

LA REVISTILLA nº12

Órgano de comunicación del Área Jurídica del Departamento de Pastoral Penitenciaria Católica. MARZO 2003

Queridosamig@s: ¡Paz y bien! Bastante vamos necesitando de la primera y no poco ayunos andamos del segundo. El Resucitado que celebramos esta Pascua reivindica y asume la suerte de todas las víctimas, de todos los perdedores y fracasados. Es nuestra más firme esperanza. Como siempre, estamos a la espera de vuestras aportaciones en jsb456@wanadoo.es. ¡Feliz Pascua! Seguimos caminando. Un abrazo. Josito Segovia. Coordinador.

LEGISLACIÓN

Hay una auténtica cascada de reformas legales en curso, expresivas del Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Gobierno el 12 de septiembre de 2002, que afectan sustancialmente al Código Penal, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Legislación penitenciaria que, por su trascendencia, reclaman alguna reflexión.

Parece claro que el sistema penal presenta disfunciones y que hay aspectos insatisfactorios en la legislación que deben subsanarse. Los juicios no pueden tardar años, ni en determinados supuestos se puede generar una expectativa de impunidad, ni las víctimas pueden quedar perpetuamente desprotegidas. Bienvenidas sean las reformas que salven esos yerros. Sin embargo, por debajo de toda esta reforma -que afecta a buena parte de la legislación positiva- estamos haciendo bastante más que modificar preceptos para agilizar la justicia penal. Casi sin darnos cuenta, estamos cambiando concepciones antropológicas, sociales y jurídicas muy serias y arraigadas. Mala cosa esta de volver al *homo homini lupus* hobbesiano. La neutralización del miedo al otro, el reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte, el mismo paradigma de la orientación reinsertadora de las penas están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos, mientras precipitadamente y sin sosegado debate, damos paso a un peligroso principio "tolerancia cero" de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas. Estamos resucitando lo que Jakobs llamaba "derecho penal del

enemigo", el que busca no la recuperación del otro para la convivencia social, sino su segregación cuando no su eliminación, al menos visual. En efecto, la invisibilización de la pobreza, la injusticia y el sufrimiento evitable es la otra impedimenta que acompaña a esta forma de entender el Derecho penal. Todo ello cuando ni siquiera nos habíamos puesto a trabajar en serio por una política centrada en el análisis y la prevención social del delito, en la búsqueda efectiva de alternativas, en una atención más personalizada a los últimos tramos del cumplimiento de la pena para preparar para la libertad. Lamentablemente, además de una, si se quiere, más comprensible desconfianza hacia las posibilidades de integración social del infractor -confianza en el ser humano, en suma-, emerge otra desconfianza no menos peligrosa: la desconfianza hacia la persona del Juez y la desconfianza hacia las Juntas de Tratamiento de las prisiones. El prevalente papel del Fiscal (regido por el principio de jerarquía, no por el de independencia) y un margen de maniobra mucho más reducido a efectos clasificatorios de los profesionales penitenciarios revelan una creciente desconfianza en el "factor humano", cuyo precio pagaremos todos. Y todo ello, sin haber reflexionado serenamente sobre lo que ocurre cuando castigamos con la pena de prisión. Inevitablemente, nos quedamos con la sospecha de si el castigar con "más de lo mismo" obedece a sesudos estudios criminológicos y constatados datos empíricos o a una reacción populista de vuelo muy rasante y chata de horizonte. Sea como fuere, los juristas cristianos, apostaremos siempre por una política más preventiva que represiva, por prestar adecuada atención a las raíces de los problemas, por salvaguardar los intereses de víctimas e infractores y, por encima de todo, por asegurar la inviolable dignidad de todo ser humano al margen de su comportamiento. Los juristas de La Pastoral Penitenciaria quieren ser, una vez más, avanzados paladines de una evangélica Pastoral de Justicia y de Libertad. Una justicia que consista primordialmente en dar a cada uno lo suyo, lo que su dignidad reclama. Y una libertad que se resiste a ser ahogada por el requerimiento, también legítimo, de una hipertrofiada seguridad.

Seguidamente nos limitamos a una somera reseña necesariamente superficial. Disponéis de los textos completos en la página web del Ministerio de Justicia: www.mju.es.

