 1.180; durante 1970, en 1.110; durante 1971, en 1.243), y, además, permite actualizar esta medida aplicándola de modo semejante a los modernos arrestos de fines de semana. Estos pueden y deben introducirse ya en las medidas de los TTM (sin necesidad de innovaciones legales), imitando y mejorando la legislación y la práctica de esta institución originaria del Derecho penal de adultos (28).

B) *Internamiento en un establecimiento oficial o privado, de observación, de educación, de reforma de tipo educativo, de reforma de tipo correctivo, o de semilibertad*

Este apartado incluye diversas clases de internamiento, que conviene diferenciar. Por desgracia, los estudios teóricos suelen considerar conjuntamente todos los internamientos de la Facultad reformadora. También las estadísticas ofrecen cifras globales, sin especificación alguna. Así, nos dicen que hubo 1.263 de estos internamientos durante el año 1968, 1.512 durante 1969, 1.492 durante 1970 y 1.348 durante 1971. La mayor parte de internamientos tienen lugar en casas de reforma de tipo educativo.

B) 1. *El internamiento de observación* se lleva a cabo en las Casas de Observación. En estas Casas, según el artículo 126 del Reglamento, se procurará establecer laboratorios psicológicos y, en su caso, psiquiátricos, con el concurso de técnicas competentes, para lograr el conocimiento básico de la personalidad de los menores con miras a su posterior clasificación y tratamiento. Después de estudiar —con más o menos medios— a cada menor, se elabora una ficha que constituye el elemento básico para seleccionar las medidas más apropiadas.

(27) La legislación debía regular estas medidas con menos vaguedad, pues los Tribunales Tutelares de Menores gozan en la apreciación de los hechos de excesiva libertad de criterio. (En sentido contrario, CUELLO CALON, *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934, pág. 194.)

El breve internamiento está sometido a recurso teóricamente. En la práctica, la resolución del Tribunal de Apelación llega después de haberse cumplido, pues los acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores son ejecutivos, según el artículo 22 de la LTTM.

(28) PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, *Arresto juvenil*, en "Rev. de la Obra de Protección de Menores", febrero 1971, págs. 5 y sigs. PASCUAL DE ZULUETA (A.), *Ensayo de nuevas medidas en facultad reformadora*, en "Rev. de la Obra de Protección de Menores", septiembre-octubre 1966, págs. 85 y sigs.

La observación debe realizarse por un equipo de especialistas, para conocer metódicamente las peculiaridades mentales, psíquicas y caracteriológicas del sujeto, así como su cociente de inteligencia, su nivel escolar y profesional, su conducta habitual, su adaptabilidad social, sus tendencias, sus aptitudes y también sus circunstancias familiares. Puede llevarse a cabo en régimen de internado, de semiinternado o abierto. Su duración debe oscilar entre uno a tres meses. Esta duración debería fijarse en el Acuerdo, pues su prolongación excesiva perjudica seriamente al menor.

A comienzos de 1972 había cuarenta y ocho Casas de Observación (una menos que en 1965). Según el Reglamento (art. 126), debe haber una Casa para el servicio de cada Tribunal. Técnica y económicamente convendría más dotar con abundantes medios materiales y personales algunas pocas Casas de Observación científica para los menores más difíciles de varios Tribunales de cada región, y mantener junto a cada Tribunal una sencilla Casa de Observación de internamiento provisional, para conocer al menor en la vida diaria.

B) 2. *El internamiento en establecimiento de educación* que Jiménez Vicente (29) denomina de orientación pedagógica, puede ser de varios tipos, desde los meramente instructivos hasta profesionales. Estos últimos proporcionan una enseñanza profesional sumamente apta para la reinserción social del interno (30). A las horas de trabajo debe añadirse una intensa programación educativa de los tiempos libres.

La Ley habla de estos centros en el artículo 17, apartado A), número 4.º, pero el Reglamento no determina nada especial respecto a ellos.

B) 3. *El internamiento de reforma de tipo educativo* se lleva a cabo en los antiguamente llamados Reformatorios, de máxima importancia entre las medidas privativas de libertad. Sin esta institución, decía Gabriel M. de Ybarra, no pueden funcionar nuestros Tribunales. Su finalidad, añadía (31), es la reforma protectora de niños delincuentes, corrompidos o indisciplinados. Para lograrlo se clasifica a los internos en tres secciones o períodos progresivos. El personal que haya de ejercer funciones directivas en estos centros deberá recibir preparación científica adecuada, a tenor de lo establecido en el artículo 135 del Reglamento.

Los especialistas fomentan diversos métodos educativos, entre los que conviene destacar el terapéutico de grupo.

Actualmente funcionan unos treinta establecimientos (propios de los Tribunales Tutelares de Menores) para internamiento de menores. El

(29) JIMÉNEZ VICENTE, *Los Tribunales Tutelares de Menores*, Zaragoza, 1932, página 150.

(30) GUALLART y L. DE GOICOECHEA (J.), *El trabajo de nuestros menores*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", septiembre-octubre 1966, páginas 47-63. SAINZ CANTERO, *Trabajo de jóvenes y menores y delincuencia*, en "Delincuencia Juvenil", Santiago, 1973, págs. 111 y sigs.

(31) YBARRA Y DE LA REVILLA (G. M.), *El primer Tribunal de Menores en España*, Madrid, 1925, págs. 212-214.

III Plan de Desarrollo Económico y Social prevé la instalación de nuevos centros (32).

B) 4. *El internamiento en centros de reforma de tipo correctivo.* Según el párrafo 3.º del artículo 17 de la LTTM, en los centros de reforma de tipo correctivo únicamente podrá ser internado el menor cuando los medios empleados en las demás instituciones reformadoras auxiliares del Tribunal resulten ineficaces, dadas sus condiciones personales de desmoralización o rebeldía.

De hecho, no hay centros de este tipo. Si en algunos casos fuese necesario, los Reformatorios pueden organizar secciones especiales de tratamiento apropiado para menores inadaptados (art. 129 del Reglamento).

Ya en 1944, Cuello Calón (33) pedía la creación de centros de este tipo (y de nuevas normas). Hoy resultan más necesarios que entonces (y su normativa resulta también más insuficiente).

B) 5. *El internamiento de régimen de semilibertad.* Para el cumplimiento de esta medida existen veinte Casas de Familia (distintas de los modernos Hogares de semilibertad). A ellas se envían los menores que hubieren terminado el tratamiento en los establecimientos de régimen cerrado, y necesiten un puente con el mundo exterior (art. 128 del Reglamento). Como decía Gabriel M.ª de Ybarra, las Casas de Familia de semilibertad o perseverancia tienen por objeto «conservar y asegurar los resultados obtenidos en el Reformatorio por los menores corregidos». Son establecimientos de transición para la preparación inmediata a la libertad total. Su régimen (personal femenino, destino de los salarios, diversiones, horario...) debe procurar la máxima equiparación al mundo exterior.

Generalmente, estas Casas están dirigidas y controladas por una comunidad religiosa. En Madrid funciona una Casa bajo la dirección de un matrimonio. Esta excepción debía multiplicarse.

La duración del régimen de semilibertad oscila sin límites, según las circunstancias.

C) *Internamiento en un establecimiento especial para menores anormales*

Desde hace años, existía en Santurce (Vizcaya) un centro para menores anormales, con capacidad para cincuenta y cinco plazas. Sin embargo, hasta hace muy poco tiempo no había establecimientos especiales para anormales tal y como los regula el artículo 130 del Reglamento. Por ello, los Tribunales han evitado en lo posible adoptar esta medida; o los enviaban —por ejemplo, en Barcelona— a instituciones privadas. En 1968 se reconocieron siete casos. Desde 1972 funciona en Ciudad Real un esta-

(32) CONSEJO SUPERIOR DE PROTECCIÓN DE MENORES, *Memoria 1971*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1972, págs. 114 y sig.

(33) CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, en "Rev. Gen. de Leg. y Jur.", mayo 1944, separata, págs. 19 y sig.

blecimiento —La Atalaya— para los menores más anormales. Recientemente se ha construido e inaugurado en La Muera, Orduña (Vizcaya), un Centro para menores psicópatas y difíciles.

Ya funcionan Centros similares para chicos en Tejares (Salamanca) y para chicas en Canillejas (Madrid).

El programa de Inversiones para el III Plan de Desarrollo Económico y Social (1972-1975) proyecta crear cuatro Centros de Educación especializada para menores difíciles y psicópatas y dos de Educación especial para menores subnormales (34).

2.4. Medidas restrictivas de derechos

Las medidas restrictivas de derechos son dos:

- A) Colocación bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar; y
- B) Libertad vigilada.

A) *La colocación bajo la custodia de otra persona, familia o sociedad* separa al menor, evidentemente, de la potestad de sus padres, tutores o guardadores de hecho. Esta medida pretende brindar al menor la asistencia que necesita mediante personas que ofrecen garantías de sustituir a sus padres o tutores indignos de serlo o que carecen de las cualidades indispensables.

Pertenece a la exclusiva competencia del respectivo Tribunal la elección de las personas, familias, sociedades tutelares o Establecimientos a quienes los menores sean confiados (art. 123 del Reglamento).

La colocación en familia aventaja a otras medidas porque proporciona al menor un ambiente similar al natural. Sin embargo, los Tribunales españoles hacen muy escaso uso de ella. Sólo trece acuerdos en 1968, veinte en 1969, veintidós en 1970 y veintiocho en 1971. Los Tribunales extranjeros suelen aplicarla con más frecuencia.

La Ley, al hablar de *Sociedad tutelar*, abre la puerta a toda clase de entidades corporativas públicas o privadas. Especialmente pueden cumplir este cometido algunas instituciones religiosas, cuidando de compensar ciertos excesos «espiritualistas» con una sólida formación científica y una sana secularización.

B) *Libertad vigilada*. La libertad vigilada se aplica menos de lo debido, probablemente por falta de un número suficiente de delegados. Se acordó para 1.004 casos en 1968, para 1.157 en 1969, para 1.076 en 1970 y para 1.427 en 1971. A finales de 1968 estaban en libertad vigilada 7.449 menores, 7.197 a finales de 1970 y 7.187 a finales de 1971.

(34) CONSEJO SUPERIOR DE PROTECCIÓN DE MENORES, *Memoria 1970*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1971, pág. 43.

La regulación de esta medida ofrece, lógicamente, muchos puntos de similitud con la sumisión a la vigilancia de la autoridad en la LPRS. Los TTM gozan de más amplitud de movimientos que los Jueces de PRS, pues pueden acordar, además, «las medidas o restricciones complementarias que estimen favorables» a la corrección del menor (LTTM, art. 19).

Como indica Vives (35), la libertad vigilada consiste en dejar al menor, autor de un hecho que haya determinado la intervención del Tribunal, en libertad y en poder de sus padres o guardadores, pero sujeto a la vigilancia de un delegado, para observar detenidamente su conducta y adoptar, en vista de ella, las determinaciones procedentes para su corrección. El delegado es el elemento más importante en la libertad vigilada; su misión puede superar a la del propio Tribunal, teniendo en cuenta el contacto más íntimo que se establece entre el menor y el delegado. Este se informa de la conducta de aquél, le aconseja, ayuda a buscarle colocación, orienta a sus padres, da cuenta periódicamente al Tribunal de su comportamiento e, incluso, propone la adopción de nuevas medidas o la concesión de la libertad definitiva (36).

Los delegados pueden ser voluntarios o técnicos. Hasta 1971 había sólo 23 plazas de técnicos; ese año se añadieron 34 plazas más.

La misión del delegado aparece descrita en el Reglamento (arts. 11, 118 y sigs.) con mentalidad que hoy resulta anticuada (fiscalizar la conducta de los menores...). La comparación con los similares artículos de la legislación sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (Reglamento, artículos 54 y sigs.) muestra el progreso en este punto del legislador español. Conviene fomentar la aplicación de esta medida —espina dorsal del TTM—, para evitar otras que alejan al menor de su ambiente natural.

La libertad vigilada, como las otras medidas prolongadas, puede durar hasta los veintiún años (LTTM, art. 18).

Para actualizar el método y la acción de la libertad vigilada se han creado dos Servicios de Orientación Psicopedagógica; el primero, en Madrid, inaugurado el 18 de marzo de 1970, y el segundo, en Bilbao, inaugurado el 10 de julio de 1971 (37).

2.5. Medida admonitiva

Por fin, capítulo aparte merece la *amonestación*.

La amonestación, similar a la medida de reprensión judicial y a la pena de reprensión privada, es la medida más frecuentemente aplicada. Así,

(35) VIVES VILLAMAZARES (F.), *Manual del Delegado del Tribunal Tutelar de Menores*, Burjasot, Valencia, 1934, pág. 51.

(36) YBARRA Y DE LA REVILLA (G. M.), *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*, reedición del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1969, pág. 158.

(37) CONSEJO SUPERIOR DE PROTECCIÓN DE MENORES, *Memoria 1971*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1972, págs. 220 y sigs. y 223 y sig.

durante el año 1968 se aplicó en 9.995 de los 16.127 expedientes resueltos por acuerdo inicial en la Facultad reformadora (38). Durante 1969, los TTM amonestaron a 9.527 menores; durante 1970, a 10.043, y durante 1971, a 10.933. En otras naciones se autoriza a los jueces a imponer, cumulativa o disyuntivamente, determinadas obligaciones (aportación económica a centros asistenciales, colaboración en trabajos de ayuda a necesitados, asistencia a cursos sobre conducción de vehículos, reparación del daño, súplica del perdón, etc.) que aumentan su eficacia (39).

3. Medidas en el ejercicio de la facultad protectora

3.1. Datos estadísticos

Como hicimos al empezar la exposición de las medidas de la facultad reformadora, transcribimos ahora algunas cifras globales respecto al volumen (e importancia) de las medidas impuestas y aplicadas por los TTM en el ejercicio de su facultad protectora, durante los últimos años.

