

LA REVISTILLA nº9

Organo de comunicación del Área Jurídica del Departamento de Pastoral Penitenciaria Católica.

Queridos **¡Error! Marcador no definido.** Os remitimos el último ejemplar de nuestra publicación, justo recién celebrado el último Encuentro de Juristas y Pastoral Penitenciaria, del que se os da cuenta en otro lugar. Gracias por seguirnos y os reiteramos lo de siempre: será bienvenido todo lo que queráis remitirnos al “emilio” **¡Error! Marcador no definido.** Un saludo afectuoso y feliz verano. Josito. Coordinador del Area.

JURISPRUDENCIA

* Por su interés (**crítica al CP por el tratamiento jurídico de la drogodependencia y posibilidad de reparación del daño en delitos sin víctima a través del propio proceso terapéutico**), aunque se trate de jurisprudencia menor, empezamos por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección XVII, Ponente Jesús Fernández Entralgo) SAP 07.02.02. Delito contra la salud.

“Respondiendo a una imagen muy poco científica de los problemas que plantea la drogodependencia, el CP distingue entre intoxicación plena y síndrome de abstinencia que pueden fundamentar una exención de responsabilidad. Sin embargo, arbitrariamente, en comparación con otros trastornos mentales equivalentes y aun de menor entidad (podría constituir tacha de inconstitucionalidad) la dependencia de sustancias de abuso que constituye, de acuerdo con los Manuales de Diagnóstico, un “mental disorder” que por si solo no justificaría otra cosa que no sea la apreciación de una simple atenuante, de menor efecto penológico, cuando el delito se revele como funcional, de acuerdo con lo establecido por el art. 21,2.

<N. de R. En efecto, como venimos insistiendo, mientras que con el anterior CP la acreditación de una grave adicción suponía ordinariamente la aplicación de una eximente incompleta, en la actualidad la misma patología sólo accede a una

simple atenuación. Mientras que los criterios de valoración psicológicos y psiquiátricos no han variado (DSM-IV y CIE-10) si lo ha hecho el CP. Una corrección a esta disfunción entre el lenguaje jurídico y el pericial, quizá pueda venir, en los casos en que así pueda apreciarse, por la valoración por parte del perito de una “gravísima adicción”, la cual obviamente va más allá de la mera “grave adicción” atenuatoria. Ello permitiría, por más que no guste al TS, aplicar una atenuante muy cualificada del 21.2 o una eximente incompleta, con la consiguiente posibilidad de rebajar en uno o dos grados la pena¹ En todo caso, no se olvide que, a partir de la STS 11.04.02 la atenuante de grave adicción tiene la puerta abierta a las medidas de seguridad alternativas a la prisión de que dispone el ámbito de la eximente>.

Continua señalando la SAP 07.02.02, “En los **delitos sin víctima podría parecer imposible aplicar la circunstancia de reparación del daño. Sin embargo**, tan simplista conclusión ha de revisarse cuando el **acusado ha iniciado espontáneamente el proceso de su resocialización**, acudiendo a un centro rehabilitador. El culpable esta tratando de reajustar su vida a las exigencias de una convivencia ordenada y **ese esfuerzo merece ser tenido en cuenta**, del mismo modo que, cuando quien lesiona materialmente un derecho o interés de persona determinada, se preocupa por poner remedio al mal causado. Esta conclusión se refuerza recordando que, **en los casos en que, de acuerdo con el principio de vicariedad que inspira el vigente sistema penal español, se impone a una persona, para su cumplimiento, con anterioridad al de una pena, de una medida de seguridad consistente en tratamiento recuperador de una drogodependencia, su buen resultado permite, de acuerdo con el art. 99 CP, suspender la ejecución efectiva de la pena por un tiempo no superior a la duración de ésta”.**

<N. de la R. En esa dirección, podemos señalar que la STS 06.10.98 indica que “el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos, se dará una reparación simbólica que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos²>

¹ Cf “Atenuante analógica y drogas” en SEGOVIA, J.L., *Código penal al alcance de todos*, Madrid⁶, 2002, 146.

² *Ibid.*, “La mediación penal de adultos”, 165 ss.

* Respondiendo a cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección 4ª de la AP de Sevilla, el Pleno del Tribunal Constitucional, en **STC 17.01.02**, ha **declarado inconstitucional el art. 557 LeCr. por incompatible con el art. 18 CE**, pues aquél excluye expresamente que las **habitaciones de los hoteles** puedan considerarse domicilio a efectos de entrada y registro. Se requiere previa autorización judicial específicamente para las habitaciones en que los huéspedes **despliegan su privacidad**.

