

# LA REVISTILLA nº 18

*Publicación del Área Jurídica  
de la Pastoral Penitenciaria Católica.  
Diciembre de 2004*

Una vez más, nuestra pequeña publicación se reencuentra con sus lectores al servicio exclusivo de la humanización del sistema penal y penitenciario. Como siempre, puedes consultar *on line* este número, y todos los anteriores, formularios, artículos de fondo etc. en nuestra web: [www.uc3m.es/larevistilla](http://www.uc3m.es/larevistilla). Cualquier sugerencia será bien recibida y agradecida en nuestro e-mail: [jsb545678@wanadoo.es](mailto:jsb545678@wanadoo.es)  
*José Luis Segovia Bernabé. Coordinador del Área Jurídica.*

## FLASHES INFORMATIVOS

Desde la última "Revistilla" señalaremos algunas novedades relevantes:

\* Ha entrado en vigor el **Reglamento de Menores**, por RD 1774-2004 de 30 de julio. (BOE 30 de agosto de 2004). Contiene normas relativas a la policía judicial y régimen de ejecución de las medidas impuestas. Ha sido recurrido por 150 colectivos sociales por considerar que sólo desarrolla los aspectos regimentales y disciplinarios obviando la dimensión educativa y formativa.

\* Igualmente, el 1 de octubre de 2004 entró en vigor la reforma del **Código Penal 15/2003 que reforma casi un tercio del Código Penal**.

\* **Se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**. Contiene una amplia gama de medidas muy oportunas en materia de sensibilización social, regulación de la publicidad, asistencia social, ampliación de derechos laborales etc. para proteger a la mujer frente a la violencia de género. Más discutible es la parte que se refiere al abordaje estrictamente penal, con escaso margen de modulación judicial frente a comportamientos de escasa entidad. Tanto que la propia Fiscalía General del Estado ha instruido a los fiscales para que, en su caso, soliciten el indulto parcial en determinados supuestos (Circular 2/2004 FGE).

\* Entrará en vigor el **RD 2393/2004** de 30 diciembre que aprobó el **Reglamento de Extranjería**: Contempla medidas para **regularizar** a las personas que estén «**sin papeles en**

**regla**», pero puedan contar con **contrato de trabajo** (mínimo de 3 meses en agricultura, o de 6 meses, o de 30 horas semanales por 6 meses en servicios domésticos, aunque sea en varios hogares) y estén **empadronados en España antes del 7 de agosto de 2004**. En todos los casos se precisa: 1) Contrato de trabajo 2) Certificado de empadronamiento 3) certificado negativo de antecedentes penales en el país de origen. Verificada la autenticidad de las anteriores circunstancias, la Administración enviará al empleador una autorización condicionada al alta en la Seguridad Social. Producida ésta en un mes, recibirá la autorización de residencia y trabajo. La persona extranjera tendrá 30 días para obtener la Tarjeta de Identidad.. La circunstancia que abrirá o cerrará la puerta para la llegada de trabajadores inmigrantes será la situación nacional de empleo. Por otra parte, funcionará el sistema de Contingente de trabajadores extranjeros a modo de contratación programada, con selección y formación en el país de origen, con lo que se adelantan las barreras proteccionistas del mercado laboral. **El plazo para esta regularización comienza el 7 de febrero y termina el 7 de mayo de 2005.**

\* **Circular de la Fiscalía General del Estado, FGE 1/2004 sobre régimen transitorio de la reforma 15/2003**, donde habla del "indeseable estado de permanente transitoriedad" debido a las continuas reformas del Código Penal y, sobre todo, donde señalan  **criterios de revisabilidad de sentencias** y en la que se apunta, sin perjuicio del principio de aplicación retroactiva de ley más favorable, que los fiscales no considerarán revisables, por no entrar en el criterio de mayor favorabilidad retroactiva, las sentencias firmes de penas privativas de libertad cuya duración con sus circunstancias fuese también imponible con arreglo a la reforma, pues **la retroactividad de lo favorable no da lugar a la pretensión de nueva individualización de la pena**. Igualmente **se prescindirá para la ponderación de la pena más favorable de elementos vinculados al arbitrio judicial**. **La audiencia al reo** es siempre necesaria **cuando efectivamente proceda revisión** de sentencia, pero no en caso de que no se revise porque no se considere más beneficiosa la legislación nueva

