

LA REVISTILLA nº 7

Noviembre 2001

Publicación de la Sección Jurídica de la Pastoral Penitenciaria Católica.

Querid@s amig@s: Con un *pelín* de retraso, por causa sólo imputable a quien escribe estas líneas, sale a la luz un número más de esta pequeña herramienta al servicio de la Pastoral Penitenciaria. Nos alegra que juristas de diversos lugares se vayan animando a remitirnos resoluciones e informaciones de interés. Os recuerdo que nos podéis hacer llegar vuestras aportaciones al email de la redacción: **¡Error! Marcador no definido..** Muchísimas gracias.

Josito.

VA DE JURISPRUDENCIA

* Empezamos con un cambio jurisprudencial de enorme relevancia práctica. Nos referimos al **Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001** que da nuevo contenido normativo a la **agravante de notoria importancia**, en los delitos contra la salud pública. Por su enorme trascendencia para las personas penadas, os adjuntamos la HOJA INFORMATIVA especial y formulario. Aunque no recoge en toda su extensión las peticiones del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, supone, sin duda un paso, en la dirección que indicábamos de proporcionar mejor las penas al desvalor de los comportamientos. Por su singular trascendencia dedicamos un espacio importante y lo transcribimos literalmente:

“1.-La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del código penal, se determina a partir de las *quinientas dosis referidas al consumo diario* que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.

2.-Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la *sustancia base* o tóxica, esto es reducida a *pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados*.

3.-No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se *informen favorablemente las solicitudes del indulto* para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4.-Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro -sobre la base del remitido por el Instituto

Nacional de Toxicología- en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto”.

>Así pues, queda claro que se trata de un cambio jurisprudencial, no legislativo, aunque el contenido normativo esencial del cambio es el mismo y quizá habría sido más riguroso y garantista proceder a la revisión de oficio. Sin embargo, se apuesta por el indulto particular para acomodar la nueva pena imponible a la modificación. Esta se efectuará por el propio Tribunal Supremo en los casos de recursos pendientes de resolución ante este Tribunal, y en el resto de los casos debe llevarse a cabo por el Tribunal sentenciador. Sin embargo, nos parece que conviene que sea solicitado por la persona condenada, debiendo informar favorablemente el Tribunal. Cuestión distinta es el *quantum* de lo indultable. El criterio que se está siguiendo es el de proporcionalidad a la hora de tarifar las penas a las cantidades. Por su importante contenido doctrinal, transcribimos con amplitud la primera sentencia dictada por el TS en aplicación de la nueva jurisprudencia:

***STS de 6 de noviembre de 2001 (St 2027/2001):** “La aplicación de este nuevo criterio cuantitativo es fruto de un prolongado y meditado debate, que se ha venido desarrollando en esta Sala desde la aprobación del Código Penal de 1995 para atemperar el concepto normativo de notoria importancia a la **realidad social y a las exigencias impuestas por los principios fundamentales de legalidad y proporcionalidad**. Desde la perspectiva del principio de legalidad es preciso considerar que nos encontramos ante una agravación que viene determinada por un concepto normativo cuyo alcance no ha sido fijado “a priori” por el legislador, sino que tiene que ser precisado valorativamente por el juzgador, con el margen de inseguridad que ello conlleva (...). El legislador no ha establecido el subtipo agravado para aquellos casos en que la cantidad de droga objeto de la conducta enjuiciada fuese meramente “importante”, criterio valorativo de difícil concreción, sino que lo limitó con mayor precisión a aquellos supuestos en que la importancia fuese **notoria**, es decir **manifiesta, reconocida por todos**, pues éste es el significado lingüístico de la calificación de notoriedad. Pues bien, es lo cierto que los parámetros utilizados por este Tribunal desde 1984 para la aplicación del subtipo, ya no son, en la realidad social, criminológica y legislativa actual, reconocidos “por todos”, sino por el contrario fuertemente cuestionados por la doctrina y la práctica jurisdiccional de los Tribunales de instancia, **habiendo desaparecido el consenso necesario en la comunidad jurídica** para que un criterio de agravación pueda ser legítimamente calificado como “notorio”. En definitiva se impone su revisión(...). Parece claro que un elemental