* STS 30.04.02 Se aprecia la circunstancia atenuante de **análoga significación a la exigente incompleta de estado de necesidad** por menor exigibilidad de conducta conforme a derecho en “mujer de 46 años, condenada por delito contra la **salud pública**, sin antecedentes penales, separada y con tres hijos, el menor gravemente enfermo. Al tiempo, había de hacer frente a deudas de agua y luz y amenaza de desahucio, buscando un mejor tratamiento médico para su hijo”

* STS 14.03.02 **Tipos de alevosía: proditoria o a traición** (destaca el abuso de confianza); la *sorpresiva* (imprevisibilidad que dificulta el defenderse); y el *aprovechamiento* de situaciones de *desvalimiento* que hay que separar del abuso de superioridad, (cf. STS 04.03.02: si queda posibilidad de defensa existe abuso de superioridad).

* STS 18.02.02 Cabe **arrepentimiento (16,2º CP como excusa absolutoria)** con delito intentado a punto de consumación, incluso cuando la acción –eficazmente dirigida a matar- se encontraba ya ejecutada, si bien no consumada”, porque el autor hizo lo que estaba a su alcance para evitar la consumación, que de otro modo, se habría consumado.

* STS 11.03.02, siguiendo la STS 29.06.01, **la cláusula atenuatoria del 242.3 CO** es aplicable al caso, al no seguir a la violencia ejercitada secuela o consecuencia lesiva, lo que supone menor antijuridicidad del hecho.

* STS 13.04.02 La **reincidencia** prevista en el CP de 1995 es sólo la específica por lo que cualquier recaída en el delito no supone la agravación (han de ser delitos de la misma naturaleza).

* STS 23.05.02 En línea con la STC 16.12.1987, la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones delictivas no puede ser confundido con tales actividades. La **apología es un delito de opinión** que versa sobre otro delito objeto: el terrorismo con el que no puede confundirse. En otro caso, habría de ser tratada del mismo modo la apología de la apología, lo que conduciría al absurdo. El Convenio Europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977, a efectos de extradición, considera delitos de esta clase los atentados graves contra la vida y la libertad de las personas, entre otros, circunscribiéndose el alcance de la norma exclusivamente a la autoría, la complicidad y la tentativa. Cf. Posición Común de 27 de diciembre de 2001 del Consejo de la Unión Europea.

* STS 17.05.02 **Abuso sexual con prevalimiento: elementos**. El Código penal configura el abuso sexual con prevalimiento de forma distinta a la anterior redacción del tipo penal. Al exigir que el culpable se prevalga de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad se al mismo tiempo, notoria y evidente (manifiesta), es decir objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también “eficaz”, es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre la que se ejerce.

* STS 05.06.02 **No todo quebrantamiento de las normas y garantías procesales supone la nulidad del enjuiciamiento y la repetición del juicio**, pues existen supuestos en los que los vicios procesales pueden ser corregidos por el órgano encargado de la revisión mediante una resolución que reponga el derecho vulnerado sin que pueda producirse indefensión.

* STS 25.04.02 **Salud pública. Intervención telefónica y su motivación**. La motivación de la intervención telefónica es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la decisión acordada. La **resolución debe contener** la

expresión de las razones fácticas y jurídicas que apoyan la adopción de la medida, los indicios que existen sobre la comisión de un delito grave y los que vinculan con dicho delito a la persona que se pretende investigar, así como los razonamientos en orden a la gravedad del delito investigado y la necesidad de su adopción.

* STS 25.04.02 **Delito contra la Hacienda Pública y Seguridad Social. Tipicidad.** La falta de ingreso de las cuotas correspondientes a los trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social y de las cantidades correspondientes al Impuesto de Renta de las personas físicas, está sometida al **requisito objetivo de la cuantía**, de manera que la conducta es atípica si no llega a los **quince millones** de pesetas.

* STS 13.05.02 **Agresión sexual: concepto de penetración** tiene un fundamento normativo que existe cuando la acción violenta puede ser considerada como una grave afrenta a la intimidad sexual del sujeto pasivo.