\* **La Instrucción 6/2004 de la FGE** deja sin efecto la Instrucción tan criticada 3/2003 que posibilitaba la expulsión de menores no acompañados de 16 años en adelante, considerándolos emancipados a efectos de expulsión. La nueva orden establece que **debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar** conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería". **La vuelta a**

su país deja de ser "un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa", dice la instrucción. "Pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país".

\* **La Consulta 2/2004** de la Fiscalía General del Estado aclara que **en ningún caso** se podrá aplicar esta **agravante cualificada** (la nueva agravante que permite subir un grado la pena en la reforma CP 15/2003) subiendo de escalón **si** concurrese alguna circunstancia **atenuante**

\* **La Instrucción 8/2004 FGE** da un papel más relevante al abogado al facilitarle el **acceso a copia del atestado en los procedimientos de enjuiciamiento rápido de delitos**: "una de las más atinadas interpretaciones doctrinales del fundamental derecho a la defensa de los ciudadanos y el interés general al que sirve la actuación del abogado defensor en el proceso penal".

\* **La Comisión de Justicia del Congreso** aprueba proposición no de ley instando al Gobierno a iniciar una **reforma del Código Penal en dos años** con la participación de "todos los interesados". Igualmente le insta a promover las **reformas de la Ley orgánica General penitenciaria** que resulten necesarias para adaptarla a las nuevas necesidades. Finalmente, exhorta para que se elabore una **Ley Procesal penitenciaria** y a incrementar la plantilla judicial de los jueces de Vigilancia Penitenciaria.

\* Se está estudiando una eventual reforma de la normativa **reguladora del Indulto**. Debería ser garantista en los aspectos procedimentales, pero no limitativa en el contenido del derecho de gracia si no quiere perder la identidad y virtualidades. **Sería deseable que la publicación en soportes telemáticos de acceso universal se limitase a las iniciales de su filiación**, como hacen otros altos órganos jurisdiccionales al publicar en la red sus sentencias. Así, se evitaría una indeseable estigmatización perpetua del indultado, paradójicamente perjudicado al poder acceder cualquier persona –desde un buscador– a sus antecedentes aun cuando ya estuvieran plenamente cancelados. Es una aplicación de aquello de "Gritadle que ya ha cumplido su condena, y que está perdonada su culpa" Is 40,2.

\* **Unión Europea: Decisión Marco 2004/757/JAI** del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de **disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las**

**penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas** (DOUE de 11 de noviembre de 2004).

\* Aunque es antigua, la recordamos: **Decisión-Marco del Consejo de Europa** de 15 de marzo de 2001 (DOCE 22.03.2001 L 82/1) En concreto, en el art. 10 se dice "**Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales...** <y> puedan tomarse en consideración todo **acuerdo entre víctima e inculpado** que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales". Los Estados deben incorporarla **antes del 22 de marzo de 2006**. El tiempo apremia. Se considera una forma de reconocimiento a la víctima y su derecho a la verdad y a la reparación. Cf., entre otros, antecedentes en la Declaración de la ONU de 29 de noviembre de 1985 sobre los derechos de las víctimas, o las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (85) 11, R (87) 20, R (87) 21, R (99) 19.