criterio de proporcionalidad exige interpretar el límite entre lo habitual y lo “notoriamente importante”, es decir lo que excede notoriamente de los supuestos ordinarios ya sancionados rigurosamente por el tipo básico, atendiendo como parámetros a la realidad criminológica, que determina que lo que era extraordinario en 1984 ya no lo sea en la actualidad, y sobre todo a la relevancia del incremento punitivo que viene impuesto por la aplicación de la agravación. Y en este sentido es claro que si en el nuevo marco legislativo la “notoria importancia” determina un incremento ciertamente extraordinario de penalidad (un mínimo de nueve años de privación de libertad para los casos de cocaína, que son los más frecuentes), la agravación debe aplicarse exclusivamente a supuestos de verdadera y manifiesta importancia, que justifiquen este acentuado incremento punitivo. En consecuencia la doctrina jurisprudencial debe evolucionar para adaptarse al nuevo marco legislativo(...). En tercer lugar, concurren también **razones de efectividad**. El nuevo marco punitivo, - para simplificar y centrarnos en los casos más relevantes vamos a referirnos al establecido para las drogas del tipo de la cocaína - abarca un amplio arco para el tipo básico, de tres a nueve años de privación de libertad, que permite una aplicación proporcionada y efectiva del instrumento penal, valorando la gravedad relativa de las conductas enjuiciadas y la culpabilidad de su autor, e individualizando la pena correspondiente. De este modo **cabe una respuesta punitiva diferenciada, y en consecuencia más efectiva, proporcionada y disuasoria**, que permite sancionar más gravemente, por ejemplo, la introducción de seiscientos gramos de cocaína que la de doscientos, sin abandonar el marco punitivo básico. Y diferenciar, al mismo tiempo, dichos supuestos de los notoriamente importantes, que determinan la aplicación del marco agravado de nueve a trece años y seis meses de prisión. in embargo la aplicación de un límite muy reducido de la notoria importancia, determina en la práctica que todos esos supuestos se traten de forma indiferenciada, con la imposición de la pena de nueve años de prisión, mínimo del tipo agravado. Con ello no solo se vulnera el principio de proporcionalidad, sino que se distorsiona la efectividad de la respuesta penal, que es eficaz cuando es afinada y no cuando es indiscriminada. La consecuencia inmediata es que **se prima indirectamente el gran tráfico**, pues la sanción será en la práctica la misma por cinco Kilos de cocaína que por quinientos gramos. Esta distorsión no solamente se produce por la mínima capacidad de individualizar las respuestas, sino también por la reacción jurisdiccional frente a la necesidad de aplicar de forma generalizada, a supuestos menores, la penalidad tan rigurosa prevenida para el subtipo agravado. Dado que la elevada magnitud del mínimo no permite individualizar la pena atendiendo a las circunstancias personales de

los autores, **los Tribunales de instancia**, en la búsqueda de una justicia material que los reducidos límites de la notoria importancia dificulta extraordinariamente, **se ven forzados, en ocasiones, a la apreciación de dudosas eximentes incompletas** (estado de necesidad, miedo insuperable), **o bien grados imperfectos de ejecución** (tentativa) o **participación** (complicidad), **según ha podido apreciar este Tribunal a través de la experiencia** proporcionada por el ejercicio de su labor casacional desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Esta experiencia constituye una razón adicional para adaptar el criterio jurisprudencial a las necesidades derivadas del nuevo marco punitivo. En definitiva, tanto **razones de legalidad, como de proporcionalidad y de eficacia**, aconsejan la modificación, meditada, del referido criterio jurisprudencial.

Expuesta la necesidad de la modificación, es preciso **ahora concretar los nuevos parámetros**. Es claro que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley imponen establecer unos criterios precisos, que puedan aplicarse generalizadamente a toda clase de drogas y que concreten aquello que es considerado como notoriamente importante a estos efectos por la mayoría de la Sala casacional. Tratándose de tráfico de estupefacientes, **parece razonable partir de las cifras que cuantifican el consumo diario estimado de un consumidor medio, y a partir de ahí fijar la notoria importancia en atención a la cantidad de droga que permita abastecer un mercado importante (cincuenta consumidores) durante un periodo relevante de tiempo (diez días). Se obtiene así la cifra de quinientas dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas**, que ha merecido la aprobación del Pleno de esta Sala. Para garantizar la uniformidad en la aplicación del subtipo se toma como pauta de referencia para determinar el consumo diario de cada una de las drogas el informe de 18 de octubre del año en curso emitido a solicitud de esta Sala por el Instituto Nacional de Toxicología. En lo que se refiere a los supuestos más frecuentes, **las quinientas dosis equivalen a 750 gramos para la cocaína, 300 para la heroína y 2500 gramos para el hachís**. Este nuevo criterio exige la individualización de la pena dentro del marco punitivo completo de tres a nueve años de prisión, **valorando en cada caso la cantidad de droga ocupada**. Cuando la importancia de la droga objeto del delito enjuiciado sea relevante, **superior a la cifra que con la doctrina anterior integraba el subtipo de notoria importancia**, la pena a imponer **no debería ser inferior a los cinco años** de privación de libertad.