Durante el año 1969 se incoaron 2.914 expedientes y se reabrieron 222. Se adoptaron las siguientes medidas: 152 requerimientos, 640 vigilancias protectoras, 254 colocaciones en familia, 1.228 internamientos y 271 sobreseimientos. Se resolvieron sin medidas 409 expedientes. A fin de este año: 6.300 menores estaban internados; 2.683, colocados en familias, y 7.185, protegidos en vigilancia (en total, 16.168 menores).

Durante el año 1970 se incoaron 2.996 expedientes y se reabrieron 281. Se adoptaron las siguientes medidas: 70 requerimientos, 696 vigilancias protectoras, 328 colocaciones en familia, 1.021 internamientos y 317 sobreseimientos. Se resolvieron sin medidas 461 expedientes. A fin de este año: 6.221 menores estaban internados; 2.706, colocados en familias, y 7.239, protegidos en vigilancia (en total, 16.166 menores).

Durante el año 1971 se incoaron 3.304 expedientes y se reabrieron 270. Se adoptaron las siguientes medidas: 82 requerimientos, 922 vigilancias protectoras, 352 colocaciones en familia, 1.221 internamientos y 382 sobreseimientos. Se resolvieron sin medidas 554 expedientes. A fin de este año: 6.622 menores estaban internados; 2.909, colocados en familias, y 6.892, protegidos en vigilancia (en total, 16.423 menores). Las páginas siguientes, al estudiar las diversas medidas, repiten parte de estas cifras.

(38) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadísticas judiciales de España. Año 1968*, Madrid, 1971, págs. 203 y 208.

(39) SCHAFFSTEIN (F.), *Jugendstrafrecht*, 3.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1966. páginas 77, 133, considera esta imposición de deberes y obligaciones como amonestaciones graves.

En Norteamérica va adquiriendo gran importancia la medida que (en cierto sentido) podríamos llamar de amonestación continuada, el *Counseling*.

3.2. Naturaleza jurídica

Para proteger y prevenir (40) a los menores en peligro, los TTM, en el ejercicio de su facultad protectora (art. 9.º, 3.º, de la LTTM), pueden adoptar en sus acuerdos una medida aplicable a los menores de dieciséis años, y cuatro medidas aplicables principalmente a los mayores de dieciséis años.

No resulta fácil determinar la naturaleza jurídica de estas medidas, por ser tan peculiares de los TTM. Algunas suspensiones del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor (las fundadas en los números 6.º, 8.º, 10, 11 y 12 del art. 584 del Código penal, y en el artículo 3.º de la Ley de 23 de junio de 1903) pueden considerarse como medidas —penales— de seguridad, pero con más frecuencia serán simple condición previa para (o consecuencia de) aplicar al menor ciertas medidas de corrección o de seguridad: colocación en otra familia, etc. (LTTM, artículo 19). El requerimiento y la imposición de vigilancia pueden ser medidas sociales o penales de corrección.

Tienen amplia aplicación estas medidas, pues los TTM, en su facultad protectora, actúan intensamente, como lo prueba el número de expedientes resueltos cada año (2.954 en 1969, 2.893 en 1970 y 3.513 en 1971), y el número de menores que están bajo su control internados, o colocados en familias, o vigilados (16.168 al final del año 1969, 16.166 al final de 1970 y 16.423 al final de 1971). El año 1965 había 16.298 menores tutelados en facultad protectora. De ellos: 6.711 en vigilancia protectora, 3.332 en colocación familiar, 6.127 internados en colegios y 128 internados en casas de familia.

3.3. Medida aplicable a los menores

La medida aplicable a los menores consiste en confiarlos a la Junta de Protección de Menores, o a una persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento (art. 17, B), de la Ley). En el mismo sentido, el artículo 82 del Reglamento reconoce que el TTM «podrá... adoptar... las medidas que estime necesarias de internamiento o colocación en familia».

Esta medida permite a los TTM adoptar acuerdos muy diversos, privativos de libertad o restrictivos de ésta y de otros derechos. Así, durante el año 1968 los Tribunales Tutelares de Menores, en ejercicio de su Facultad protectora, acordaron 1.243 internamientos, 336 colocaciones en familia (y 86 a la Junta de Protección de Menores). Durante el año 1969 acordaron 1.228 internamientos y 254 colocaciones en familia, durante

(40) El artículo 9 de la Ley de los T. T. M., en su párrafo último, afirma que "en el ejercicio de la facultad protectora, las resoluciones del Tribunal serán esencialmente *preventivas*". El legislador no determina el fin de esta prevención. Normalmente, pretenderá evitar que los adultos maleduquen al menor. Pero, a veces, pretenderá también evitar que el menor cometa acciones delictivas. (Cfr. art. 114 del Reglamento.)

el año 1970 acordaron 1.021 internamientos y 328 colocaciones en familia; el año siguiente, 1.221 internamientos y 352 colocaciones en familia.

Cuando el Tribunal Tutelar de Menores acuerda confiar el menor a una persona, familia, entidad o establecimiento (excepto si se trata de la Junta de Protección de Menores), nombra un delegado (Ley, art. 17, B).

Aparece clara la semejanza con la medida antes comentada de la facultad reformadora (colocación bajo custodia de otra persona, familia o sociedad tutelar). Los artículos 25 y 26 de la LTTM regulan algunas leves diferencias.

La competencia de los TTM encuentra desde 1963 una interpretación restrictiva, en la Sala especial de Competencias del Tribunal Supremo, cuando se trata de medidas previas y provisionales sobre protección y guarda de los menores, durante la sustanciación del proceso de separación o de nulidad del matrimonio de sus padres. Las sentencias en este sentido son numerosas (sentencias de 27 de abril de 1963, 9 de abril, 3 de julio, 11 de diciembre, 12 de diciembre, 18 de diciembre y 19 de diciembre de 1964, 24 de diciembre de 1965...). El Tribunal Supremo se apoya principalmente en el artículo 68 del Código civil y en los artículos 1.892 y 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En sentido contrario a la doctrina jurisprudencial se han expresado Ignacio Serrano y E. Madruga, en su Ponencia a la XIX Asamblea de la Unión Nacional de TTM (Bilbao, 1963), sobre «Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores, Unión Nacional de Tribunales de Menores y Jurisdicción ordinaria, respecto a medidas previas y provisionales, en caso de separación y nulidad de matrimonio» (41).

3.4. Medidas aplicables principalmente a los mayores

Las medidas aplicables principalmente a los mayores de dieciséis años (padres, tutores, guardadores) para proteger a los menores (hijos, tutelados o guardados) son:

- A) Requerimiento.
- B) Imposición de vigilancia.
- C) Suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor.
- D) Separación del menor de su guardador de hecho.

(41) SERRANO (I.) y MADRUGA (E.), *Competencia de los Tribunales de Menores y Jurisdicción ordinaria respecto a medidas previas y provisionales en casos de separación y nulidad de matrimonio*, en Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, Ponencias (XIX asamblea), Centro de Redacción y Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, Bilbao, 1963, págs. 23 y sigs. Anteriormente había estudiado el tema LOJENDIO (J. M.), *Modificaciones del Código civil y de la L. E. civil, según leyes de 24 de abril de 1958, y su alcance con la relación a la jurisdicción tutelar de menores*, San Sebastián, 1958.

A) *Requerimiento*

Esta medida equivale a la amonestación de la facultad reformadora. Suele ser el acuerdo primario que los TTM adoptan para intimidar a los sometidos a su protección. Es una medida —social o penal— de corrección.

Durante el año 1968, el requerimiento (dirigido principalmente a los padres, tutores o guardadores del menor en peligro) se aplicó en 237 casos; durante 1969, en 152; durante 1970, en 70, y durante 1971, en 82.

B) *Imposición de vigilancia*

Viene a ser ésta, como indicó Gabriel M.^a Ybarra (42), el equivalente de la libertad vigilada en la Facultad de reforma, con la diferencia de que en la libertad vigilada se inspecciona principalmente al menor y en la imposición de vigilancia se inspecciona principalmente a la familia. Lógicamente, puede llamarse también «vigilancia de mayores». Precede con frecuencia a la suspensión del derecho a la guarda y educación, como la libertad vigilada precede frecuentemente al internamiento del menor. El Tribunal designa a un Delegado que vigile e instruya al representante legal del menor, para prevenir al menor de los peligros que le amenazan, y para aplazar, en lo posible, la suspensión del derecho paterno y la separación del menor de su familia.

En cuanto a su naturaleza jurídica, coincide con la anterior: es una medida —social o penal— de corrección.

Los delegados vigilarán, a tenor de los artículos 115 y 121 del Reglamento, las familias sometidas a su cuidado. En 1968 se decretó esta medida a 772 familias; en 1969, a 640; en 1970, a 696, y en 1971, a 922.

La imposición de vigilancia previa a la suspensión del derecho a la guarda y educación difiere de la imposición de vigilancia posterior a esa suspensión.

C) *Suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor*

Es la medida más grave e importante de la facultad protectora. Se refiere únicamente a la guarda y educación del menor, pero no a los bienes ni a su administración. Puede considerarse como una tutela *sui generis*.

El Tribunal Tutelar de Menores asume el derecho de patria potestad o de tutela (LTTM, art. 18) y confía los menores a quienes (personas o entidades) los protejan y eduquen convenientemente.

Para fundamentar sus acuerdos de suspensión, los Tribunales Tutelares de Menores deben apoyarse en alguno de los tres cuerpos legales

(42) YBARRA Y DE LA REVILLA (G. M.), *El progreso de nuestra legislación sobre Tribunales Tutelares*, en Publicaciones del Consejo Superior de Protección a la Infancia, Madrid, 1931, pág. 85.

siguientes: Código civil (causas 5.^a y 6.^a del artículo 105, arts. 154 y sigs., artículos 171 y 238, núm. 4.^o), Código penal (núms. 6.^o, 8.^o, 10, 11 y 12 del artículo 584) y artículo 3.^o de la Ley de 23 de julio de 1903, sobre persecución y castigo de la mendicidad de menores de dieciséis años (43).

Esta medida se aplica con frecuencia. Durante el año 1968, en 1.291 casos.

D) Separación del menor de su guardador de hecho

Esta medida no aparece regulada en el artículo 17 de la Ley, pero sí en el artículo 82 del Reglamento. Los TTM no la aplican mucho: 274 casos durante el año 1968 (44).

4. Panorámica de las medidas (y de las instituciones) de la LTTM.

El diagrama funcional y de medidas de la pág. 162 muestra el conjunto relativamente sistemático de medidas que imponen los TTM. Todas las medidas que la LTTM aplica a los menores tienen un rasgo peculiar: nunca van acompañadas de penas. Nadie puede calificarlas como complementarias de las penas, contra la opinión de quienes consideraban o consideraban ser esencial que cada medida sirva de complemento a una pena.

Para la aplicación de esas medidas, el año 1965 existían 103 instituciones propias de los TTM (33 Casas tutelares, 49 Casas de observación, un Centro de anormales, 16 Casas de familia y cuatro colonias agrícolas) y 553 instituciones privadas colaboradoras (405 colegios de formación, 33 instituciones especializadas, 23 Casas tutelares, con talleres de formación profesional, y 92 talleres en instituciones varias). Los talleres comprendían: seis imprentas, siete zapaterías, 21 carpinterías, una tornería, una cerrajería, nueve bordado, corte y confección; dos sastrerías, ocho alpargaterías, 11 mecánicas, tres radio-electricidad, una peluquería, una panadería, tres encuadernaciones, dos jugueterías, un planchado, una jardinería, una marroquinería, una pintura, un ajuste, una ebanistería, seis granjas-escuelas, un niquelado, una cementación, una música solfeo, una artes combinadas.

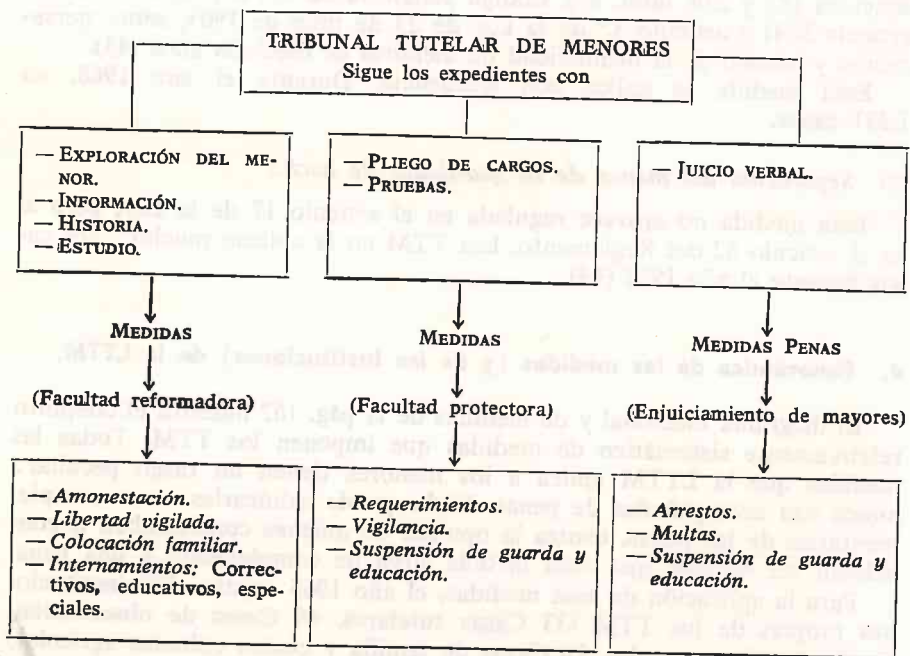
El mapa de la página 163 representa gráficamente la ubicación de las instituciones propias de los TTM (45). En este año 1973 existen algunas

(43) La Ley T. T. M., en la redacción anterior, de 13 de diciembre de 1940 ("B. O. del E." 23 diciembre 1940), se refería al artículo 4.^o de la Ley de 1903. Cfr. GARCÍA Y GARCÍA (T.), *Comentarios a la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*, Aguado, Madrid, 1943, pág. 119.