1) Anteproyecto de L.O. para la reforma del Código Penal: se propone la reforma de 1/4

del CP. Existen aspectos muy positivos (p.e. el tratamiento del drogodependiente infractor, para el que se eleva el techo de suspensión hasta los 5 años) y otros claramente muy negativos (p.e. el endurecimiento polarizado en la pequeña delincuencia o la supresión del Registro especial para Suspensiones de condena). Igualmente, se incorporan 14 nuevos tipos penales de los que no nos es posible dar cuenta que tienen en común la pretensión de combatir la criminalidad con mayor eficacia.

2) Anteproyecto para el cumplimiento íntegro de las penas. En línea nítidamente retributiva, revela la paulatina anorexia en que va quedando el principio de resocialización. Eleva las penas en supuestos singularmente graves a los 40 años y el cómputo de beneficios penitenciarios sobre el *quantum* total acumulado de condena. Paradójicamente, señala la Exposición de motivos –con cita de Beccaria- que “el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad”, obviando el título del cap.27 del pensador ilustrado -“De la dulzura que deben tener las penas”- y confundiendo la certeza del castigo con la certeza de la duración del castigo. Singularmente grave es la importación del “período de seguridad francés” que torpedea el modelo español basado en los principios de progresividad de grado e individualización científica: los penados a más de 5 años de privación de libertad ordinariamente habrán de cumplir un 50% de la condena y extraordinariamente, a juicio del Juez de Vigilancia, un 25%, antes de poder ser clasificados en tercer grado penitenciario. Casos de injusticia material (p.e. exdrogodependientes rehabilitados por delitos antiguos) que encontraban salida en una clasificación inicial de tercer grado gracias a la sensibilidad de las Juntas de Tratamiento quedarán sin marco legal. La eventual aplicación retroactiva de este principio cierra lo que va a suponer un incremento de personas presas y del tiempo de internamiento.

3) Anteproyecto de L.O. de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. En este “totum revolutum”, se incluye la elevación de la pena en grado por multireincidencia (a partir de tres delitos), la concurrencia de dos agravantes permite elevar la pena en grado, se aplica la reincidencia a las faltas de hurto, sustracción de vehículo de motor y lesiones (y salto cualitativo a delito a partir de cuatro faltas

en un año). Por otra parte, las faltas en el ámbito doméstico pasan a ser consideradas delito y se amplía el ámbito de medidas preventivas de protección a la víctima lo cual es de alabar. Para extranjeros el criterio general será la sustitución de la pena inferior a 6 años por la expulsión. Los condenados a más de 6 años, cumplida las $\frac{3}{4}$ de condena, o alcanzada la libertad condicional, serán, como regla general, expulsados de España. Se aumenta la penalidad para los delitos contra los traficantes de personas y de drogas. Se “adapta la Ley de Extranjería a la realidad delictiva existente”, adecuándose procedimiento penal y administrativo de expulsión, y dando cabida a la autorización judicial de la expulsión de inculcado aún no juzgado en procedimiento que lleve aparejada pena menor de 6 años si existe orden de expulsión administrativa.

4) Anteproyecto de L.O. de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Dice buscar adecuarse a la doctrina del Tribunal Constitucional, pero supone una aplicación restrictiva de sus postulados, incluyendo un nuevo fin legítimo de la prisión preventiva: la evitación de la comisión de delitos futuros. Suena demasiado a resucitación de la medida de seguridad predelictual y, desde luego, esto no lo pedía el TC. Se puede acordar prisión provisional para delitos sólo a partir de dos años de prisión, salvo que el imputado tuviera antecedentes penales, o hubiera sido declarado rebelde, o no hubiera comparecido a llamamiento en los dos últimos años en cualesquiera otra causa penal. O actuara organizadamente, o fuera delincuente habitual “por datos que aporte la policía judicial”. Positivamente, se realizan algunas mejoras técnicas y se contempla la posibilidad del arresto domiciliario preventivo por razones de salud.

5) Se acaba de anunciar la futura reforma de la L.O. de Extranjería para evitar que los preceptos que el Tribunal Supremo ha declarado nulos del Reglamento de Extranjería continúen pudiendo ser de aplicación. De los 11 artículos que hoy no son de aplicación destacamos: la prohibición de reagrupaciones en cadena, la facultad del Gobierno para inadmitir a trámite las solicitudes de documentación de los extranjeros fuera del procedimiento de contingente, las limitaciones a las comunicaciones y visitas de los extranjeros internados en CIEs, y la obligatoriedad de que

el cónyuge extranjero de un español deba llevar un año de convivencia en nuestro país.

