

LA REVISTILLA

Publicación de la Sección Jurídica
de la Pastoral Penitenciaria Católica.
Marzo de 2004 nº 15

Queridos amigos: Aún conmocionados por el horrible atentado de Madrid y todas sus secuelas, que multiplican la incertidumbre y nos confrontan aún más con la "sociedad de riesgos", nos sentimos animados por el espíritu de la Pascua y renovamos nuestra humilde apuesta por la paz y por una justicia auténticamente restaurativa. Os recordamos que en la página web del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Revistilla.html>, que amablemente nos actualiza el prof. Dr. J. Dopico, podréis encontrar además de este ejemplar:

* Interesantes formularios de aplicación en materia de responsabilidad civil en el "período de seguridad"

* Artículo sobre la reinserción social y las últimas reformas.

José L. Segovia, Coordinador
jsb45678@wanadoo.es

JURISPRUDENCIA

* La Dirección General de Ordenación de las migraciones **autoriza a trabajar a penado con auto de suspensión de condena**, siempre que éste no fuere revocado por la autoridad judicial (05-02.03 en Salamanca)

* STS 09.06.03 (Sala de lo social): **Derecho a prestaciones por accidente de trabajo a extranjero (ecuatoriano) que trabajaban sin papeles**: en base al principio de automaticidad de las prestaciones, pues "los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de ese régimen general de la Seguridad Social se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidente de trabajo aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones" (art. 125.3 Ley General de la Seguridad Social). A mayor abundamiento, el art. 57 de la LO 8/2000 de extranjería señala que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a "d) Los que sean beneficiarios de una prestación... consecuencia de un accidente de trabajo".

* STS 07.07.03 (Sala III de lo contencioso): **Se condena al Estado a abonar a trabajador magrebí el salario de cinco meses** dado que la Administración le denegó de forma impropia el permiso de trabajo.

* STS 03.07.03. A efectos de **acreditar la drogodependencia grave del acusado**, la prueba era relevante, pertinente y necesaria, sin que las pretendidas urgencias del enjuiciamiento puedan ni deban menoscabar las garantías de un proceso, como el penal, caracterizado por su carácter formalizado. **El objeto del proceso es el enjuiciamiento de la conducta objeto de la acusación, pero a quien se condena es a una persona...** Las especificidades de los denominados **juicios rápidos**, particularmente referidos a la celeridad en el enjuiciamiento, no pueden alterar el régimen de garantías del justiciable y deben propiciar una **especial sensibilidad del órgano jurisdiccional para procurar que la persona y su conducta puedan hacer valer todos los instrumentos de defensa** que sean pertinentes y necesarios para la realización de la justicia (Pte. Mz. Arrieta).

* STS 13.02.04 Nunca la falta de requisitos de una **atenuante** puede conformar una **analógica**, aunque sí la concurrencia de otros requisitos de análoga significación.

* STS 02.03.03 Posibilidad de **denegar pregunta dirigida a testigo**, por ser innecesaria y abusiva e impropia, al invadir el derecho a la intimidad del art. 18 CE, por menoscabo del derecho a la dignidad del interrogado.

* STS 13.05.03 En **delito contra la salud pública, no cabe la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia**, si el autor, aun conociendo la sustancia que transporta, **ignora su cantidad**.

* STS 03.06.03 En la **estafa**, el engaño, como elemento del tipo, requiere siempre que se apoye en una **asechanza al patrimonio ajeno**, y que el sujeto activo desarrolle una **actividad engañosa suficiente para vencer la defensa del engañado** frente a la acción del sujeto activo. La mera presentación de una tarjeta de crédito de la que no es titular, con la consiguiente disposición patrimonial, sin que la persona que recibe el

pago haga comprobación alguna, no constituye delito de estafa.

* STS 25.07.03 La utilización de **listado de llamadas** no viola el derecho a la intimidad, cuando es obtenido de forma legal.