(44) Además de las medidas indicadas, los T. T. M. pueden imponer multas, pero no como medidas de seguridad y corrección, sino como sanciones disciplinarias o administrativas (Reglamento, arts. 24, 25, 39, 52 y 72).

(45) Agradecemos al Consejo Superior de Protección de Menores y a su Presidente, don Javier de Ybarra y Bergé, la ayuda que nos han prestado para la ob-

DIAGRAMA FUNCIONAL Y DE MEDIDAS



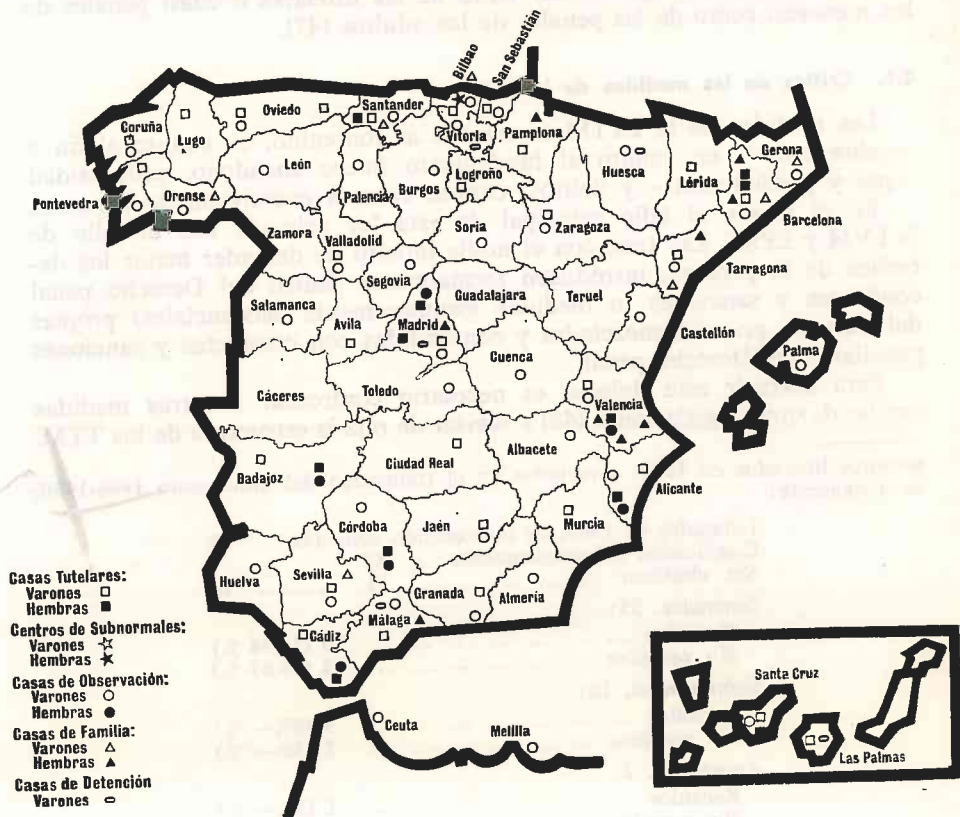
instituciones nuevas y otras en construcción, como hemos indicado al comentar cada una de las medidas. Detalles más concretos encontrará el lector en las Memorias del Consejo Superior de Protección de Menores de los tres últimos años. El número total es muy poco mayor que en el año 1965.

Las medidas de corrección de seguridad y de protección (éstas, siempre sociales; no penales) aplicadas por los Tribunales Tutelares de Menores han producido en las circunstancias actuales (desde la creación de los TTM hasta nuestros días) frutos en general positivos (46). Pero las modificaciones sociológicas, psicológicas y legales de los últimos años obligan a una revisión radical de esta jurisdicción especial de menores.

tención y puesta al día de los datos referentes a la Obra de Protección de Menores.

(46) JAVIER DE YBARRA analiza periódicamente los resultados de las medidas impuestas y aplicadas por los T. T. M. Entre sus estudios estadísticos sobre la conducta posterior de los sometidos a las medidas de los T. T. M., ofrece datos de especial interés la estadística publicada en la Memoria del Consejo Superior de Protección de Menores (Madrid, 1972), págs. 184 y sigs., acerca de los tipos psicológicos y resultados de los menores de la tutela reformadora permanente de los cuatro Tribunales vasco-navarros. El resumen respecto a los resultados definitivos de los

**REPRESENTACION GRAFICA Y CONVENCIONAL DE LAS INSTITUCIONES PROPIAS DE LOS
TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES EXISTENTES EN ESPAÑA**



Los grandes cambios en la cantidad y en la calidad (sobre todo en la calidad) de los hechos antisociales de los niños y de los jóvenes, exigen, entre otras, tres profundas reformas: 1.^a, la separación clara entre las medidas de la facultad protectora y las de la facultad reformadora respecto a los menores; 2.^a, la reducción al minimum posible de las medidas privativas de libertad, y 3.^a, la estructuración sistemática de medidas penales juveniles, distinguiéndolas tanto de las tutelares o cuasi penales de los menores, como de las penales de los adultos (47).

4.1. Crítica de las medidas de la LTTM

Las medidas de la LTTM en cuanto al contenido, en cuanto al fin y —sobre todo— en cuanto al fundamento (mero abandono, peligrosidad —pre y posdelictual— y delitos) cubren campos excesivamente diversos.

En el fondo, el fallo principal de esta ley coincide con el fallo de la LVM y LPRS. Las tres, con el noble intento de defender mejor los derechos de la persona, introducen formalmente dentro del Derecho penal conductas y sanciones (o medidas exclusivamente asistenciales) propias del Derecho privado, mezcladas y confundidas con conductas y sanciones peculiares del Derecho penal.

Para corregir este defecto es necesario confrontar nuestras medidas con las de otras legislaciones (48) y revisar de raíz la estructura de los TTM.

menores liberados en 1965, apreciados en el transcurso del quinquenio 1966-1970, es el siguiente:

Liberados en 1965, de información conocida ...	98
Clasificados psicológicamente ...	67
Sin clasificar	31
.....	98
<i>Normales</i> , 55:	
Recaídos	20 (36,36 %)
No recaídos	35 (63,63 %)
<i>Subnormales</i> , 10:	
Recaídos	5 (50,— %)
No recaídos	5 (50,— %)
<i>Anormales</i> , 2:	
Recaídos	1 (50,— %)
No recaídos	1 (50,— %)

(47) *El estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, Madrid, 1972, en su base 3.^a, número 4, rebaja el límite para la minoría de edad a los quince años (pág. 22 de la Exposición y pág. 10 del Esquema). Aunque la Exposición habla de "límite para la mayoría de edad penal", creemos que en el fondo pretende hacer sitio para el Derecho penal juvenil, diferenciándolo del Derecho tutelar de menores y del Derecho penal de adultos. Otra pretensión sería anacrónica. Cfr. SERRANO GÓMEZ (A.), *Delincuencia juvenil en España*, Madrid, 1970, páginas 328 y sigs.

(48) PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO (J. R.), *Las medidas de tratamiento*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", agosto 1971, págs. 5-32. Estas páginas resultan sumamente útiles para cualquier trabajo posterior sobre el tema.

No podemos hacerlo aquí. Nos limitamos a formular algunas propuestas o sugerencias que pueden servir de base para estudios más detenidos y fundamentales.

Conviene delimitar las competencias y las medidas administrativas referentes a los menores, con rasgos esencialmente preventivos (en este campo no debe ser supletoria la legislación penal común) (49). Conviene distinguirlas y separarlas de las competencias y las medidas penales (o cuasi-penales, en las que será supletoria la legislación penal común).

Las medidas penales que se apliquen a los menores deben diferir de las aplicables a los adultos, pero los presupuestos indispensables para imponer esas medidas deben ser objetivamente idénticos: las acciones típicamente antijurídicas (50).

Las legislaciones penales de los menores y de los adultos (y jóvenes) sólo admiten diferencias en lo subjetivo, en la culpabilidad, en la sanción y en la regulación procesal. Esta respetará las garantías de los derechos del menor más aún que la Ley de Enjuiciamiento criminal respeta las de los adultos, sin dejarse engañar por el señuelo de que pretende el bien —no el castigo— del menor. Tampoco este fin justifica los medios (51).

(49) MENDIZABAL (L.), *Juntas de Protección de Menores. Necesidad social que se fundamenta en la Justicia*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", marzo 1971, págs. 5-20; LÓPEZ ORUEZABAL (J.), *Evaluación de las medidas de prevención aplicables a los Tribunales de Menores*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", septiembre-octubre 1966, págs. 71 y sigs.; RICARDO PALACIO (J.), *Legislación supletoria*, en "Revista de la Obra de Protección de Menores", noviembre 1971, págs. 13 y sigs.

(50) El año 1965, en mi trabajo *Delincuencia juvenil, grave problema internacional*, en "Revista del Instituto de la Juventud", agosto 1965, págs. 106 y sigs., expuse el tema de la competencia material con menos claridad de lo conveniente. El artículo salió a la calle con excesiva prisa, sin que se pudiesen corregir las pruebas de imprenta. Así se explica que en la página 111 faltan las cifras —esenciales— de las edades. Hoy, como entonces —págs. 107 y sig.— (y ahora con más convencimiento) "aceptamos la decisión del Segundo Seminario de los Estados Arabes sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Según esta decisión: "Por delincuencia de menores debe entenderse la comisión de un acto que, cometido por un adulto, sería considerado delito". Y alabamos la recomendación en sentido idéntico del Segundo Congreso de las Naciones Unidas, que aconseja no emplear en la medida de lo posible el término "delincuencia juvenil" más que en caso de infracción del Código penal".

(51) El juez de menores, aunque deba actuar "paternalmente", no debe usar medios desvinculados de la ley. Cfr. KETCHAM (O. W.), *Réflexions à l'occasion du 8e Congrès de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse*, en "Le magistrat, l'enfant, la famille, la communauté" (Memorias del VIII Congreso de la Asociación Internacional de los Magistrados de la Juventud), Ginebra, s. a., páginas 221 y sigs. También, DORADO MONTERO, *¿Pena o medida?*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 125, 1914, págs. 237 y sig., reconoce que el juez penal —en general— corre peligro de abusar contra las garantías individuales al pretender "tratar" y "proteger" a los delincuentes.

Las medidas aplicables a los menores deben tener más en cuenta las actuales aportaciones de las ciencias del hombre, con mayor atención a la moderna sociología y mejor acomodación a la reciente LPRS.

El artículo 125 del Reglamento debería actualizarse detallando, con mayor concreción, las coordenadas fundamentales de los centros de educación y observación, y procurando una radical toma de contacto con postulados elementales de las actuales ciencias pedagógicas y sociológicas (52).

4.2. Consideración especial de las medidas privativas de libertad

Los Tribunales Tutelares de Menores nacieron para sacar a los menores de las instituciones de internamiento de los adultos y para ingresarlos —paternalmente— en las instituciones de internamiento exclusivas de los menores (53). Por el desarrollo biopsicosociológico de la niñez —juventud—, de la vida comunitaria y del Derecho, tal «solución» resulta hoy —en algunos aspectos— contraproducente, o al menos no beneficiosa.

La nueva meta de los TTM debe ser sacar al menor de los centros de internamiento para —sin «paternalismos»— devolverlo a su familia y a su ambiente lo antes posible (54).

No sin razón, el Estado de Massachusetts ha decidido recientemente (año 1972) cerrar todas las instituciones de internamiento para los menores (55). Los sólidos argumentos que se aducen contra las penas privativas de libertad de los adultos tienen aplicación, y con más fuerza, contra las instituciones de internamiento de menores. La separación del hogar produce irreparables ruinas afectivas en los menores. Para evitar o disminuir el complejo de hospitalitis deben abrirse ampliamente las puertas de los centros donde vivan los menores, fomentando intensas relaciones con la familia y con el mundo exterior, utilizando todo lo posible las instituciones comunitarias normales (escuelas, iglesias, centros de formación profesional, etc.) (56).

(52) Cfr. el valiente estudio del Presidente del Comité técnico de la Asociación Internacional de Educadores de Jóvenes Inadaptados, GINGER (S.), *Los casos de fracaso en reeducación*, en "Rev. Internacional del Niño", diciembre 1972, páginas 57 y sigs.

(53) VEILLARD-CYBULSKA (H.), *La protection judiciaire de la jeunesse dans le monde. Ses débuts*, Bruxelles, 1966.

(54) La moderna orientación inglesa adquiere rasgos peculiares. Cfr. MAY (D.), *Delinquency control and the treatment model: some implications of recent legislation*, en "The British Journal of Criminology", vol. 11, núm. 4, Londres, 1971, páginas 359 y sigs.

(55) El Department of Youth Services, del Estado de Massachusetts, siguiendo las orientaciones del doctor Jerome G. Miller, ha decidido (en el verano de 1972) clausurar todas las instituciones de internamiento para menores. Excepcionalmente habrá un centro de seguridad para medio centenar de psicóticos o delincuentes peligrosos. Cfr. *U. S. News u. World Report*, 17 junio 1972.

(56) BERISTAIN (A.), *La problemática de la juventud*, en "Revista del Instituto de la Juventud", abril 1966, págs. 65 y sigs.

Si para algunos casos resultan necesarios los centros de internamiento, ha de evitarse en ellos la masificación, aunque los gastos económicos asciendan a cifras más altas. Si faltan esos medios necesarios, probablemente será mejor dejar al menor donde estaba, y aplicar allí las oportunas técnicas de asistencia social (en régimen abierto).