---

## JURISPRUDENCIA

**STC 155/2004 de 20 de septiembre.** El respeto a los **plazos legales máximos de prisión provisional** constituye una exigencia constitucional, de forma que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad. Consiguientemente, la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada **requiere una decisión judicial específica que motive** tan excepcional decisión y ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad del enjuiciamiento en el plazo inicial acordado —art. 504, párrafo 4, LECr. o que el acusado haya sido condenado por Sentencia que haya sido recurrida —art. 504, párrafo 5, LECr.). Además ha de ser adoptada **antes de que el plazo máximo inicial haya expirado**, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto. Finalmente la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél. **No es constitucionalmente razonable la interpretación** según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la **prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena** impuesta, pues el tenor literal del art. 504, párrafo 5, LECr. y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FFJJ 2 y 4; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 231/2000, de 2 de

octubre, FJ 5; 272/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4; 144/2002, de 15 de julio, FJ 3; 121/2003, de 16 de julio, FJ 3; 22/2004, de 23 de febrero, FFJJ 2 y 4, por todas).

\* **STS 914/2004, de 12 de julio de 2004.** Cuando la cantidad de droga objeto del delito, por sí misma, no pueda excluir cualquier duda razonable respecto a que supera las dosis mínimas psicoactivas, es necesario que el **análisis pericial contemple el porcentaje de principio activo contenido en la sustancia** de que se trate. **Solamente así será posible afirmar la existencia del riesgo para la salud pública.** En estos casos, es **imprescindible que conste la cantidad de sustancia pura.** Sin embargo, en la sentencia se declara probado solamente que se trataba de **159 pastillas de MDMA**, sin precisar su composición, es decir, el contenido de principio activo. El examen de la causa, al amparo del artículo 899 LECr. permite comprobar que **tampoco este extremo se explicita en el resultado de los análisis periciales** llevados a cabo sobre las pastillas ocupadas. Hemos de tener en cuenta que en la propia sentencia impugnada se reconoce que una parte de las pastillas estaban destinadas al consumo del recurrente. De esta forma, **no puede afirmarse que el principio activo contenido en las pastillas ocupadas alcanzara los mínimos necesarios para afirmar, fuera de toda duda, que la conducta del recurrente ha creado el riesgo para la salud pública** exigido por el artículo 368 del Código Penal, como delito de peligro abstracto. Y en esas circunstancias, no es posible dictar sentencia condenatoria.

\* **STS 885/2004, de 05 de julio de 2004.** El Tribunal "a quo" fundamenta la condena de Alejandra en concepto de **cómplice de un delito contra la salud pública**, cuya autoría atribuye al coacusado Luis Pedro, bajo la argumentación de una colaboración mínima, de "favorecimiento al favorecedor del tráfico", incluso asumiendo la doctrina de esta Sala que, en efecto, dispone que es necesario que **"saliendo de la mera actitud de pasividad se participe en alguna actividad que por su tendencia pudiera ser calificada de facilitación del tráfico o consumo"** (STS 16.12 de 1994). La doctrina de esta Sala, de la que es exponente la STS 4.04 de 2000, nos dice que **no basta la convivencia para por este solo dato llegar a la culpabilidad de quien no se confiesa partícipe** de la ilícita posesión o tráfico de drogas (SSTS 14.10 y 17.06 de 1994; 17.05 de 1996) sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito (SSTS de 15.04 y 11.02 de 1997), ni tampoco basarse en el

conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realice el otro (SSTS 11.02 de 1997 y 31.10. de 2003).

\* **STS 286/2004 de 8 de marzo.** "Es cierto que la expresión **consumidor habitual no drogado-dependiente** puede distinguir perfectamente del adicto, condenado a un consumo morbosos casi diario, con dependencia física y tolerancia, con posibles estallidos de crisis de abstinencia ante periodos carenciales cortos; pero aun así, habría que partir de los estrictos términos del *factum* y desentrañar el término consumidor habitual. Excluidos los consumidores ocasionales o esporádicos, se va abriendo paso una tendencia jurisprudencial en la que, a efectos, de consumo compartido, reputa adictos a los drogodependientes y a los habituales de fin de semana, que es el período de consumo ordinario o regular (asiduidad) de las personas que consumen drogas sintéticas o de diseño. Exponente de esta doctrina es la STS 17.02 de 2003 que nos dice: **"adicto" no debe interpretarse como drogadicto "strictu sensu"**, sino como un consumidor de fin de semana como ya se ha dicho... Ello permite delimitar un concepto de consumidor habitual que, conforme a la *ratio* interpretativa sobre el fenómeno del consumo compartido, **debe merecer la misma consideración que los adictos o drogodependientes propiamente dichos**". <Esto deberá tener consecuencias en los nuevos patrones de uso problemático a efecto de valorar la capacidad de culpabilidad>.