* STS 27.10.03 Reitera la **atipicidad de consumo compartido, entre drogo-dependientes**, en lugar cerrado, con cantidad insignificante, siendo los consumidores personas ciertas y determinadas, que llevan a cabo un consumo inmediato. En la misma dirección de auto-consumo plural, cf. STS 01.10.03 que añade a los requisitos el que no tenga trascendencia social y constituya una actividad esporádica y, de alguna forma, íntima.

* STS 01.10.03 **Excepciones al principio procesal de contradicción**, en base al art. 730 LECr. (pueden leerse en el juicio las diligencias sumariales no susceptibles de reproducción): a) testigo fallecido; b) testigo en el extranjero, no siendo factible su comparecencia; c) testigos en paradero desconocido, tras fallidas gestiones por localización policial y a citación en legal forma

* STS 30.09.03 La **flagrancia** queda perfilada jurisprudencialmente en base a tres elementos: a) **Inmediatez temporal**, esto es, que se esté cometiendo, o que se haya cometido instantes antes; b) **Inmediatez personal**, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento; c) **necesidad urgente**, de tal modo que la policía se vea impelida a actuar inmediatamente.

* STS 07-07.03 El pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002 acordó que la **falsificación de cheque y su utilización posterior** para cometer una estafa debe ser sancionado como un **concurso de delitos entre la estafa agravada del art. 250.1.3º CP y la falsedad en documento mercantil del art. 392 CP**.

* STS 20.10.03 Para **distinguir entre atentado y resistencia** hay que ponderar el carácter activo o pasivo de la conducta del sujeto y la mayor o menor oposición al mandato de la autoridad o de sus agentes.

* STS 10.10.03 La tramitación de expediente **de acumulación de condenas sin**

asistencia letrada vulnera el derecho fundamental a la defensa.

* STC 2/2003 de 16.01. El principio de interdicción del **"non bis in idem"**, exige una premisa: que se produzca la **triple identidad de sujeto, hechos y fundamento**. El que una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos, y con base en infracción administrativa y tipo penal se imponga sanción administrativa y sanción penal. Dependerá de cada caso concreto, pues el *ne bis in idem* estrictamente reclama un doble procedimiento de naturaleza penal.

* **El ne bis in idem no es absoluto**. Siguiendo con este principio, la STS 22.12.03 señala **permite, a la luz del art. 23.2.c) LOPJ un doble enjuiciamiento de los hechos (en España y en el extranjero)** siempre que se compute la pena sufrida en el extranjero, siendo irrelevante que la pena se haya cumplido en todo o en parte. Lo que el art. 25.1 CE proscribire no es el doble reproche afflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos, con el mismo fundamento, padecida por el mismo sujeto".

* STC 184/2003 de 23.10. Según doctrina del TEDH, el art. **579 LECr** adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que **no satisface a juicio del TC los requisitos exigidos por el art. 18 CE** para la protección del **derecho al secreto de las comunicaciones**. En STC de 5 de abril 1999, ya se señalaba que hay que concretar "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la medida; el procedimiento de transcripción; las precauciones para comunicar intactas y completas las grabaciones a fines de control por el Juez y la defensa; las circunstancias en que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreesimiento o puesta en libertad.

* STC 27.02.03 Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al **preso que formula en su propio nombre recurso de apelación sin firma de abogado y procurador** (pero habiéndolo solicitado al final del escrito en el *otrosí*) "debido a la informalidad del actual abogado", por ser un defecto subsanable, debiendo darse al

recurrente la posibilidad de subsanar tal omisión.

* Como *obiter dicta*, pero la STC 30/2004 de 04.03.04 asume la presentación de un escrito dirigido al TC en **oficina de correos** (como certificado administrativo).

STS 08.07.03 **La puesta a disposición de los efectos o instrumentos o pruebas del delito** que corran peligro, no puede interpretarse en el sentido de entrega material, **bastando con poner a su disposición** como, por ejemplo, se deposita en un organismo oficial (servicio de Control de Estupefacientes).