5. Medidas en el Derecho penal juvenil

Las críticas formuladas anteriormente a la legislación actual de los TTM deben completarse ahora, en párrafo aparte, con algunas consideraciones *de lege ferenda*, mirando a las nuevas circunstancias de la juventud y de la sociedad en un mañana inmediato.

Los jóvenes —que han cumplido ya los catorce, quince o dieciséis años, pero no han llegado todavía a los veintiuno, veintidós o veintitrés, o sea los comprendidos entre los «menores» y los «adultos»— forman hoy una realidad sociológica y criminológica que debe encontrar eco en la legislación penal. Debe reservarse, a esos jóvenes, una franja de tierra entre el Derecho penal de los adultos y el Derecho penal (o cuasi-penal) de los menores. Su regulación entrará en el Código penal o en una ley especial. Y comprenderá a todas las personas de ambos sexos comprendidas entre los catorce, quince o dieciséis años, y los veintiuno, veintidós o veintitrés años. La competencia material de este Derecho penal juvenil coincidirá con la del Derecho penal de adultos: los delitos, tal y como están tipificados en la legislación penal general.

Las únicas diferencias se refieren a la culpabilidad, al régimen procesal y a las sanciones.

Según los datos de las modernas ciencias del hombre, la culpabilidad de los jóvenes, sobre todo en algunos sujetos, difiere notablemente de la culpabilidad de los adultos. También difiere su capacidad de reinserción social. Estas dos peculiaridades fundamentan la diversificación de su proceso y sobre todo de sus sanciones. El proceso de los jóvenes puede disminuir algo su publicidad, pero debe desenvolverse con no menos garantías que el proceso de los adultos. En este aspecto, la literatura norteamericana insiste, desde el caso Gault, con atinadas argumentaciones.

Las sanciones del Derecho penal juvenil deben diferir notablemente de las aplicadas a los adultos. Subrayarán más la faceta reeducadora, pero no olvidarán cierto aspecto represivo, sobre todo cuando la personalidad del sujeto lo aconseje. En casos concretos, el Juez o el Tribunal podrá equiparar la sanción del joven a la sanción de los menores. Y en otros casos podrán y deberán equipararla a la de los adultos. La experiencia en Alemania se inclina con más frecuencia por la primera solución. Las medidas y las reparaciones penales superarán en número y en importancia a las penas.

La legislación y la práctica penitenciarias han abierto ya un camino creando importantes instituciones para sólo jóvenes, como, por ejemplo, los establecimientos de Liria, en las proximidades de Valencia, y de Teruel (57).

Para lograr una justa imposición y aplicación de las medidas los jueces de jóvenes, como los de menores, deben ser profesionales de la carrera judicial.

(57) TOCA, *Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los jóvenes delincuentes*, en "R. E. P.", 1971, págs. 43 y sigs. Merecen especial atención las instituciones de Gran Bretaña para los jóvenes que no han cumplido todavía veintiún años: Borstal, Detention Centres, Approved Schools, Remand Homes, Attendance Centres. Cfr. J. E. HALL WILLIAMS, *The English Penal System in Transition*, Butterworths, London, 1970, págs. 305 y sigs. BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, en "R. E. P.", enero-marzo 1965, separata, páginas 28 y sigs.

Medidas en el Código penal y en el Código de Justicia Militar

1. Antecedentes inmediatos

El espíritu predominantemente retributivo-vindicativo de nuestros Códigos penales ha impedido que las medidas encuentren expresa acogida en ellos, excepto en el del año 1928 (arts. 71, 90, 126 a 136).

El Código de la Dictadura, en su artículo 90, enumera las «medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse». Son las siguientes:

- 1.^a La caución de conducta.
- 2.^a La publicación de la sentencia a costa del reo.
- 3.^a El internamiento en manicomio judicial.
- 4.^a La expulsión de extranjeros.
- 5.^a La privación o incapacitación para el ejercicio de alguno o algunos de los derechos civiles.
- 6.^a La suspensión de cargo, empleo, profesión, arte u oficio.
- 7.^a La retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles.
- 8.^a El internamiento en asilos o establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos, simultáneamente con la pena o después de cumplirla.
- 9.^a El comiso de los instrumentos o efectos del delito o falta.
10. La disolución, supresión o suspensión de entidades o personas jurídicas, Sociedades, Corporaciones o Empresas.
11. El cierre temporal o definitivo de los establecimientos que sirvieren de medio para la ejecución de los delitos.
12. La prohibición de que el reo, al extinguir la condena, vuelva a residir en el lugar en que cometió el delito, o en que residían la víctima o su familia.
13. El sometimiento del delincuente a vigilancia de la Autoridad.

El Código penal actualmente en vigor (texto revisado de 1963), al regular las sanciones —Libro I, Título III, arts. 23 y sigs.— habla únicamente de penas, sin mencionar las medidas. El análisis dogmático de la regulación concreta de esas sanciones muestra que la denominación del Código penal en algunas de ellas no responde a la realidad. A este respecto nos interesan dos grupos de sanciones:

- 1.º Las que, a pesar de calificarlas el Código como penas, son o pueden ser (en cierto grado) medidas; y
- 2.º Las medidas innominadas.

2. Sanciones de la «tercera vía» en el Código penal y en el Código de Justicia Militar

2.1. Código penal

Como indicamos en la parte teórica, conocidos penalistas en España y fuera de España consideran que algunas sanciones reguladas en el Código penal pertenecen a una tercera vía (1), intermedia entre la pena y la medida, sanciones que, según los diversos presupuestos legales y fácticos, adquieren en unos casos naturaleza más afín a la pena y en otros más afín a la medida. La terminología alemana las denomina consecuencia accesorias del hecho típicamente antijurídico.

Conviene estudiar la naturaleza jurídica de estas sanciones y determinar —no siempre será posible— cuándo son penas o cuándo medidas, pues, a tenor de la respuesta, el legislador y el Tribunal pueden y deben exigir distintos presupuestos y distintas consecuencias. Por ejemplo, en la aplicación de los indultos, en la inscripción en alguno de los Registros centrales de penados o peligrosos, en la extradición, en los trámites para obtener el beneficio de la rehabilitación, en el prerequisite de la culpabilidad (las medidas no lo exigen), etc.

El artículo 27 del Código penal formula la enumeración general de las penas. Los artículos siguientes describen sus condiciones y su contenido en tales términos que algunas de ellas, en ciertos casos, pueden considerarse medidas. Así, por ejemplo: la multa, la privación del permiso de conducción, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio; la supresión de cargos públicos; la interdicción civil, la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito; el extrañamiento, el confinamiento, el destierro, la reprensión privada, la inhabilitación especial del artículo 417 y del artículo 546 bis d); la caución...

(1) Cfr. capítulo III, 5, *Comparación de las medidas con las reparaciones penales*, páginas 58 y sigs. Ya en 1930, STOOSS (Carl), *Zur Natur der sichernden Massnahmen*, en "Rev. Pène Suisse", 1930, págs. 261 y sigs., formuló sólidos argumentos para las teorías que se mantienen en este capítulo.

Nos alargaría demasiado exponer respecto a cada una de estas sanciones las razones que fundamentan la posibilidad o conveniencia para, en algunas circunstancias, considerarlas como medidas. Basten aquí unas reflexiones generales acerca de los tres puntos siguientes: 1.º Estas sanciones, por su nombre (específico de cada una) y su contenido pueden ser penas o medidas. 2.º El criterio diferenciador será su presupuesto y su finalidad. Cuando la sanción presupone culpabilidad y pretende restablecer el orden jurídico violado y la prevención general, será pena. Cuando presupone peligrosidad y pretende principal o únicamente la prevención especial, será medida (aunque el legislador la denomine pena). 3.º El Código penal no prohíbe que los Tribunales, en algunos casos, apliquen estas sanciones con el presupuesto y los fines propios y diferenciadores de las medidas.

Varias de estas llamadas penas tienen grandes semejanzas, formales y de contenido, con algunas medidas de la Ley de Vagos y Maleantes, y de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Así, la pena de extrañamiento con la medida de expulsión de extranjeros (LVM, art. 4.º, 4.ª, LPRS, art. 5.º, 12), la pena de confinamiento con la medida de obligación de residir en un lugar determinado (LVM, art. 4.º, 5.ª, LPRS, art. 5.º, 9.ª), la pena de destierro con la medida de prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe (LVM, art. 4.º, 6.ª; LPRS, art. 5.º, 10), la pena de multa con la medida del mismo nombre...

La legislación española establece insuficientes y anticuados criterios para la determinación-individualización de la sanción penal. Pero los Tribunales, si tienen en cuenta la moderna doctrina a este respecto (muy desarrollada en el extranjero) (2), podrán atenuar el retraso de nuestro

(2) Se ha tratado detenidamente el tema en el VIII Congreso internacional de defensa social. Cfr. "Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé", enero-marzo 1972, págs. 184 y sigs.; abril-junio 1972, págs. 327 y sigs. Cfr., en el número de abril-junio, LEVASSEUR (G.), *Rapport de synthèse*. BUENO ARUS, *En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 25 febrero 1973, págs. 3 y sigs.

El Tribunal Supremo reconoce que el criterio del Código penal respecto a la imposición de medidas resulta anticuado y debe entenderse modificado por la LPRS. En la sentencia de 20 de enero de 1972 afirma que "el doble criterio establecido en el artículo 452 bis c) del Código penal, de reservar al Tribunal de lo penal que conoce de la causa la imposición de las medidas de seguridad señaladas para el rufián y de hacerlo, además, con carácter imperativo, ha de entenderse modificado por la nueva Ley de Peligrosidad Social, la que, ciertamente, con criterio más ortodoxo, reserva a la jurisdicción especial la imposición de tales medidas una vez declarada previamente en el oportuno expediente la peligrosidad del sujeto, todo ello a virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º del Código civil, de aplicación general en el ordenamiento jurídico español".

Muchas sentencias habían afirmado antes el carácter potestativo de la peligrosidad: Sentencias de 18 de junio de 1936, 3 de diciembre de 1951, 22 de diciembre de 1960, 24 de febrero de 1967. Esta sentencia entiende por peligrosidad social la propensión de una persona "a delinquir deducida de su conducta global o estilo de vida..."

texto punitivo, pues gozan de amplio arbitrio judicial. Y podrán llenar —en parte— la laguna que existe al establecer el legislador, menos medidas para los antisociales que para los asociales. En algunos supuestos —cfr. el art. 148 bis, párr. 1 (art. 402, párr. 2; art. 417); art. 452, párr. 2— los Tribunales pueden imponer (o imponen) tal o cual sanción únicamente por razones de prevención especial y prescindiendo de la culpabilidad del reo, si opinan que el delincuente es peligroso y que su culpabilidad es insignificante o ya está suficientemente sancionada por otra de las penas impuestas. El Código penal establece aquí varias «penas» formando una «pena» compuesta (3). En muchos de estos casos aquella sanción debe considerarse medida y no pena, pues tiene un presupuesto, un contenido y un fin propio de las medidas (además de un nombre no propio de ellas), mientras que prescinde del presupuesto, del contenido y del fin peculiar de las penas.

Merecen especial consideración:

- 1.º Las inhabilitaciones, suspensiones y privación del permiso de conducir.
- 2.º La caución.
- 3.º Algunas interdicciones.

Las sanciones de los grupos 2.º y 3.º son medidas más que penas.

2.1.1. Inhabilitaciones, suspensiones y privación del permiso de conducir

La inhabilitación y la suspensión (herederas de la infamia romana, de la pérdida de la paz germánica y de la muerte civil medieval) poseen siempre una faceta asegurativa o cautelar frente a terceros y, en algunos casos, también una faceta (que podemos llamar retributivo-vindictiva) de merma económica, de privación de los derechos de ejercer un cargo, una profesión, etc. Actualmente no conservan el carácter infamante de otros tiempos, pues hoy lo estimamos infundado y, además, impeditivo de la resocialización que pretende toda pena. Por lo tanto, cuando (y en cuanto) falte la dimensión retributivo-vindictiva pecuniaria, profesional, etcétera, la inhabilitación y la suspensión se deberán considerar medidas (de seguridad) más que penas (4).

Otra prueba de que estas sanciones, en determinadas circunstancias, siguen las líneas de las medidas más que de las penas, aparece en el ar-

(3) Muchas veces estas sanciones se aplican (como sanciones accesorias o complementarias) en respuesta al estado peligroso del delincuente, pero no para reprimir el acto, que ya está suficientemente "castigado" por la o las otras penas. Quien las considerase penas, "castigaría" la personalidad —no el hecho— del delincuente. Cfr. CÓRDOBA RODA, *La personalidad en las leyes penales*, en "REP.", 1970, páginas 1116 y sigs.

(4) BERISTAIN (A.), *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana*, Reus, Madrid, 1966. La seguridad pretendida en estas medidas del Derecho penal moderno mira ante todo a la preservación del delincuente peligroso, para evitar su recidiva.

título 6.º de la Ley de 18 de junio de 1870 sobre el indulto, que excluye del indulto las penas accesorias «de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad». (El artículo 24 del Código penal de 1848 establecía ésta como pena correccional.) También puede aducirse el ejemplo de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, de 1964, que regula como pena y como medida la pérdida del título profesional o aeronáutico y la suspensión del mismo.

El legislador, aunque las denomina penas, en aspectos importantes las considera y las regula como medidas. Por eso, generalmente —aunque no siempre— las impone como complemento de las penas principales, y a veces deja al arbitrio del Tribunal su imposición. Suponemos que la principal razón de este arbitrio es permitir al Tribunal constatar si existe peligrosidad. Cuando las impone como penas únicas (alternativas o no alternativas) cabe suponer que lo hace por creer que la culpabilidad es insignificante, pero no así la peligrosidad (cfr. art. 355).

Muchos artículos —351 y sigs.— del Título VII del Libro segundo, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», imponen estas sanciones; con cierta frecuencia, en nuestra opinión, como medidas (de seguridad) complementarias de la pena.