JURISPRUDENCIA

* **STC 14 de octubre y 11 de noviembre 2002:** Tras una primera fase en que se daba eficacia probatoria, en ausencia de normas que descalificaran su valor probatorio, en una segunda fase, a partir, sobre todo de 1997 “este Tribunal viene considerando que las **declaraciones inculpativas de coimputados carecen de consideración plena como prueba de cargo** cuando, siendo únicas, no resulten mínimamente corroboradas por otras pruebas.

* **STC 205/2002 de 11 de noviembre:** necesidad de **resolución motivada** que establezca juicio concreto de proporcionalidad entre la lesión que introduce el **secreto de las comunicaciones** y el bien que se pretende alcanzar, garantías de incorporación y transcripción

* **STS 23.10.2002** De los requisitos del **concurso ideal** el de mayor dificultad en la interpretación es el de la **conexión teleológica**. Hemos destacado que la conexión debe ser medio a fin, “medio necesario para cometer otro”, la cual no debe ser valorada en abstracto ni requerir una conexión absoluta. Esa conexión, por otra parte, **no debe resultar sólo desde la perspectiva del plan del autor sino que requiere una conexión objetiva** situada más allá del mero pensamiento del autor para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron los hechos de manera que entre el delito medio y el delito fin aparezca una conexión lógica temporal y espacial que haga que el primero sea instrumento real, indispensable para la perpetración del segundo.

* **STS 21.12.02** No es lícito que el **letrado retenga parte de las cantidades percibidas** de terceros para entregar a su cliente para cobrar sus honorarios: se trata de una apropiación indebida.

* **STS 23.10.2002** El engaño es el elemento nuclear de la **estafa** y **debe ser idóneo, relevante, adecuado** para producir el error que genera el fraude, **capaz de mover la voluntad normal de un hombre**, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no

posea el grado de verosimilitud suficiente para confundir a la víctima

* **STS 04.11.2002** La psiquiatría actual ha sustituido el término **psicopatía** por el del **trastorno de la personalidad** que consiste en deficiencias psicológicas que, sin constituir psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a un equilibrio emocional volitivo. Se caracteriza por su variedad constituyendo desviaciones del carácter respecto del tipo normal y pueden ser más o menos acentuadas, pudiendo ser expresión de anomalías o alteraciones psíquicas, tanto mas si se anudan a situaciones de drogodependencias

* **STS 14.10.2002** Entiende el Tribunal que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado de **receptación**, ya que el caso enjuiciado carece de indicios lo suficientemente consistentes y enlazados entre si para inferir el conocimiento por parte del recurrente de la procedencia ilícita del anillo. Se sostiene **que la carencia por el titular de acreditación documental** de la forma de adquisición del objeto **no se puede suponer el conocimiento del origen antijurídico** del mismo.

* **STS 12.09.2002** Se señala la **compatibilidad entre la agravante de alevosía y la eximente de enajenación mental** pues una anomalía o alteración psíquica puede determinar falta de comprensión de la ilicitud de la conducta o de poder actuar conforme a esa comprensión, y a la vez, no obstaculizar el conocimiento y la comprensión de la conveniencia de utilizar formas, medios o modos de actuar favorecedores del éxito del resultado y determinantes de eliminación de los propios riesgos.

* **STS 26.09.2002** La **grabación videográfica verificada por la policía, de la zona pública** donde se venía realizando la venta de sustancias estupefacientes, no supuso la vulneración del derecho a la intimidad de las personas que fueron captadas por la grabación en un sitio público, puesto que únicamente se necesita autorización judicial para la captación clandestina de las imágenes o de sonido en domicilios o lugares privados.

* **STS 20.09.2002** El **delito de estafa y de apropiación indebida** tienen el denominador común de la defraudación, pero **se diferencian** en la dinámica comisiva y en el sostén inicial de cada uno, que en la estafa

consiste en el “engaño” previo, mientras que en la apropiación indebida lo es en el “abuso de confianza”.