* STS 18.05.02 **Robo con intimidación.** La utilización de un **arma de fuego es un medio peligroso** que da lugar a la aplicación del tipo agravado del art. 242 Cp. Con relación a las armas de fuego **inidóneas para el disparo**, la agravación puede ser aplicada dependiendo de la decisión sobre el uso agresivo que se pretenda darle. Es decir, si se utiliza como objeto contundente, pues el fundamento de la agravación se basa en el peligro que se genera para otros bienes jurídicos diversos de los inmediatamente protegidos por el tipo penal. En otras palabras, **un incremento de la intimidación que no pone en peligro otros bienes jurídicos no permite la aplicación del tipo agravado.**

* **STS 29.05.02 Fraude de subvenciones: Tipicidad. Estafa.** La acción de aparentar la existencia de una relación laboral inexistente para obtener las subvenciones del desempleo, constituye un engaño pero esta mendacidad no es suficiente para afirmar los requisitos del engaño típico de la estafa. **Es necesario que el sujeto pasivo realice un desplazamiento económico causalmente relacionado con el engaño y el error sufrido.** En este supuesto, el sujeto pasivo, el Estado, realiza su disposición, de forma independiente del engaño, pues se limita a comprobar formalmente los requisitos de la

concesión de la subvención, y por ello se reserva las facultades inspectoras que le corresponden. Con independencia de lo anterior, el **principio de especialidad** supone la aplicación del tipo penal del fraude de subvenciones.

* **STS 06.05.02 Estafa. Engaño bastante** cuando la **diligencia del hombre medio se vea sorprendida** por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de defensa desplegados por el sujeto pasivo no capten la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo (módulo objetivo o abstracto); o bien que la falacia será suficiente cuando en el concreto sujeto pasivo o receptor de aquélla haya sido incapaz de advertirla (módulo concreto o subjetivo).

* STS 08.04.02 Las sentencias condenatorias por **delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor** que determinen responsabilidad civil para las víctimas **deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del Seguro Obligatorio**, siempre que el daño se haya ocasionado con motivo de la circulación.

* STS 13.03.02 **El criterio diferenciador entre detención ilegal y coacciones** está en el elemento subjetivo del injusto: privar sólo de la libertad de movimientos en el primer caso; no es criterio de diferenciación la menor duración del tiempo.

* STS 04.03.02 **La prueba de testigos de referencia** es admitida por el art. 710 LECr. Sin embargo, es poco recomendable y de ahí el cierto recelo jurisprudencial (cf. STS 01.10.90) pues supone eludir el debate sobre la realidad misma de los hechos, por ello, siempre que sea posible, debe llamarse a los testigos presenciales.

* STS 08.02.02 El tipo penal de la **estafa** requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial. De modo diferente, en la **administración desleal** no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar una disposición patrimonial pero que ha otorgado a otros poderes para que la realice.

* STS 26.12.01 La **agravante de disfraz no incrementa el desvalor** jurídico penal

del hecho **por ocultar** la identidad del autor, **sino por el mayor efecto intimidante** que ejerce sobre la víctima y la mayor energía criminal que se ha exteriorizado.

* STS 22.01.02 La realización de **cacheo personal tras la detención no requiere específica autorización judicial**, pudiendo ser considerada como una medida necesaria de seguridad, actos de investigación o de prevención **cuya realización debe documentarse en el atestado** levantado y en la que debe compatibilizarse la necesidad de su realización con el **respeto a la dignidad** de las personas.

* STS 07.02.02 **El error en el golpe** o “aberratio ictus” consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante si existe identidad del bien jurídico protegido. Habrá que distinguirse si el segundo objeto sobre el que recayó la lesión estaba, o no, a la vista de del autor. **Si estaba a la vista** habrá **dolo alternativo** cuando el resultado de la acción no era improbable. **Si no estaba a la vista**, el autor debe responder de **tentativa de homicidio** respecto del objeto determinado sobre el que se proyectó la acción en **concurso ideal con un homicidio imprudente**.

* STS 19.02.02 La **incongruencia omisiva** adquiere relevancia constitucional si se incardina en el derecho a la tutela judicial del art. 24 CE que, junto con el art. 120 CE, señala la necesidad de que las partes obtengan una respuesta fundada y motivada en relación con las pretensiones (en su doble vertiente: o por no dar respuesta o por no darla fundada)

* Aunque algo más antigua, sigue de actualidad la STS 5 de febrero de 1998: “el bien jurídico protegido mediante la punición **del tráfico legal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas** no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo, sino que **surge como delito de riesgo abstracto** para proteger a todos los trabajadores nacionales o extranjeros, **frente a una nueva forma de explotación** favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la **profundización de la**

desigualdad entre países pobres y ricos, la multiplicación de la comunicaciones internacionales y el lógico crecimiento de la aspiración de la población de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida.