Las consideraciones anteriores cobran más claridad en un caso especial de inhabilitación o suspensión: la privación del permiso de conducir vehículos de motor. No puede considerarse pena y sí medida penal la privación de este derecho fundada en la incapacidad física o psicológica del conductor, autor —no culpable— de un hecho típicamente antijurídico. Por ejemplo, será medida y no pena la privación del permiso de conducir que se imponga a quien, por su incapacidad para conducir (incapacidad que él desconocía) mata con su coche a un peatón.

2.1.2. Caución

Según Saldaña (5), la caución merece el calificativo de pena atípica porque a veces (y más con el transcurso de la historia) obra con función correccional más que aflictiva. Dicho con otras palabras, el alma de las medidas de seguridad encarna en un cuerpo de pena. La caución considerada en nuestro Código penal de 1870 como pena (6), al pasar a varios Códigos hispanoamericanos se transforma en medida. Así, en el Código penal de Méjico (7 diciembre 1871, art. 94, medida preventiva), Chile (26 octubre 1873, art. 23, pena accesoria o medida preventiva), Uruguay (16 enero 1889, art. 34, medida preventiva), Brasil (11 octubre 1890, art. 73, *b*), Perú (11 enero 1924, art. 38, medida preventiva)...

El artículo 27 del Código penal de 1944 enumera la *caución* también entre las penas. Sin embargo, la historia (antigua y moderna) de la legisla-

(5) SALDAÑA, *Nueva penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, páginas 199 y sigs. También la multa, según Saldaña, es pena atípica.

(6) El Código penal de 1870 consideraba la caución como pena común.

ción española y extranjera, así como la doctrina y la legislación actual (artículos 30, 44, 73 y 495 del Código penal, y los artículos antes indicados de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social) ofrecen sólidos argumentos para afirmar que la caución pertenece a las medidas más que a las penas.

El Código penal, en los libros II y III, únicamente impone la caución al reo del delito de amenazas (art. 495) y establece que, además de la pena señalada en los dos artículos anteriores, «se podrá condenar» al amenazador a dar caución de no ofender al amenazado y, en su defecto, a la pena de destierro. Una vez más, esta facultad concedida al Tribunal («podrá») indica que el fundamento de la caución es la peligrosidad del delincuente, y la finalidad principal o única es evitar que el delincuente ofenda al amenazado, prescindiendo de (o dejando muy en segundo plano) otras metas propias de las penas.

2.1.3. Algunas interdicciones

La interdicción civil en general (Código penal, art. 43), las interdicciones de los artículos 446 (párrafo 1.º), 452 bis g y 487 (párrafo 3.º), y la suspensión del artículo 584 (núms. 5.º, 6.º, 8.º, 10, 11 y 12) poseen con frecuencia más rasgos de medidas que de penas.

La privación o suspensión al delincuente de algunos derechos civiles (participación en el Consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes, guarda y educación del menor...), especialmente de los que tienen también carácter de deberes (como la patria potestad y la tutela), más que sancionar hechos culpables, protege intereses de extraños amenazados por el delincuente, más o menos peligroso.

Estas sanciones pueden considerarse muchas veces medidas posdelictuales, sobre todo cuando no se imponen automáticamente por la Ley, sino sólo (arts 452 bis g, 487 y 584) al arbitrio del Tribunal, que *podrá* acordarla, si le parece oportuno, mejor dicho, necesario y beneficioso para los familiares tutelados, y para el delincuente peligroso. (Prescindimos de estudiar aquí el posible concurso de leyes con la LTTM, art. 17, apartado B, que faculta al Tribunal para adoptar la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor...)

El concurso de leyes entre el párrafo 1.º del artículo 446 y el artículo 452 bis g puede y debe solucionarse derogando el párrafo 1.º del artículo 446, pues se refiere sólo a los sujetos comprendidos en el artículo 445 y a los reos de corrupción de menores en interés de tercero, e impone únicamente la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia, obligando (con desafortunada técnica) al Tribunal a imponer tal interdicción. En cambio, el artículo 452 bis g cubre todos estos casos (y otros más) y con mejor técnica: abarca más sujetos (se refiere a cualquier persona que perpetrare alguno de los delitos comprendidos en el título IX), abarca más derechos (también la patria potestad y

la autoridad marital) y, atinadamente, deja al arbitrio del Tribunal la imposición de estas sanciones. El Tribunal deberá tener en cuenta el grado de peligrosidad del delincuente.

El Código penal de 1928 enumera la interdicción civil entre las medidas, en el número 5.º de su artículo 90.

Las legislaciones extranjeras regulan estas sanciones con contenido muy diverso. Median, por ejemplo, notables diferencias entre Francia (Código penal, art. 42), Italia (Código penal, arts. 19, 32, 34) y Alemania (parágrafos 31 y sigs.) (7).

La determinación de la naturaleza jurídica de estas sanciones —como medidas o como penas— tiene especial importancia para regular su reconocimiento en el campo del Derecho penal internacional (8).

El Código penal, en los artículos 446 (párrafo 1.º), 452 bis g, 487 (párrafo 3.º) y 584 (núm. 12), al referirse a estas sanciones no las denomina directamente penas, aunque sí indirectamente en el inciso último del artículo 43. En cierto sentido, convendría que incluyésemos estas sanciones en el epígrafe siguiente de medidas innominadas.

2.2. Código de Justicia Militar

Algunas de las penas enumeradas en la lista general de los artículos 209 y 210 del Código de Justicia Militar pueden considerarse (en circunstancias excepcionales) medidas, de modo y por razón semejante a como se ha indicado respecto a las mismas o similares sanciones del Código penal común. En determinados casos, podrán aplicarse como medidas ciertas penas militares accesorias, las dos penas comunes accesorias (inhabilitación y suspensión de cargo público, profesión u oficio y derechos de sufragios), y ciertas penas principales comunes (inhabilitación) y militares (pérdida de empleo y separación del servicio) (9).

Estas dos últimas sanciones merecen el calificativo de medidas casi siempre que sean impuestas por el Código de Justicia Militar a los individuos de los cuerpos eclesiásticos de los Ejércitos, sancionados con ciertas penas o medidas canónicas, a tenor del artículo 234, del CJM.

(7) BOUZAT, PINATEL, *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, t. I, 2.ª ed., París, 1970, págs. 566 y sigs., reconoce que no son sólo penas, sino también, y sobre todo, medidas de seguridad. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1972, págs. 602 y sigs.

(8) La vigencia territorial de la ley penal puede diferir según se refiera a penas o a medidas, por la diversidad de su fundamento y de su fin. En el campo del Derecho de familia, con frecuencia hay que tener presente la distinción indicada en el texto, sin olvidar que las leyes de algunas naciones atribuyen distinta naturaleza jurídica a instituciones con idéntica denominación.

(9) Lo mismo se debe decir de algunas *correcciones* para las faltas graves y leves, especialmente de la reprobación (arts. 415 y 416 del C. J. M.).

3. Medidas innominadas en el Código penal y en el Código de Justicia Militar

3.1. Código penal

El Código penal, además de las sanciones expresamente denominadas penas, establece otras sanciones innominadas. Algunas de ellas cumplen las características de las medidas. Especial comentario merecen las reguladas en los artículos 8.º (núms. 1.º, 2.º y 3.º), 65, 67, 112, 446, 447, 452 bis *d* y 546 bis *d*. A continuación indicamos algunas consideraciones respecto a estos preceptos legales, distinguiendo los privativos de libertad y los restrictivos de derechos.

3.1.1. Medidas innominadas privativas de libertad

3.1.1.1. Internamiento de enajenados

Según el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 8.º, «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal» (10).

Es una medida posdelictual de corrección y/o seguridad. No sólo de corrección, pues en algunos casos cumple únicamente la finalidad asegurativa, por ejemplo, cuando se aplica a los enajenados incurables que antes de cometer el hecho tipificado como delito no estaban reclusos.

Ya hace muchos años, el Tribunal Supremo reconoció que «la reclusión en un manicomio o la entrega a la familia del procesado que establece el párrafo 2.º del artículo 8.º (del Código penal de 1870) no reviste el carácter de pena, sino el de una medida de seguridad, que no tiene carácter de definitiva» (11).

Antón Oneca (12) echa de menos cierto arbitrio judicial —al menos el admitido en el Código de 1870— para apreciar la peligrosidad, pues en determinadas circunstancias será innecesario o contraproducente internar a enajenados pacíficos que sólo por motivos excepcionales e irrepetibles —quizá provocados por quienes se burlan de ellos— cometieron algún delito de poca gravedad (por ejemplo, amenazas o injurias, o lesiones leves). Rodríguez Devesa (13) critica el carácter imperativo de este precepto del

(10) La Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 383) prescribe esta medida de internamiento también para los acusados a los que la enajenación sobrevenga después de cometido el delito (debía decir, el hecho típico). Acerca de los graves defectos jurídicos de este precepto, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre 1970, págs. 1125 y sig.

(11) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1921.

(12) ANTÓN ONECA, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 297.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, en

Código, pues la ciencia moderna insiste en la posibilidad y oportunidad de evitar bastantes de estos internamientos.

Para soslayar el peligro —muy fuerte en determinados regímenes políticos— de internar o retener en los hospitales psiquiátricos o en los manicomios a personas que carecen de peligrosidad o la han superado, sería deseable que el Código penal dejase la imposición de esta medida al arbitrio del Tribunal y fijase un tiempo máximo para su duración.

Instituciones semejantes se regulan en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Hungría, Italia (Código penal, art. 222), Noruega, Rusia, Suiza, Yugoslavia (Código penal, art. 61), etc. En Francia, en cambio, es una medida administrativa.

Algún comentarista (14) sostiene que desde la entrada en vigor de la LPRS carece de aplicación el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 8.º del Código penal, derogado tácitamente por los artículos 3.º y 13 de la LPRS. En mi opinión, ni el texto legal ni la voluntad del legislador dan pie a tal interpretación. El artículo 3.º de la LPRS describe una medida predelictual.

La LPRS, al regular el internamiento de los enfermos y deficientes mentales, tiene en cuenta (más que el Código penal) las actuales aportaciones científicas. Especialmente, al exigir la declaración de peligrosidad, al posibilitar el cese del estado peligroso antes de la total curación del interno, al exigir la colaboración de personal especializado y al permitir que se lleve a efecto con el concurso de algún centro o establecimiento privado (arts. 2.º y 5.º de la Ley; arts. 6.º, 35, 42, 44 y 45 del Reglamento).

3.1.1.2. Establecimiento de educación para sordomudos

Según el número 3.º del artículo 8.º del Código penal, cuando el sordomudo de nacimiento o desde la infancia, que carezca en absoluto de instrucción, haya cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales.

Es una medida de corrección y seguridad. La corrección aparece en primer plano, pues el Código penal presupone que el sordomudo carece en absoluto de instrucción, y, además, dice expresamente que el establecimiento sea de educación. Tal establecimiento puede seguir, naturalmente, un régimen abierto.

Este internamiento, por su innegable carácter de medida, debía exigir como condición básica la peligrosidad del sordomudo. Su constatación debía ser materia del arbitrio judicial.

En este punto suele proponerse como modelo la Ley belga de Defensa Social. No tienen regulación especial los Códigos de Francia, Holanda,

“REP.”, 1970, págs. 1121 y sigs. Idem, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Madrid, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 496 y sig.

(14) GIMENO GÓMEZ, *El enajenado mental y las medidas de seguridad*, en “Boletín Inform. Ministerio Justicia”, núm. 905, Madrid, 15 febrero 1972, págs. 3 y siguientes.

Noruega, etc. Tampoco establece una medida para estos casos nuestro *Código de Justicia Militar*. Algunos Códigos (v. gr., el italiano, art. 222) aplican a los sordomudos la misma medida que a los enajenados.

3.1.1.3. Internamiento para jóvenes (entre 16 y 18 años)

El artículo 65 faculta al Tribunal, respecto a los delincuentes mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, para, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena atenuada (en uno o dos grados) por internamiento e institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

Este internamiento, introducido en la reforma de 1944, abre nuestra legislación a la moderna corriente teórica y legislativa de Alemania, Argentina, Gran Bretaña, Italia, Suiza, etc., que establece para los jóvenes-delincuentes (o semiadultos) la disyuntiva de aplicarles medidas similares a las de los menores, o penas similares —atenuadas— a las de los adultos. La innovación de 1944 tiene importancia por el alto número de jóvenes delincuentes comprendidos en esta edad (durante el año 1968 se apreció esta atenuante en 1.593 casos, en las sentencias condenatorias dictadas por las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción). Representa un avance respecto a la legislación anterior, especialmente en los dos puntos siguientes: la facultad discrecional (reglada) concedida al Tribunal para sustituir la pena por la medida (15), y el tomar en cuenta (junto a las circunstancias del hecho) las circunstancias del autor, dando entrada a la personalidad del delincuente en el ámbito de la medición-individualización de la sanción.

Pero el legislador español, también en esta innovación, se ha dejado llevar por la prisa y la irreflexión, incurriendo en notables deficiencias, como indica Cobo (16). La indeterminación temporal resulta excesiva, y puede perjudicar a la certeza indispensable del Derecho penal. Para evitar este defecto debía haberse fijado una duración máxima de la medida. Además —ante posibles fracasos en la corrección— debía haberse dejado la puerta abierta a la reversibilidad de la medida hacia la pena, tomando en cuenta el tiempo transcurrido en la medida para el cómputo de la pena.

(15) Las diferencias entre ambas sanciones no son tantas ni tales que impidan esta sustitución. Quien rechace esta sustitución, difícilmente podrá admitir los artículos 92 y siguientes del Código penal, y la *Probation*, tan elogiada en Derecho comparado. Cfr. CÓRDOBA RODA, *La personalidad en las leyes penales*, en "REP.", 1970, págs. 1113 y sigs. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, Murcia, 1947, págs. 270 y sigs.; GUALLART, *Casos ajenos a nuestra jurisdicción sobre internamiento de mayores de dieciséis años, de acuerdo con el artículo 65 del Código penal y a petición de las autoridades gubernativas*, Ponencia presentada a la XIX asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores (Bilbao, 1963), Avila, 1968.