* **STS 6.10.2002 Los automóviles carecen de la protección otorgada a la intimidad domiciliaria**, por lo que puede efectuarse en ellos diligencias de investigación sin necesidad de autorización judicial, con sometimiento a los principios de proporcionalidad y justificación. La concurrencia de **los requisitos de “estricta urgencia y necesidad”** no constituyen presupuestos de legalidad de la inspección del automóvil como diligencia de investigación, sino como **presupuesto indispensable** para la utilización del acta policial del resultado del registro como prueba de cargo.

* **STS 20.03.03 La diferenciación entre la atenuante de drogadicción como muy calificada y la exigente incompleta**, es difícil de establecer. Sus **efectos** en la penalidad, según resulta de los artículos 66.4 y 68 del Código penal, son los mismos, la reducción de la pena en uno o dos grados, y la posibilidad de aplicación de **medidas de seguridad** ha sido afirmada por la jurisprudencia de esta Sala (por todas STS.28.4.2000). Por tanto, **la diferenciación hemos de encontrarla en** lo que la sentencia denomina, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala, **efecto psicológico de la drogadicción**, referido a que el sujeto carezca de capacidad para motivarse por la norma o actuar bajo esa comprensión (eximente completa), o la tenga sensiblemente mermada o reducida (eximente incompleta) o, por último, sin resultar acreditada esa afectación, o no conste, de las facultades del sujeto siempre que la conducta delictiva sea causal a un estado de adicción grave a sustancias tóxicas, variando su consideración de simple o muy calificada en función de las circunstancias concurrentes y la afectación que pueda producirse respecto a las facultades psíquicas como consecuencia de la adicción. El relato fáctico refiere que la prolongada adicción son causa de las anomalías y alteraciones que se reflejan en el aspecto físico y en aspectos de higiene y comportamientos sociales lo que evidencia un deterioro psicosocial.

* **STS. 08.10.2002 Diferencias:** en la **alevosía**, la anulación de la capacidad reactiva de la víctima es total y absoluta, mientras en el **abuso de superioridad** las posibilidades de reacción del agredido persisten aunque debilitadas por el efecto de los medios o modos comisivos utilizados, que

facilitan, pero no aseguran, la realización del delito sin riesgo para el agente. En este caso, el grado de alcoholemia de la víctima y los instrumentos que el acusado portaba –cuchillo y estilete- acreditan una superioridad notoria en la confrontación que permite apreciar el abuso de superioridad.

* **STS 03.11.2002** Se casa la sentencia impugnada y se dicta otra en la que se aprecia en el delito de apropiación indebida la **atenuante de reparación del daño**, al haber reintegrado el procesado el total de la cantidad apropiada indebidamente

* **STS 08.10.2002** La Sala desestima el recurso de casación formulado por el condenado por un delito de **torturas** y una falta de **lesiones**, señalando que de los hechos probados se desprenden los elementos típicos del delito de torturas: en la narración fáctica consta la existencia de una agresión física del recurrente, en forma de empujones, patadas y golpes por distintas partes del cuerpo, cuyo móvil o finalidad no era otra que forzarle a someterse a la práctica de la prueba de alcoholemia y que tuvo consecuencias lesivas para la víctima.

STS 15.10.2002 Concurso medial entre robo violento con uso de armas y detención ilegal, pues la privación de libertad llevada a cabo por el recurrente excedió en mucho de la imprescindible para cometer el delito de robo, con lo que ese consciente ataque a la libertad y seguridad ajena implica un plus de antijuridicidad que no puede quedar absorbido en el delito referido, al no solaparse o consumirse el desvalor de una y otra figura delictiva entre sí.

VARIOS

** **La ponencia del Senado (10 octubre 2002) pide al Gobierno que se pague la defensa de los presos españoles en el extranjero**, sobre todo en aquellos países que no cuentan con defensas de oficio, y al tiempo que se agrupe a los presos españoles cercanos a los consulados

** **El Proyecto de Ley sobre prevención del blanqueo de capitales** eleva el tope de movimientos de capital al extranjero sin declaración obligatoria a la Agencia Tributaria de 6.000 a 10.000 euros.

** **Orden europea de detención y entrega, Ley de 3/2003 de 14 de marzo** facilitadora de las extradiciones en aras de una Europa judicial sin fronteras en línea con Tampere.