* STS 21.05.02 **Teoría del fruto del árbol envenenado y su corrección con la del descubrimiento inevitable**. La investigación de un homicidio revela que el cadáver presentaba una mordedura que permitiría, mediante la obtención de moldes de yeso de sospechosos determinar la autoría del hecho. Se realiza un molde sobre un sospechoso que denuncia la vulneración de su derecho a ser informado de la imputación. La sentencia le da la razón afirmando la necesidad de la información previa, pero añade que “la infracción cometida no permite invalidar las pruebas posteriores. Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos falta la conexión causal entre ambas diligencias, la conexión de antijuricidad en términos del Tribunal Constitucional. En otras palabras: **todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es resultado de esa condición**.

* STS 07.11.00 En el presente caso (**tirón de bolso**) el autor no ha impedido a la víctima la defensa de la cosa mediante una coacción violenta, sino que sustrajo el monedero mediante el factor sorpresa. Es, por ello, un **hurto**. El tirón suele estar en la frontera entre robo con violencia y hurto, sobre todo cuando la acción sobre la cosa no produce caídas u otras repercusiones físicas sobre la víctima,

STS 20.12.01 El **engaño típico de la estafa** debe ser examinado desde la perspectiva objetiva y subjetiva. El baremo **objetivo** va referido a una persona media y aciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente. El criterio **subjetivo** atiende a las concretas circunstancias del sujeto pasivo. Ha de tenerse también en cuenta la concreta situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa.

VIGILANCIA PENITENCIARIA

* Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Baleares. Auto 09.05.02 Reivindica la superior competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre **traslado de reclusos cuando del mismo se infiera una desviación de poder** determinante de lesión para el derecho del interno a un tratamiento adecuado, o cualquier lesión de derechos fundamentales relacionada con el tratamiento, al amparo del art. 76-6 LOGP: Se trata de una competencia exclusiva de la DGIP pero ejercita regladamente, con unos mínimos legales, no arbitraria, abusiva o desviada, sometida en todo caso al imperio de la ley y a revisión jurisdiccional. Se plantea conflicto de Jurisdicción con remisión al Tribunal de Conflictos.

* En similar dirección, la Audiencia Provincial de Palma (auto 256/01) reconoce la exclusividad administrativa en materia de **traslados**, si bien sujeta a revisión contencioso-administrativa, salvo que por **vía de queja entre el Juez de Vigilancia a controlar en cuanto afecte a los derechos** fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de los internos.

*Auto del Juzgado de Vigilancia de Sevilla 12.02.02 se **reconoce la veracidad de las suspensiones y demoras en los traslados de internos a unidades extrapenitenciarias sanitarias con consulta programada** (16% de las citas en el año 2000 y 29% en 2001) debido a **falta de fuerza conductora. Se insta a la DGIP a asegurar el derecho a la salud** requiriendo al Director del Centro Penitenciario a coordinarse con la Delegación del Gobierno a efectos de disponer de fuerza conductora.

* Auto 07.06.00 A.P. Madrid, Sección 5ª: **“Es preciso enviar el mensaje contrario: este permiso puede ser el primero de otros muchos; la progresión de grado, la libertad después, quizá pronto (no la libertad del fugado oculto y buscado; la libertad auténtica del que nada teme) dependen en buena medida de usted.** Ciertamente que en esto hay un riesgo pero es un **riesgo que la ley afronta al considerar los permisos como parte del régimen penitenciario**, esto es como el Derecho normal o regimental cuando se cumplan las condiciones legales”.

* Auto 21.12.99, AP Madrid 5ª, “Si identificáramos la **mala conducta** con el

color negro y la **buena** con el blanco, la **“No mala conducta”** a que se refiere la ley penitenciaria comprendería a esa casi generalidad de personas que se mueve (nos movemos, sería más justo decir) en los tonos grises, combinando actuaciones positivas y negativas, aciertos con errores”.

* Auto 28.01.00, A.P. Madrid, Sección 5ª, **“Cumplidos los requisitos legales el permiso debe ser la normal y su excepción la denegación. En la Ley (no así en el Reglamento donde extrañamente se incluyen en un título propio) aparecen en el título correspondiente al régimen penitenciario**, esto es, a las normas que **regulan la forma de vida ordinaria** de los internos, de forma que, en principio, y como regla general, ha de entenderse que los permisos forman parte de la forma de vida ordinaria de los internos, **lo que concuerda con sus finalidades esenciales de facilitar la preparación, desde la libertad y la responsabilidad, para la vida en libertad”.**

* STS 20.12.00 **Mantenimiento de pensión no contributiva de jubilación durante el internamiento penitenciario**, Voto particular que señala que la Sala se separa de las **SSTS 14.10.99 y 14.12.99**, en las que se considera que **el alimento del interno no tiene naturaleza de renta o ingreso** que pueda tener relevancia a efectos de cuantificar la pensión.