(16) COBO (M.), *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en "Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho", en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970. Pannedille, págs. 433-463.

La fórmula del artículo 65 carece de la precisión necesaria; da pie a considerar ese internamiento como medida o como sanción intermedia (mixta) entre la pena y la medida. Este internamiento no puede equipararse siempre totalmente a los internamientos del artículo 8.º (núms. 1.º y 3.º), pues el artículo 65 presupone cierta responsabilidad penal, no así el artículo 8.º Además, el legislador, al regular esta nueva institución, debía hablar «del joven» y no «del menor», pues en Derecho penal quien ha cumplido dieciséis años no es propiamente menor.

Los Tribunales han hecho y hacen muy escasa aplicación de esta medida, por varias razones. Sobre todo, por falta de establecimientos (17) y por falta de orientación doctrinal al respecto.

Se ha escrito poco sobre el tema; y lo publicado, salvo honrosas excepciones, mantiene una orientación excesivamente conservadora, siguiendo la línea de algunos penalistas alemanes, como Maurach y Lang-Hinrichsen, con temor de que la sustitución implique (o aboque a) una confusión de la esencia y de la *ratio essendi* de las dos sanciones, una desnaturalización de los elementos fundamentales de la pena y del Derecho penal, una violación del principio de culpabilidad, una contradicción en la sistemática de las consecuencias del delito, etc.

Quien critique la sustitución del artículo 65, debe criticar semejantemente (no idénticamente) la regulada en los artículos 92 y siguientes, y la *Probation*, tan elogiada en el Derecho comparado (18).

Importantes sectores doctrinales y judiciales permanecen en una postura que nos parece insuficientemente acorde a los progresos de la dogmática y política criminal de hoy. A este respecto merece citarse la consulta número 7/1971, de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

3.1.1.3.1. Consulta núm. 7/1971 de la FTS

En esta consulta, la Fiscalía del Tribunal Supremo manifiesta, con razón, que la medida del artículo 65 no se impone directamente en función de un estado peligroso definido (19). Pero merecen reconsiderarse varios puntos de su argumentación central, y su conclusión. El artículo 65 del Código penal establece una sustitución importante y exigida por la naturaleza de las cosas, no caprichosa. Si el Tribunal, en atención a las circunstancias del joven y del hecho, sustituye la pena impuesta por el internamiento en institución especial de reforma, es porque debe sustituirla, por-

(17) Recientemente se han inaugurado dos, uno en Liria y otro en Teruel, destinados exclusivamente para jóvenes que no han cumplido todavía veintiún años, y que pueden servir para el cumplimiento de penas y de medidas de seguridad. Cfr. TOCA (Alvaro de), *Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los jóvenes delincuentes*, en "REP.", 1971, págs. 43 y sigs.

(18) Acerca de la condena condicional como medida (y pena), DREHER, *Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en ídem, "Bemühungen um das Recht", *Gesammelte Aufsätze*, München, Beck, 1972, págs. 64 y sigs.

(19) *Memoria elevada al Gobierno nacional el 15 de septiembre de 1972*, por el Fiscal del Tribunal Supremo, Reus, Madrid, 1972, págs. 418 y sigs.

que el Estado social de Derecho y la moderna política criminal exigen que al joven no se le imponga esa pena, sino esa medida. Dicho con otras palabras, tal medida no se impone en función del cumplimiento de una pena, ni *directamente* en función de un estado peligroso *definido*, pero sí en función de una peligrosidad manifestada al Tribunal por las circunstancias personales y fácticas. Por tanto, si en algún caso la pena desaparece por indulto, no debe desaparecer también la medida (contra la teoría y la aplicación concreta expuesta en esta consulta).

Esa medida, dice la Fiscalía del Tribunal Supremo, está íntimamente ligada a la pena y afecta a su cumplimiento. En nuestra opinión, la medida del artículo 65 no está más ligada a la pena que otras medidas posdelictuales, y no se puede decir que está afecta a su cumplimiento en el sentido de que, al quedar extinguida la pena por el indulto, deba cesar también la medida.

Únicamente cabría una posibilidad, o una duda, para admitir el indulto de esta medida antes de firmada la sentencia: la conveniencia de evitar los antecedentes penales del reo, que con la aplicación de esta medida innominada surgen como si se tratase de una pena. En la legislación actual, tal extensión del indulto estaría justificada únicamente como mal menor necesario para impedir esos antecedentes penales.

De lege ferenda, falta ese fundamento, pues este internamiento se considera medida (no pena), y, por lo tanto, no producirá antecedentes penales, sino únicamente antecedentes en el Registro Central de personas sometidas a medidas. He aquí una razón más para que el Código penal reconozca ésta y otras sanciones como medidas (distintas de las penas) y establezca su peculiar sistema de aplicación y ejecución (y Registro).

La consulta núm. 7/1971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo olvida dos nobles deseos de la reforma de 1944 al formular así el artículo 65: reconocer y admitir los progresos del moderno Derecho penal juvenil en el importante campo de los semiadultos o jóvenes, y abrir la puerta al sistema de amplia —aunque no total— sustitución de penas por medidas (con miras a la relativa despenalización del Derecho criminal).

En resumen, el internamiento del artículo 65 se apoya en la peligrosidad posdelictual del joven, y pretende su reinserción social. Es una medida de corrección (si el joven fuese incurable, sería medida de seguridad). Por lo tanto, no debe aplicársele indulto alguno (salvo excepciones circunstanciales) (20).

En la futura reforma del Código penal sería deseable que *estas tres sanciones*, reguladas en el artículo 8.º, números 1.º y 3.º, y en el artículo 65, privativas de libertad *se denominen medidas*, y tengan prefijado un

(20) CASABÓ RUIZ, en CÓRDOBA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972, págs. 294 y sigs., lo considera "pura medida de corrección, sin asomo alguno de aseguramiento o de represión".

período máximo de duración. Con la formulación actual, muchas personas permanecen internadas en hospitales psiquiátricos por tiempo excesivo, sin razón suficiente, con graves perjuicios para ellos y para la institución.

3.1.2. Medidas innominadas restrictivas de derechos

El Código penal (arts. 67, 112, 446, 447, 452 bis *d* y 546 bis *d*) establece varias medidas que restringen importantes derechos del delincuente peligroso. En los apartados siguientes comentamos brevemente las normas correspondientes de estos artículos.

3.1.2.1. Prohibición de entrar en determinados lugares

El artículo 67 concede a los Tribunales, «en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente», la facultad de «acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso».

La formulación del Código penal muestra que se trata de una medida *de seguridad* fundada en el «peligro que el delincuente represente», y tendente a inocuizarle para que no cometa nuevos delitos contra la víctima y sus familiares, su honor, su honestidad, su libertad, seguridad y propiedad. (En sentido parcialmente semejante se expresa el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de octubre de 1968.) Quizá la *voluntas legislatoris* pensó más en la seguridad de la comunidad que en la inocuización del delincuente.

La total indeterminación temporal, «dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale», viola el principio de legalidad (sobre todo si se la considera pena y no medida; cfr. sentencia de 22 de marzo de 1969).

De lege ferenda, sólo puede admitirse cierta indeterminación si va acompañada de las condiciones y limitaciones propias de las medidas, como el juicio de revisión, por ejemplo.

Sobra indicar la semejanza de esta sanción con las medidas décima y undécima del artículo 5.º de la LPRS: prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, y prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas. También se aprecia semejanza con la medida que comentamos a continuación (destierro).

3.1.2.2. Destierro como medida

El número 4 del artículo 112 aplica al indultado, por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado en el artículo 88, sobre lugares de entrada prohibida.

La pena impuesta se conmuta por el destierro. Esta sustitución tiene el carácter de un cambio cualitativo más que cuantitativo: la pena se convierte en medida. Prescinde de la (extinguida) responsabilidad penal entendida como presupuesto de la pena, y pretende la seguridad «del perjudicado» (por el delito anterior) y de sus familiares. En algunos casos, también pretende la corrección del peligroso, apartándolo de su residencia habitual, en la que recibió (y podría recibir) influjos criminógenos.

A la luz de los antecedentes de esta sanción, puede parecer que el legislador pretende también la seguridad del delincuente frente a posibles actos de venganza de la víctima o de sus familiares.

Considero poco acertada la facultad que se concede a la víctima (el ofendido) para incluir entre los lugares prohibidos el lugar en que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos (art. 88). Tal elección debía ser competencia del Tribunal, no de la víctima.

Esta institución del artículo 112, como la anterior del artículo 67, entran tanto más de lleno en la definición de las medidas (de seguridad) cuanto más directamente miren a la seguridad del delincuente, a la evitación de su recidiva.

3.1.2.3. Protector y albergue para jóvenes

Entre las disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad, los artículos 446 y 447 establecen varias medidas. A algunas de ellas hicimos referencia antes, al hablar de la interdicción de derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia.

Ahora tratamos del nombramiento de un *protector* del joven, que recaerá en persona individual o colectiva, y del depósito en *albergues* especiales, o en otro lugar adecuado.

Quedan sometidos a esta institución (nombramiento de un protector) o a estas instituciones (protector y permanencia en establecimiento o albergue especial) los jóvenes varones (entre dieciséis y veintiún años) (21) que se hallaren en estado de prostitución o corrupción deshonesta, por o sin su voluntad, con anuencia de las personas que sobre ellos ejercitaren autoridad familiar o ético-social o de hecho, o careciesen de ellas (jurídica o fácticamente). También quedan sometidas las mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis, cuando se hallaren en estado de prostitución o corrañ grave riesgo de prostitución, siempre que carezcan de medio lícito de subsistencia o de profesión u oficio habitual que, por su carácter específico, no ofrezca peligro para su honestidad (para su moralidad en el ámbito sexual).

El artículo 447, al regular esta norma para las mujeres, señala una frontera excesivamente alta: veintitrés años. Hace ya mucho tiempo que

(21) Si el menor no ha cumplido dieciséis años, será competente el T. T. M., que aplicará sus propias medidas.

la legislación civil rebajó a los veintiún años el límite de mayoría de edad (22). El Código penal debe corregir lo antes posible este anacronismo (mantenido también en su nuevo capítulo VII, creado recientemente, en diciembre de 1961). Mayor crítica merecía —hasta la entrada en vigor de la Ley 31/1972, de 22 de julio— la Ley de 20 de diciembre de 1952 sobre organización y funciones del Patronato de Protección a la Mujer, que en el artículo 19 (y en otros artículos) prolongaba esta «minoría» de edad hasta los veinticinco años.

La naturaleza jurídica de estas instituciones es oscura. Algunos las consideran medidas cautelares procesales (similares a la pensión provisional que el Juez puede ordenar en los delitos de tráfico) acordadas por la autoridad judicial y tendentes a evitar que el joven, víctima directa o indirecta del delito que se juzga, quede abandonado hasta que llegue a la mayor edad, o hasta que sea provisto de tutor por los medios ordinarios del Código civil (23).

Técnicamente, parece lo más científico considerarlas reparaciones penales. Deben regularse en el Derecho penal exclusiva o alternativamente (en Derecho penal y en Derecho civil), algo así como la responsabilidad civil *ex delicto*, pues responden a una necesidad creada por el delito (que produce en la víctima abandono, marginación y tendencia a costumbres livianas).

El Código (art. 447) las considera «medidas protectoras», y supone como fundamento no la probabilidad de algún delito futuro, sino el deber de proteger a quien ha sido víctima de un delito (principalmente habrá que referirse al art. 452 bis *b*) (24) y se encuentra en peligro de liviandad o de perversión de costumbres (el joven), o en estado de prostitución o en riesgo de prostituirse o en peligro para su moralidad (la joven). Los dos artículos 446 y 447, al establecer el contenido y los fines, muestran claramente que buscan la enmienda y la defensa de los jóvenes contra los peligros de la sociedad, más que la seguridad de la comunidad contra los peligros que puedan provenir de los jóvenes.

(22) Cfr. Ley de 13 de diciembre de 1943 y Ley de 22 de julio de 1972 ("Boletín Oficial del Estado" de 24 julio). Esta última tiene mayor repercusión de lo que algunos comentaristas indican, pues corrige indirectamente la Ley de 20 de diciembre de 1952.

(23) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, 4.ª ed., Madrid, 1971, pág. 195. Acerca de las medidas de carácter cautelar, con especial referencia a los delitos culposos en el tráfico, cfr. GÓMEZ DE LIAÑO (F.), *La imprudencia punible en el uso de vehículos a motor, aspecto sustantivo y procesal*, Graficosa, Salamanca, 1973, págs. 111 y sigs.

(24) El capítulo VII del Título IX ("Delitos relativos a la prostitución", incorporados al Código penal por la Ley 79/1961, de 23 de diciembre) debía haberse colocado antes del capítulo V —probablemente, en el capítulo III, acomodando la rúbrica al contenido—, pues las disposiciones comunes de los artículos 443 y siguientes tienen también aplicación en los delitos relativos a la prostitución.

3.1.2.4. Cierre temporal de establecimientos

Según el artículo 452 bis *d*), si alguien diere o tomare en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución o corrupción ajenas, el Tribunal decretará (además de las penas privativas de libertad, pecuniarias e inhabilitantes que correspondan) el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local, y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiera concedido.

Esta sanción innominada puede considerarse pena, pero a la luz de la técnica dogmática, en algunos casos, será más propio considerarla medida (de seguridad). Suponemos que se aplica a personas naturales, aunque hayan actuado en nombre de personas jurídicas.