STS. 05.09.01 (C. Granados) Robo intimidación. Consumación. Reparación parcial del daño. Pluralidad de atenuantes y agravantes. “En los delitos patrimoniales de

apoderamiento, la *consumación* delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición, o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída o *illatio*. Debe prosperar la estimación de la *atenuante de reparación* o disminución de daños y perjuicios prevista en el art. 21.5 CP 1995 ya que el acusado, antes de la celebración del acto del juicio oral, procedió a consignar veinticinco mil pesetas para reparar e indemnizar, *en parte*, lo sustraído y los desperfectos causados en el carro ambulante del perjudicado. La sentencia de instancia, en la determinación de la pena impuesta por un delito de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso, tuvo en cuenta la concurrencia de la *agravante de reincidencia* y la *atenuante analógica de drogadicción*, que se compensaron, a tenor de lo previsto en el art. 66 regla 1.ª CP 1995, imponiendo la pena mínima de tres años y seis meses de prisión. Ahora bien, apreciada en el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia la atenuante de **reparación o disminución de daños**, resulta que concurren dos atenuantes y una agravante; situación que, a los efectos de determinar la regla aplicable del art. 66 CP 1995, el TS 2.ª resuelve siguiendo el acuerdo de **la Junta General de esta Sala de 27 Mar. 1998**, que consideró correcto el criterio mantenido por el Tribunal de instancia **de imponer la pena inferior en un grado** a pesar de concurrir una circunstancia agravante, pues la índole e intensidad de las dos circunstancias atenuantes concurrentes en el supuesto analizado, a pesar de la agravante de reincidencia, determina que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y ello permite aplicar el art. 66 regla 4.ª CP 1995, procediendo como ponderada, la pena inferior en un grado que se concreta en dos años de prisión, pena que sustituye a la impuesta de tres años y seis meses de prisión (cfr. TS 2.ª 14 Abr. 1998)".

STS 21.09.01(L.Puerta) Pena excesiva en delito contra la salud en centro penitenciario e indulto parcial de 2/3 de la condena. 0,17 gr. de hachis vendidos por 1000 pesetas dan lugar a 3 años de cárcel (agravante centro penitenciario). Se estima ínfima cantidad y propone al Gobierno el indulto.

STS 29.01 01 (Marañón): El subtipo agravado de difusión en Centro Penitenciario es inaplicable cuando la cantidad de droga alijada es tan reducida que hace imposible prácticamente la difusión. (Así, STS 25.04.91 y 31.11.93) En el caso O,304 gr..

STS 18.12.2000 cantidad insignificante de droga incautada: absolución. Diez papelinas *sin datos* de peso ni pureza. Las cantidades

insignificantes, carecen de antijuridicidad material por no suponer un ataque al bien jurídico protegido, (STS 12.09.94; 28.10.96) El hecho probado debe acreditar pureza y cantidad

STS 04.06.01 Doctrina general sobre testigo de referencia. Sólo puede ser signo incriminatorio cuando no se puede practicar prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial al acto del juicio oral. Así SSTS 17.02.96, 24.02.97 y SSTC 303/93 de 25.10, 74/94 de 14.03 y STEDH, casos Delta, Isegr, Asch, Windisch, Kostorvski y Lüdi.

STS 29.05.01 (Martín Pallín) Criterio responsabilidad civil subsidiaria de II.PP. tras nueva redacción art. 121 CP. Se mantiene su fijación no sólo por los moldes tradicionales de la culpa *in eligendo*, in vigilando o *in educando*, sino por la vía más objetiva de la *creación del riesgo*. El art. 121 del CP establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado respecto de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos o culposos, cuando sean cometidos por la autoridad, agentes y contratados de la misma, funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones. Pero no procede por el delito cometido por un particular –preso de permiso quebrantado- que no tenía vínculo fuincionario. El permiso fue concedido por el Juez de Vigilancia, por lo que la eventual responsabilidad, de existir, habría de ser canalizada hacia la LOPJ (art.292 ss.) por vía de responsabilidad civil por daños y perjuicios producidos por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

STC, Sala Segunda, STC 1782001 de 17 de septiembre: Se considera que pese a que la regulación legal del **recurso de queja** no prevé el **traslado del mismo a las partes personadas** (p.e. querellante), con la excepción del M. Fiscal (arts 233 y 234 LECr), esta regulación no prohíbe dicho traslado y la necesidad de proceder al mismo deriva de la interpretación de tal normativa procesal a la luz de los principios constitucionales derivados del art. 24 CE, integrando los preceptos preconstitucionales de la LECr con las garantías que derivan de tales principios, máxime cuando el recurso de queja en el procedimiento abreviado ha perdido su caracterización inicial, para convertirse en un recurso ordinario más, que procede contra los autos interlocutorios de órganos unipersonales que resuelven recursos de reforma y que no sean susceptibles de recurso de apelación de modo expreso. Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial de la querellante; se retrotraigan las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dé traslado del mismo a la querellante.