LEGISLACIÓN

* Aprobada por el Congreso la proposición no de ley (17.04.02) **Proyecto de Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia**, en el seno del pacto por la Justicia.

* BOE 12 de marzo de 2002 se publica el RD regulador del **Registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores**.

* El 1 de febrero de 2002 ha entrado en vigor en España el **Convenio de compensación para víctimas de crímenes violentos o personas a su cargo** (ver <http://conventions.coe.int>).

* BOE 08.02.02 Proposición de Ley de Coalición Canaria para ampliar la suspensión de la **ampliación de la LO**

5/2000 a los mayores de 18 años, otros dos más.<¡Ay como cunda el ejemplo!>

* Está en estudio el proyecto de L.O. que reforma la L.E.Cr. (cerca de 60 arts) con sistema de **enjuiciamiento ultrarápido**, policía judicial pone a disposición e incluso cita y hace de perito. Se modifica también el procedimiento abreviado. <O mucho mejora el proyecto o las garantías jurídicas van a sufrir fuerte detrimento>

* Se está debatiendo el **Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica sobre Responsabilidad Penal de los Menores**.

EXTRANJERÍA

EL TC avala que se pueda retener 6 días a extranjeros en frontera pues mientras el solicitante de asilo permanece en el puesto fronterizo, se halla en “dependencias adecuadas”, y rigen los derechos fundamentales derivados de la dignidad que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los poderes públicos españoles. El recurso se refería al aptdo. 8 del art. único de la Ley 9/1994 que modificaba el art 5.7 párrafo tercero, de la Ley 5/1984. (V/lex)

* Instrucción 4/2001 de 25.07.01 sobre autorización judicial **de expulsión de los extranjeros imputados** en procedimientos penales, instando como criterio general los fiscales la expulsión en imputados a delitos menores de 6 años.

PUBLICACIONES

* Se acaba de publicar “**Mirando el abismo**”, acerca de las condiciones de vida del primer grado penitenciario, de J.Ríos y P.Cabrera, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002.

* En **Estudios en Investigaciones de la Central Penitenciaria de Observación**, DGIP. Madrid 2001 se hace notar que los que han estado en el régimen cerrado tienen un porcentaje de reincidencia al cabo de tres años de su salida de un 57%.”La demostración empírica muestra que **los liberados en libertad condicional reinciden menos que los que son excarcelados en libertad definitiva... Si queremos defendernos de nuevos delitos, el camino no parece ser el endurecimiento de las penas y de las**

condiciones de cumplimiento. Por el contrario, todas las medidas que influyen en **condiciones más suaves de cumplimiento, como reducciones de condena, participación en actividades y programas de tratamiento, permisos de salida, etc. resultan ser causa de menor reincidencia, lo que resulta esperanzador**, y a que nuestra legislación contempla estas actuaciones y puede ser instrumento adecuado para reducir la reincidencia del delito” (p.275).

VARIOS

* Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, Sentencia 217/2002 de 30 de mayo. Se estima la demanda solicitando pensión de viudedad de mujer casada por el rito gitano con 6 hijos reconocidos y Libro de familia numerosa desde 1983, aplica la costumbre (art. 1.3 CC), 9.2 CE (promover condiciones) Directiva 2000/43CE sobre igualdad y no discriminación por motivos raciales o étnicos, y Convenio Internacional de la ONU sobre eliminación de todas las formas de eliminación racial 07.03.1966.

*Tribunal Superior de Catalunya reconoce el derecho de un inmigrante a obtener el **permiso de trabajo pese a los antecedentes penales**. (Efe)

GUINDAS

En delitos cometidos por drogodependientes (cf.STS 14.02.02) lo relevante es “la motivación de la conducta criminal en cuanto que es realizada “a causa de aquella” y “ha de haber una relación entre el delito cometido y la dependencia”, que “incide como elemento desencadenante del delito” STS 29.05.00, esto es, que el sujeto actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo”. Por tanto, a nuestro juicio, incurren en error algunos juzgadores cuando **confunden el requisito legal “a causa de” (p.e. del 87CP) con la “finalidad”, restringiendo de este modo indebidamente su aplicabilidad a los delitos contra el patrimonio**. El CP habla de causalidad, entendida como motivación, nunca de finalidad. No es tanto que se cometa el delito *para* drogarse, como que se ejecute *a causa del* deterioro inherente a una

drogadicción, bajo el paraguas, por tanto de una menor reprochabilidad, y de las alternativas explícitamente previstas por el CP para estos supuestos por obvias razones de política criminal.