Similares y mayores razones abonan la misma calificación al cierre temporal o definitivo del establecimiento de los receptadores del artículo 546 bis *d*), pues coincide el contenido (cierre temporal o definitivo del establecimiento) y coincide la estructura sistemática de esta sanción como parte o complemento de una pena compuesta; y, además, en el artículo 546 bis *d*), el imponer esta sanción queda al arbitrio del Tribunal. Este podrá aplicarla si considera que existe peligrosidad.

Contra nuestra teoría (de que el cierre temporal o definitivo del establecimiento del artículo 546 bis *d* es una medida innominada) cabe objetar que el texto legal fundamenta esta sanción en la mayor gravedad de los hechos y no en la peligrosidad del delincuente, pues dice que se podrá imponer el cierre temporal o definitivo «cuando, a juicio del Tribunal, los hechos previstos en los artículos anteriores fueren de suma gravedad».

Sin embargo, creemos que la *voluntas legis* (distinta de la *voluntas legislatoris*, pues ésta probablemente sólo pretendió agravar y aumentar la pena, añadiendo otra pena) da pie a nuestra interpretación. El texto legal no dice que cuando los hechos previstos fueren, a juicio del Tribunal, de suma gravedad, se impondrá el cierre temporal o definitivo, sino que en tal supuesto se podrá imponer, y, por lo tanto, también se podrá no hacerlo. La suma gravedad de los hechos no es el criterio para el cierre, sino sólo la condición indispensable. La ley no dice nada respecto al criterio decisivo. Por lo tanto, el Tribunal ha de escoger su punto de vista. En nuestra opinión, los presupuestos y los fines de las medidas pueden y deben suministrárselos.

En algunos casos, el cierre de establecimientos será, indudablemente, una medida administrativa impuesta por órganos jurisdiccionales.

3.2. Código de Justicia Militar

El artículo 242 del Código de Justicia Militar (semejantemente al párrafo 2.º del número 1.º del artículo 8.º del Código penal) establece (bajo el nombre de pena) una medida de corrección y/o seguridad, consistente en el internamiento en uno de los establecimientos destinados a enfermos de esta clase, sin que pueda salir sin previa autorización del Tribunal sen-

tenciador. Esta medida se aplica a los que, al realizar una acción tipificada como delito, obren totalmente privados de razón por enajenación mental o por cualquier otra causa morbosa y no provocada (art. 185, 1.º) (25).

El artículo 248 del *Código de Justicia Militar*, al formular las causas que extinguen la responsabilidad criminal, regula una medida similar a la del número 4.º del artículo 112 del Código penal común. Según el número 3.º del artículo 248 del Código de Justicia Militar, cuando la responsabilidad penal por los delitos comprendidos en este Código se extinga por indulto, si en el delito se hubiese causado la muerte o lesiones, el indultado no podrá residir, por el tiempo que debiera durar la condena, en el lugar en que habiten el cónyuge, los ascendientes o descendientes de la víctima, en el primer caso, o el ofendido, en el segundo, sin el consentimiento de unos u otro.

4. Medidas en el Estudio para un Anteproyecto de Código penal

En diciembre de 1972, el Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia publicó la Exposición y el Estudio para un anteproyecto de Bases del libro I del Código penal (texto sometido a examen por la Sección segunda de la Comisión).

La base séptima —«Consecuencias de la responsabilidad»— para el libro I del Código penal, en su número 8, dice que «tendrán la consideración de *medidas de seguridad*:

1. La pérdida de la nacionalidad española.
2. La expulsión del territorio nacional.
3. El destierro de algún lugar o zona determinados.
4. El internamiento en clínicas criminológicas.
5. El internamiento en instituciones de reforma.
6. El internamiento en casa de trabajo o establecimientos agrícolas.
7. La inhabilitación para cargos públicos.
8. La inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio.
9. La interdicción civil.
10. La caución.
11. El cierre de establecimientos.
12. La suspensión o disolución de personas jurídicas.
13. El comiso de los instrumentos o efectos del delito.
14. La privación del permiso de conducir».

La Base décima —«Efectividad de la responsabilidad criminal»—, al desarrollar el cumplimiento de las medidas sustitutivas habla de «internamiento en establecimiento asistencial adecuado para los enajenados...».

(25) Cfr. QUEROL y DE DURÁN, *Principios de Derecho militar español*, t. II, Madrid, s. a., 19487, págs. 49 y sig., 194 y sigs.

Estas innovaciones respecto al Código penal actual merecen amplio comentario, que rebasa los límites de nuestro trabajo. Únicamente indicaremos que un proyecto de Código penal con tantas medidas debía haber regulado entre ellas la sumisión a vigilancia (26).

que entropar la responsabilidad criminal según una medida similar a la que se propone en el artículo 113 del Código penal común. Según el artículo 113 del artículo 113 del Código penal común, cuando la responsabilidad penal por los delitos contemplados en este Código se atribuye por culpa, se es el delito se presume causado la muerte o lesiones, el indultado no podrá recibir, por el tiempo que debiera durar la condena en el lugar en que se cometió el delito, los servicios o descuentos de las víctimas. En el primer caso, se el indultado, en el segundo, en el consentimiento de uno u otro.

Medidas en el Estado para un Anteproyecto de Código Penal

En diciembre de 1971 el Gobierno de España de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia publicó la Exposición y el Anteproyecto de la Ley de Anteproyecto de la Ley del Código penal (texto aprobado a cargo por la Sección segunda de la Comisión).
 La base jurídica —fundamento de la responsabilidad— para el libro I del Código penal, en su artículo 8, dice que tendrán la consideración de medidas de seguridad:

1. La pérdida de la nacionalidad española.
2. La expulsión del territorio nacional.
3. El destierro de algún lugar o zona determinada.
4. El internamiento en centros penitenciarios.
5. El internamiento en instituciones de reforma.
6. El internamiento en casa de trabajo o establecimientos agrícolas.
7. La inhabilitación para cargos públicos.
8. La inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio.
9. La inhabilitación civil.
10. La caución.
11. El cierre de establecimientos.
12. La suspensión o resolución de poderes judiciales.
13. El cierre de los instrumentos o bienes del delito.
14. La privación del permiso de conducir.

La base jurídica —Estrictidad de la responsabilidad criminal—

(26) El Código penal alemán, en sus parágrafos 38 y 39, denomina pena a la vigilancia de policía que JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1972, pág. 623, y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, página 263, con razón consideran medida, en contra de la opinión de Baumann, H. Mayer y Mezger-Blei.

Medidas en otras leyes**1. Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 1964****1.1. Cuatro medidas posdelictuales y predelictuales**

La Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, en su libro primero, título primero («Disposiciones generales»), artículo 7.º, regula las cuatro medidas siguientes:

- 1.ª La suspensión del título, profesional o aeronáutico. (Su duración no podrá exceder de seis años).
- 2.ª La pérdida del título profesional o aeronáutico.
- 3.ª La suspensión de entidades, sociedades o empresas. (Su duración no podrá exceder de un año.)
- 4.ª La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materiales y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea.

Todas son medidas de seguridad (no de corrección), fundadas en la peligrosidad de las personas, aunque el texto legal, tanto en su proemio como en el articulado, emplea fórmulas inexactas y poco técnicas (1).

Como veremos en seguida, todas pueden considerarse en unas circunstancias *posdelictuales* y, en otras, *predelictuales*. A las primeras se refiere el artículo 8.º al establecer que «el Tribunal, en sus sentencias, además de las penas principales y accesorias correspondientes al delito, podrá imponer, a su prudente arbitrio, como complemento de (la) pena, las medidas del artículo anterior...». El prudente arbitrio del Tribunal está limitado por las cuatro reglas de este artículo 8.º, que describen, a grandes rasgos,

(1) El preámbulo de la Ley habla de «abrir cauce a la aplicación de medidas determinadas conducentes todas a eliminar peligros personales e incertidumbres para la navegación que pueden provenir del ejercicio profesional aeronáutico sin las necesarias garantías de eficiencia y seguridad en el vuelo, de un comportamiento transgresor de las Empresas concesionarias o de actividades generadoras o derivadas de conductas culpables».

los delitos que pueden facultar al Tribunal para la aplicación de las medidas, y por los correspondientes artículos del libro segundo, que tratan del procedimiento para la aplicación de las medidas: párrafo 3.º del artículo 85 (este párrafo 3.º ha sido añadido por la Ley 6/1972, de 26 de febrero) (2) y artículos 91 a 97.

Especial importancia tiene la regla primera del artículo 8.º, según la cual podrá imponerse «la suspensión del título profesional o aeronáutico cuando se cometa un delito con infracción de los deberes del cargo que desempeñe el culpable o haciendo uso de la ocasión o medios que le proporcione el mismo».

Estas cuatro medidas pueden aplicarse también *sin previo delito*, pues así lo reconoce expresamente el artículo 9.º al autorizar la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en esta Ley «ante una actuación que, sin ser constitutiva de delito, signifique peligro para la navegación». *De lege ferenda*, estas medidas, en tales circunstancias, deben quedar fuera del ámbito del Derecho penal.

Además de estas medidas expresamente reconocidas como tales en el artículo 7.º, en determinadas circunstancias podrá considerarse también medida la amonestación enumerada entre las penas del artículo 4.º

La LPPNA estructura atinadamente en un mismo cuerpo legal las medidas posdelictuales junto a las penas (en algunos casos, como complemento de éstas). Pero ha olvidado la referencia expresa a la personalidad del delincuente peligroso como criterio básico para que el Tribunal haga uso de la facultad discrecional que la Ley le concede respecto a la imposición de las medidas.

El artículo 97 de la LPPNA establece que las penas y medidas de seguridad impuestas con arreglo a esta Ley se comunicarán al Registro Central de Penados y Rebeldes, dependiente del Ministerio de Justicia. Debía decir que las medidas se comunicarán al Registro Central de Vagos y Maleantes, pues, en 1964, según el Reglamento de LVM de 1935 (art. 122), el Registro Central de Vagos y Maleantes era independiente del Registro Central de Penados, aunque tenía con éste la necesaria relación. Actualmente, como sabemos, el Registro Central de Peligrosos constituye una sección distinta dentro del Registro Central de Penados y Rebeldes.

2. Ley de Caza de 1970

La Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (3), y su Reglamento correspondiente, aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971 (publicado en los

(2) Ley 6/1972, de 26 de febrero, de modificación del artículo 85 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de febrero de 1972, página 3567.

(3) La Ley de Caza de 1970 aparece en el "B. O. del E." de 6 de abril del mismo año. Se ha publicado también en el "Anuario de Derecho Penal", enero-abril 1970, págs. 67 y sigs.

«Boletines Oficiales del Estado» de 30 y 31 de marzo de 1971), ofrecen importantes innovaciones, sobre todo en el ámbito penal, respecto a la legislación española anterior: Ley de 16 de mayo de 1902 y Reglamento de 3 de julio de 1903.

Acercas de nuestro tema destaca la regulación de dos sanciones: la privación de la licencia de caza y la privación del permiso de conducir vehículos de motor.

Ya que la ley nada dice en contrario, ambas sanciones pueden ser penas o medidas, por razones similares a las indicadas respecto a la privación del permiso de conducir vehículos de motor en el Código penal. En muchos casos serán medida de seguridad (más que de corrección), pues el legislador las establece junto a la pena (pecuniaria o privativa de libertad), como complemento de la misma, especialmente en casos de reincidencia, con el fin de impedir que el sancionado, usando la licencia de caza o el permiso de conducir, cometa futuros delitos. Más claras aparecían estas pretensiones clásicas (complementario-asegurativas) en la Ley de 1902, que regulaba la no concesión y la retirada de la licencia de caza en párrafo aparte, en el párrafo tercero del artículo 52.

2.1. Privación de la licencia de caza

La privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla está regulada en los artículos 42 y 43 de la Ley y en los artículos 46 y 47 del Reglamento.

El párrafo 1.º del artículo 42 de la Ley, al fijar las sanciones correspondientes a los delitos de caza, establece que serán castigados «con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas, y, además, a la privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años». (En el mismo sentido y casi con las mismas palabras se expresa el legislador en el párrafo primero del artículo 46 del Reglamento.) También incurre en esta sanción, según el apartado *h*) del artículo 42 de la Ley, el que cometa alguna de las faltas comprendidas en el artículo 43, «habiendo sido ejecutoriamente condenado con anterioridad dos veces por delitos o tres veces por faltas de las previstas» en esta Ley. (En sentido idéntico se expresa el apartado *h* del artículo 46 del Reglamento.) El número 2.º del artículo 43 de la Ley establece, además, que «la reincidencia en falta de caza llevará consigo la privación de la licencia o de la facultad de obtenerla por tiempo de uno a dos años».

Con varias modificaciones, en el fondo se mantiene la sanción —complementaria de las penas— que regulaba la anterior Ley de Caza, del 16 de mayo de 1902, en el último párrafo de su artículo 52: «al que por dos veces sea castigado como infractor de la Ley de Caza no se le concederá licencia para cazar, y se le retirará la que se le haya concedido».

Las diferencias principales versan acerca del motivo y de la duración de la medida. En la legislación anterior, como acabamos de indicar, bas-

taba ser castigado por dos veces como infractor de la Ley de Caza, sin distinguir entre delito y falta, y la privación era perpetua. En la legislación actual —según los artículos 42 y 43 de la Ley, y el artículo 46 del Reglamento— basta un delito, o la reincidencia en falta de caza; y la privación dura mucho menos: sólo de dos a cinco años, o de uno a dos años.

2.2. Privación del permiso de conducir

La privación del permiso de conducir vehículos de motor, por tiempo de dos meses a tres años, podrá ser acordada por los Tribunales a los que cazaren de noche, con armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido, auxiliándose con los focos de un vehículo de motor, según dispone el número 2.º del artículo 42 de la Ley.

Esta innovación de la Ley de 1970 adolece de algunas imprecisiones técnicas, pero responde a una concepción de atinada política criminal que aconseja el amplio uso de la sanción, consistente en privar del permiso de conducir vehículos de motor.