Audiencia Provincial de Alicante: Rollo 1/01, apelación, Auto 33/01 de 22 de enero Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante.: "El recurrente está ingresado en el Centro de cumplimiento desde hace casi un año, período de tiempo durante el que presumiblemente habrá cesado en el consumo de drogas (a menos que el personal del establecimiento haya incumplido sus funciones de vigilancia y la finalidad reformadora de la pena se haya frustrado). Al margen de la presunción de posible reincidencia, no se aprecia ninguna otra circunstancia que autorice a denegar la progresión de grado interesada, resultando favorables todas las demás que concurren en el solicitante. Procede progresión a tercer grado."

Audiencia Provincial de Madrid (sección V) Sentencia 16.10.00 Sólo ha sido el tipo de delito y la larga condena los factores que se tuvieron en cuenta para denegar la progresión, Parece razonable, si no una progresión de grado, sí la **combinación de consecuencias de uno y otro grado que permite el art. 100 RP**, no como fórmula definitiva sino como paso intermedio a la obtención del tercer grado.

Auto Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Toledo (M.A. Encinar). Supuesto de **no procedencia de internamiento cautelar de extranjeros, durante la tramitación administrativa de propuesta de expulsión**. Si la expulsión es inmediatamente ejecutiva, sin sujeción a otorgamiento de plazo alguno, lo que procede es la detención del extranjero y su conducción a un puesto de salida, sin perjuicio de que, si dichas medidas no se pueden llevar a efecto en el plazo máximo de 72 horas, se puede solicitar el internamiento. Sin embargo, en los supuestos en que deba concederse un plazo al extranjero para abandonar el territorio nacional, será factible su detención y conducción al puesto de salida cuando el plazo haya transcurrido, existiendo la posibilidad de tal internamiento si tales actividades de ejecución forzosa de la expulsión no pueden llevarse a efecto en el plazo de 72 horas. En el primer supuesto, la autoridad gubernativa solicitante del internamiento debe justificar las causas que le impiden la ejecución forzosa de la expulsión en el plazo de 72 horas; en el segundo, además, que se concedió un plazo al extranjero para el cumplimiento voluntario de la expulsión y que dicho plazo ha sido incumplido por el mismo. En definitiva, el internamiento no puede ser adoptado como medida cautelar en este caso. Autorícese la salida del Centro de Extranjeros.

Juzgado Penal 1 de Murcia condena a jefe de servicios por imprudencia leve con resultado de muerte de una persona presa fallecida al incendiar la celda, "porque no prestó en el cumplimiento del deber de custodia y vigilancia

la atención debida. Se condena a 2 meses de multa y casi 22 millones de responsabilidad civil.

HEMOS LEIDO:

El Juzgado de Vigilancia nº2 de Madrid señala que la libertad de prescripción prima sobre las razones presupuestarias. El fallo anula la Circular de 26 de enero de 2000 de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria que imponía la prescripción de genéricos a los pacientes afectados de VIH/sida. Ello fue duramente criticado por la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria. La resolución es la respuesta al recurso que presentaron los propios servicios médicos el centro penitenciario. Se basa en que la eliminación de un tratamiento que está resultando efectivo para los enfermos de VIH positivo (combinado de lamivudina y zidovudina en el mismo comprimido que exige menos tomas y facilita adherencia al tratamiento), así como los informes de los facultativos del centro alertaban sobre las consecuencias negativas de la sustitución del medicamento (...) Ello pudiera afectar al derecho a la salud de los internos que la Administración Penitenciaria tiene que salvaguardar (...) No se puede aceptar una discriminación efectiva del enfermo-presos frente al enfermo en libertad que carece de una justificación científica (...) La razón médica debe estar por encima de consideraciones económicas o presupuestarias en cuanto está afectando al derecho a la salud de una persona". (Diario médico 9 de octubre de 2001)

El Tribunal Supremo anula el despido de un preso que trabaja en la cárcel. La Sala de lo Social anula una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de noviembre de 1999 que estimaba que el despido tiene cabida en el Reglamento Penitenciario. Por su parte el T.S. señala que el RP "contiene diversas causas de extinción de la relación laboral especial, entre las que no figura el despido", figura que se regula en el ET. Este se desarrolla, en lo referente a la relación laboral por el Reglamento Penitenciario que no contempla el despido. (El Mundo, 26.11.00)

INFORMACION GENERAL

Nos consta que la Comisión Legislativa que está trabajando sobre la revisión de penas en el Código Penal, está barajando la posibilidad de un tipo básico de delito contra la salud con una horquilla de penas más flexible, en el que la notoria importancia no supusiese elevación de grado, sino aplicación de la mitad superior del

mismo, así como rebaja en el tipo básico mínimo compatible con suspensiones, sustituciones etc. El cambio jurisprudencial del T.S. no ha sido sino un anticipo del cambio legislativo que se anuncia.