* STS Sala III, sección 4ª, **El TS toma en consideración a los reclusos y a los trabajadores de una cárcel para autorizar la apertura de una farmacia**, pues estas personas se encuentran dentro de la demarcación territorial y deben ser computadas. En todo caso, tenga o no el CP farmacia, se facilita el acceso a los medicamentos y mayor rapidez en las prestaciones farmacéuticas, así lo requiere la protección a la salud, el principio *pro apertura* y el *favor libertatis*.

* STS 05.12.03 La Sala establece unos **criterios objetivos de carácter indicativo acerca de la “insignificancia” en delito contra la salud pública**, si bien deben de ser **matizados** no obviando que estamos ante un delito de peligro abstracto, que no requiere peligro concreto, y que no cabe descartar que el riesgo afecte a niños, embarazadas o personas con menor resistencia a la toxicidad. Tampoco puede obviarse un eventual fraude de ley de vendedores minoristas que subdividen las dosis, para conseguir en dos o tres lo que con una no se consigue. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los vendedores tienen el propósito de iniciar a los neófitos al consumo, consiguiendo a medio plazo la tolerancia. En resumidas cuentas, **se objetiva el criterio de lo penalmente insignificante, pero relativizándolo** también. Tampoco nada cualitativamente nuevo. Con el valor de **“simple referencia”**, “susceptibles de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto”, las dosis mínimas psicoactivas facilitadas por Toxicología son: **heroína 0,66 mg.; cocaína 50 mg.; hachís 10 mg; MDMA 20 mg.**

* STS. 22.12.03 .Señala que en los delitos graves, como tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera como *lege ferenda*, un **“principio de insignificancia”** que podría excluir la tipicidad, cuando ésta formalmente ha sido constatada, o bien operar como causa suprallegal de justificación o bien, en todo, caso excluir de alguna manera la punibilidad.

* STS 13.10.2003 es típica la transmisión de 0,03312 gr. porque es un **acto de favorecimiento... con independencia de la cantidad sustraída...**Un acto de esta clase solo podrá dar lugar a otras consideraciones cuando la sustancia transmitida no sea idónea para crear el riesgo prohibido...lo que ocurrirá cuando **carezca de toda virtualidad para producir los efectos propios de la droga de que se trate....** En los casos en que se aprecie la presencia del principio activo en la sustancia transmitida, la conducta será típica.

.COMENTARIO

>>Como ha podido observarse la doctrina sentada por el TS, es una respuesta a sentencias absolutorias producidas por Audiencias Provinciales que venían absolviendo en supuestos de cantidades nimias. Traza un criterio objetivo de insignificancia. Pero se efectúa con unos contornos tan indefinidos que, en rigor, no se aumenta tanto la seguridad jurídica. En la práctica, el nuevo criterio funcionará contra reo en algunos supuestos en los que hasta ahora se habría conseguido una sentencia absolutoria, dada la cantidad tan insignificante de droga facilitada (no existía antijuridicidad material por falta de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido). Ahora bien, de la argumentación restrictiva de la sentencia puede contra-argumentarse: que **del mismo modo que un niño o una embarazada tienen menos resistencia a la toxicidad (y, por tanto, puede rebajarse el criterio de insignificancia), en el caso de producirse entre adictos (supuesto que no pudiese alegarse el auto-consumo compartido), dicho umbral debe elevarse notoriamente, por la mayor “tolerancia” a la mencionada toxicidad de los drogodependientes activos.>>**

* STS 18.02.04 propone hablar de **“lesividad” en vez de “insignificancia”**, cayendo fuera del tipo penal toda transmisión que por falta de lesividad no

entrañara el riesgo (abstracto) de su transmisión a personas (riesgo concreto). Con todo, la Sala ha expuesto en SSTS 30.09.99 y 22.12.99 la **necesidad de que el legislador añada** a las vigentes distinciones de cantidades importantes (art. 368 CP), de notoria importancia (art. 369.3) y de especial gravedad (370) un supuesto comprensivo de los actos de tráfico de mínimo contenido, lesivo a la salud, pero de escasa entidad que debiera merecer un **tipo atenuado con una consecuencia jurídica igualmente atenuada**.