El texto legal no precisa suficientemente la naturaleza jurídica de esta sanción, ni a quiénes se puede imponer. Ruiz Vadillo (4) afirma que «sólo puede imponerse esta pena a quien o a quienes sean conductores precisamente en esa expedición de caza, pero no a sus acompañantes, aunque éstos sean titulares de permisos de conducción de vehículos de motor... por la misma razón de que si un conductor realiza imprudentemente una maniobra de marcha atrás con la colaboración de otra persona, que también actúa imprudentemente, producido el hecho dañoso, sólo se sanciona con pérdida de carnet al primero, aunque el segundo fuera también titular de permiso».

En nuestra opinión, puede y debe imponerse esta sanción a todos los que infringen el apartado c) del artículo 42, pues donde la Ley no distingue, tampoco debe distinguir el Juez. Se trata de un delito doloso —no culposo— que puede revelar una peligrosidad posdelictual que conviene controlar y dominar privando a los autores (peligrosos) de la autorización para usar los medios que les facilitan la reincidencia en esos delitos. Además, la privación de este derecho posee gran fuerza intimidante. A pesar

(4) RUIZ VÁDILLO, *Aspectos jurídico-penales de la caza (Delitos de caza)*, separata de la "Revista General de Derecho", Valencia, septiembre 1971, números 321, 322, 323 y 324, pág. 13. También la consideran pena, DIEGO (M. R.), *Delitos y faltas de caza*, en "Información Jurídica", enero-marzo 1972, págs. 12 y sigs. FERNÁNDEZ DEL CORRAL (J. M.), *Ordenamiento penal y procesal de la nueva Ley de Caza*, en "Información Jurídica", octubre-diciembre 1972, págs. 152 y sig.; FERNÁNDEZ DEL CORRAL (J. M.), *Ordenamientos penal y procesal de la nueva Ley de Caza*; en "Información Jurídica", octubre-diciembre 1972, págs. 145 y sigs.; DOMÍNGUEZ ROMERO (M.), *Problemática del vigente Derecho de caza*, en "Bol. Inf. Ministerio de Justicia", 5 mayo 1973, págs. 3 y sigs., y en "Bol. Inf. Ministerio de Justicia", 15 mayo 1973, págs. 8 y sigs.

de lo dicho, reconocemos que en algunos casos deberán aceptarse los argumentos en pro de la teoría de Ruiz Vadillo.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta sanción, la ley ofrece argumentos para considerarla pena (pues emplea sólo este sustantivo, y no el de medida), pero también para considerarla medida, pues dice que «podrá ser acordada por los Tribunales». Esta posibilidad de imponerla o no, da pie para pensar que se fundamenta —como las medidas— en la peligrosidad que es objeto de individualización judicial (pero no de individualización legal), ya que sólo el Tribunal puede y debe observarla en cada sujeto concreto.

2.3. Comiso y retirada de armas

Quizá pueden también considerarse como medidas los comisos y la retirada de armas que establecen los artículos 50 y 51 de la Ley. Según el artículo 50, todo delito o falta (o infracción administrativa) de caza llevará consigo el comiso de la caza, viva o muerta, que fuere ocupada. Además, serán decomisados los lazos, perchas, redes y artificios empleados para cometer la infracción. El artículo 51 de la Ley establece que la retirada de armas sólo se verificará por la autoridad o un agente en los casos que específicamente establezca el Reglamento (5) para su inmediato depósito en el puesto de la Guardia Civil que corresponda. Si la sentencia fuere condenatoria por delito, el Juez decidirá sobre el comiso del arma o autorizará la devolución previo pago de un rescate de dos mil quinientas pesetas en papel de pagos al Estado. Los condenados por falta podrán obtener la devolución del arma, previo pago, en la misma forma, de mil pesetas.

La anterior Ley de 1902 era más severa, pues en el artículo 47 establecía que en las infracciones de esta Ley se impondrá siempre la pérdida del arma o del objeto con que se pretenda cazar. El arma, siendo escopeta de caza, podía recuperarse mediante la entrega de quinientas pesetas, cantidad de valor entonces muy superior a las dos mil quinientas pesetas que exige la Ley actual.

Por otra parte, la Ley de 1902 era menos severa, en cuanto no disponía el comiso de perros ni de reclamos de perdiz o de hurones. La jurisprudencia siempre interpretó restrictivamente la frase «la pérdida... del objeto con que se pretende cazar», excluyendo los galgos (sentencia de 17 de diciembre de 1904 y sentencia de 19 de diciembre de 1914), los perros (sentencia de 31 de marzo de 1929), etc.

(5) Según el artículo 51 del Reglamento (Decreto 506/1971, de 25 de marzo), "la Autoridad o sus Agentes procederán a retirar las armas sólo en aquellos casos en que hayan sido usadas para cometer la infracción".

Conclusiones

A las páginas anteriores acerca de las medidas penales en el Derecho positivo español, convendría añadir un estudio comparativo del Derecho extranjero, pero supera los márgenes de nuestro trabajo. Para llenar esta laguna, transcribimos después, en los anexos, la regulación de las medidas en varias legislaciones extranjeras. Su lectura comprueba algunas de las opiniones que hemos expuesto anteriormente y también las conclusiones que creemos oportuno formular ahora acerca de la teoría general y acerca del Derecho positivo español.

1. Conclusiones respecto a la teoría general de las medidas penales

1. La parte primera y la parte segunda de este trabajo, así como la legislación extranjera del apéndice, muestran la importancia cada día mayor de las medidas penales en el Derecho criminal contemporáneo, tan fuertemente orientado hacia la prevención del delito, la resocialización del delincuente y la reparación a la víctima (imposibles de alcanzar con sólo la pena). Muestran también que su teoría, su legislación y su puesta en práctica presentan más complicaciones y más dificultades que la teoría, la legislación y la puesta en práctica de la pena.

La opinión —hoy extendida— de que las medidas penales son una de las más notables conquistas del tiempo moderno, debe ser sometida a contrastación precisa con la realidad en los tribunales y en los establecimientos penitenciarios. Sin este análisis interdisciplinario se corre peligro de construir gran parte de la futura teoría y administración de la justicia sobre bases falsas o poco sólidas. Este análisis ofrecerá datos muy fecundos para el penalista de mañana.

Los problemas en este campo exigen un replanteamiento radical de las coordenadas del Derecho penal (sustantivo y procesal) y, más aún, de la Penología, entendida en sentido amplio, como la parte del Derecho penal que estudia todas las consecuencias de la acción típicamente antijurídica.

2. La dogmática penal contemporánea necesita investigar los antecedentes históricos de las medidas como fundamento para reestructurar sistemáticamente un concepto genérico —y positivo, más que privativo— de la sanción penal.

La sanción penal consta de tres especies distintas: penas, medidas y reparaciones. Conviene prestar más atención al estudio sistemático de las dos últimas.

Urge también distinguir con claridad el concepto (fundamental para las medidas) de peligrosidad *in genere* y sus clases principales. La peligrosidad criminal o delictual, es decir la probabilidad de que una persona realice en un futuro próximo hechos típicamente antijurídicos, debe diferenciarse netamente de la peligrosidad social. Esta significa la probabilidad de que el sujeto realice en un futuro próximo actos asociales, que perturban levemente la convivencia, pero que no están tipificados como delitos. Las personas criminales difieren cualitativamente de las maleducadas, las antisociales de las asociales.

3. Las medidas penales son, como hemos dicho, medios asistenciales, consecuentes al hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales, a tenor de la Ley (con la ayuda de peritos en las ciencias del hombre), a las personas naturales peligrosas (con peligrosidad criminal) para lograr la prevención especial.

Como las penas, las medidas se justifican por su utilidad y necesidad para el individuo y la sociedad, por la imprescindibilidad del orden jurídico asistencial. Presuponen la peligrosidad. No presuponen la culpabilidad (propia de las penas).

4. Las finalidades del Estado social de Derecho y el respeto de los derechos elementales de la persona permiten y exigen la imposición y la aplicación —dentro del Derecho penal— de las medidas posdelictuales (que responden a la peligrosidad criminal deducida de un hecho típicamente antijurídico) y de las reparaciones penales, es decir, las prestaciones que la ley penal —mediante los órganos jurisdiccionales— impone al autor de un hecho antijurídico, y en algunos casos a la autoridad, para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad.

Las garantías que la ley regula para la imposición y aplicación de las penas deben mantenerse con tanto o mayor cuidado para la imposición y aplicación de las medidas penales.

Las medidas predelictuales (que responden a la peligrosidad social o criminal deducida de conductas asociales, pero no tipificadas como delito) pertenecen al Derecho privado, no al Derecho penal. Las autoridades gubernativas pueden adoptar medidas extrapenales de carácter preventivo y profiláctico: escolarización obligatoria de los menores y sanciones a los padres, prohibición de ciertos establecimientos en las cercanías de escuelas e institutos, prohibición de ventas de bebidas alcohólicas a menores, prohibición de cierto tipo de publicidad televisiva, sanciones en el tráfico, etcétera. Los particulares deben disponer de recursos rápidos y eficaces contra las autoridades que abusen de sus facultades sancionadoras.

5. Conviene distinguir —en lo posible— las medidas de seguridad y las medidas de protección. Las medidas de seguridad pretenden inocular —pero nunca eliminar— al peligroso. Sólo indirectamente pretenden la seguridad de la comunidad. Las medidas de protección pretenden reinserir al peligroso en la comunidad. Todas las medidas penales tienden y atienden a la repersonalización del delincuente peligroso antes y más que a la seguridad pública.

El Derecho penal represivo, el Derecho penal preventivo (más técnicamente hablando, Derecho penal resocializador) y el Derecho penal indemnizador, como las penas, las medidas y las reparaciones, son tres facetas de una misma realidad. No deben separarse, sino integrarse.

La medida penal debe ser impuesta por el mismo Juez o Tribunal que imponga la pena, aunque probablemente en fase distinta.

2. Conclusiones respecto al Derecho positivo español

1. La legislación española acerca de las medidas penales resulta escasa, poco realista y asistemática. Se reduce principalmente a dos textos legales: Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y Ley de Tribunales Tutelares de Menores. También regulan algunas medidas —pero pocas y con técnica muy criticable— el Código penal, el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley de Caza de 1970.

La carencia casi total de instituciones y de personal especializado obligan a denunciar la artificialidad y la ausencia de realismo en un campo tan importante de la política criminal.

Los textos legales, en lo relativo a las medidas penales, carecen de sistematización clara y científica.

2. La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sigue las líneas generales de la LVM, con algunos avances (creación de nuevas medidas, modernización de otras, mayor atención a las ciencias del hombre...) y algunos retrocesos (aumento de la sima abierta entre penas y medidas; equiparación de la disyuntiva «penas y medidas» con la disyuntiva «represión y prevención»; confusión conceptual en las nociones básicas como peligrosidad, medidas, rehabilitación...). La nueva Ley vuelve a caer en cuatro de los defectos radicales de la LVM:

A) No autorizar en su texto los créditos indispensables para la construcción, dotación y puesta en marcha de las instituciones necesarias, con el correspondiente personal especializado.

B) Prestar poca atención a las medidas posdelictuales, para fijarse excesivamente en las predelictuales.

C) Considerar estas medidas predelictuales como propias del Derecho penal, mermando así excesivamente las libertades individuales.

D) Ofrecer insuficientes garantías procesales. La nueva Ley mejora algo, en este campo, a la anterior; pero no lo necesario. En realidad, al estar atribuida la competencia para declarar el estado de peligrosidad a los Jueces, con intervención del Fiscal, se produce (más por razón de configuración mental que por exigencia legal) una especie de traslación analógica al proceso de la LPRS de los principios que regulan el proceso penal. Urge reforzar la Ley en este campo para salvaguardar las garantías adquiridas a lo largo de los siglos.

3. La Ley de Tribunales Tutelares de Menores regula asistemáticamente un número excesivo de medidas. Muchas de ellas, por su fundamento y su contenido, pertenecen al Derecho privado, aunque, *de lege lata*, puedan considerarse medidas penales *sui generis* (por referirse a los menores). *De lege ferenda*, para los menores, debe regularse un sistema reducido de medidas penales *sui generis* (pues las medidas penales propiamente tales son las aplicables a los adultos) que respeten seriamente las garantías elementales de la persona, según la moderna técnica dogmática sustantiva y procesal. Una buena parte de las medidas actuales pasarán a la competencia civil.

Urge la preparación y la puesta en vigor de una legislación complementaria de la LTTM (y del Código penal) que regule las medidas penales aplicables a los *jóvenes* (personas de edad comprendida entre los quince y los veintiún años, poco más o menos) peligrosos autores de hechos típicamente antijurídicos.

4. Las medidas (innominadas) del Código penal son insuficientes. También, las del Código de Justicia Militar, a no ser que se reduzca muchísimo el ámbito de aplicación de este Código, como lo exigen los principios elementales del Derecho.

La próxima reforma del Código penal debía introducir en su articulado un amplio sistema de medidas posdelictuales de corrección y de seguridad.

También convendría sistematizar dentro del Código penal una tercera especie de sanción, las reparaciones penales por el hecho típicamente antijurídico que comprenderían el comiso, la responsabilidad civil *ex delicto*, etcétera.

5. En las circunstancias actuales existen más ventajas que inconvenientes para dividir el proceso penal en dos fases. En la fase primera se enjuiciaría el hecho culpable realizado por el acusado. En la fase segunda se investigaría científicamente la personalidad del autor para individualizar la sanción. Esta segunda fase puede facilitar la colaboración de los especialistas en las ciencias del hombre, y acrecentar los resultados positivos de la prevención especial. Además, los jueces de aplicación de penas y *medidas* podrían así desempeñar mejor su complicada tarea.

Esperamos, mejor dicho, deseamos que pronto se creen los jueces y/o Tribunales de aplicación de penas y medidas.