<<<**N.R.** Nótese que la STS va bastante más allá que la restrictiva formulación del art. **376 CP dada por la LO 15/2003**. En ésta para proceder a la atenuación es preciso que el autor sea drogodependiente en el momento del delito, además debe acreditar haber finalizado con éxito un tratamiento rehabilitador, y que no se trate de drogas en cantidades de notoria importancia o de extrema gravedad>>>

* Por su parte, la STS 13.02.04 señala que el legislador desafortunadamente ha definido estos delitos como hechos punibles contra la **salud pública, concepto que debe entenderse como difusión de drogas que perjudican la salud**. Por eso, no es acertado considerar la salud pública como si fuera un objeto material, es decir, como una cosa que pudiera ser dañada. No se trata de eso, sino del peligro de difusión masiva de ciertas prácticas. El bien jurídico es la validez fáctica de las normas que garantizan que se pueda contar con consideración respecto de los bienes jurídicos, de las funciones sociales y la paz jurídica.

* Auto del Juzgado de Instrucción nº 7 de Fuenlabrada: **no se autoriza internamiento de extranjero. Este exige siempre** previo procedimiento sancionador, tratándose bien de **una medida de naturaleza cautelar** (art. 62.1,4 LO 8/2000) y, por tanto, previa al acto administrativo de resolución de expulsión (acto futuro, aun no acordado), bien de una **medida de ejecución** de una resolución de expulsión ya dictada (art.100.2 RE). Si la expulsión es inmediatamente ejecutiva, sin sujeción a otorgamiento de plazo alguno, lo que procede es la detención y conducción al puesto de salida, sin perjuicio de que si dicha medida no se puede llevar a cabo

en 72 horas, se pueda solicitar al juez el internamiento. En el presente caso no puede ser cautelares pues consta resolución de expulsión y tampoco consta que el decreto de expulsión haya sido formalmente notificado. Por otra parte, **no se objetiva un peligro de inejecución de la medida**, ya que el citado aporta hasta dos domicilios conocidos, dice tener familia en España, cuenta con trabajo, sin que consten gestiones policiales acerca de la posible falsedad de estas manifestaciones. Por otro lado, existen indicios de la **posible caducidad del procedimiento sancionador incoado**, conforme al plazo establecido en el art. 98 del Reglamento. Consiguientemente **procede no autorizar el internamiento**. El Magistrado. Miguel Angel Encinar Pozo.

LEGISLACIÓN

RD 355/2004 de 5 de marzo por el que se regula el **Registro Central para la Protección de las víctimas de la violencia doméstica**. Regula la inscripción de las órdenes de protección, de las medidas cautelares, de las penas y de las medidas de seguridad impuestas.

WEBS de acceso gratuito a jurisprudencia del T.Supremo y del T.Constitucional:

www.poderjudicial.es/tribunalsupremo

www.tribunalconstitucional.es

PUBLICACIONES

* Caritas Española (S.Bernardo 99bis, 28015 Madrid tf, 91 444 10 00) ha publicado la tercera edición del **Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel** del prof. **Julián Ríos Martín**. Se remite, como siempre, gratuitamente a todos los presos por generosidad de Cáritas. Se debe señalar que está pendiente una eventual edición 4ª con todas las reformas habidas en las últimas fechas. Dicha nueva edición actualizada ya está en la calle en versión comercial en editorial Colex Madrid, 2003.

* **El Código Penal y todas sus reformas al alcance de todos**, de quien suscribe, ha sido publicado por Editorial Popular, Madrid, 2004. Contiene todas las reformas procesales, penales, penitenciarias, de menores, extranjería y LOP Judicial , aprobadas hasta la fecha.