\***STS 1546/2004 de 21 de diciembre de 2004,** reitera que **no cabe expulsión automática de las personas extranjeras condenadas** aplicando el art.89 CP formalistamente.

---

## RINCÓN TÉCNICO

**EN TORNO A LA RETROACTIVIDAD del nuevo art.376 in fine** que insta a bajar la pena en uno o dos grados al drogodependiente en el momento de cometer delito contra la salud pública y que finaliza con éxito tratamiento de deshabitación, siempre que no se trate de notoria importancia o de extrema gravedad. Por aplicación del principio de retroactividad de ley penal mas favorable 2.2. CP, además las Disp. Trans.I (se aplicará si es favorable al reo aunque los hechos sean anteriores a la vigencia) y II, pár. 2º de la LO 15/2003 impone la obligación de revisar sentencias firmes, al contemplar un subtipo privilegiado de carácter favorable para el reo. El bajar la pena no es potestativo sino obligatorio para el juez una vez cumplidos los requisitos perfectamente normativizados: verificación de

drogodependencia en el momento de los hechos, exclusión de supuestos de subtipo de notoria importancia o extremada gravedad, y acreditación de la deshabitación. Todo lo cual puede hacerse en trámite abierto *ad hoc* para la revisión de sentencia, en un procedimiento similar al contemplado para acreditar la drogodependencia acreditada sobrevenidamente a efectos del art. 87 CP. No vale el argumento de la Disp. transitoria II, "si es mas favorable considerada taxativamente y no por ejercicio del arbitrio judicial" puesto que en este caso no hay arbitrio judicial. Estrictamente hablando, el "podrán imponer" se refiere a que es potestativo rebajar un grado o dos (aspecto cuantitativo), pero no el que, concurridos todos los elementos normativos exigidos, no sea obligatorio, rebajar siempre (aspecto cualitativo) al menos uno de los dos potestativos (aspecto cualitativo). Lo contrario sería suponer que el arbitrio judicial llega hasta el punto de permitir que el juez se divorcie de la norma, permitiéndole no aplicar una circunstancias modificativa –no se sabe muy bien en razón de qué- cuando se cumplen absolutamente todos los requisitos para ello, con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica. Por ello, se justificaría la revisión de las sentencias en este supuesto. Además, no se olvide que estamos hablando de la respuesta jurídica al drogodependiente infractor, el cual cuenta con un tratamiento jurídico privilegiado por voluntad explícita del legislador (suspensión privilegiada, posibilidad de acreditación posterior a la sentencia firme, etc.)

---

## ULTIMA HORA

\* En breve, aparecerán en [www.uc3m.es/la-revistilla](http://www.uc3m.es/la-revistilla), nuevos artículos y formularios para solicitar el **traslado de españoles cumpliendo condena en el extranjero a España**, en un procedimiento ante la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia que es gratuito y que, estrictamente, no requiere abogado ni procurador.

\* Ya ha salido la **última edición** de 2005 del **Manual de Ejecución Penitenciaria**, de **Julián C. Ríos Martín**, editada por Cáritas Española y de gratuita distribución a las personas presas y colectivos de apoyo. Se pueden hacer los pedidos a D. Félix Pantoja, Consejo General del Poder Judicial, Marqués de la Ensenada nº 7 28071 Madrid.

\* La **Audiencia Nacional** (17.12.2004) ha ordenado que la ejecución provisional de su sentencia para que las **visitas de convivencia** de presos en el **Fies sean de 6 horas** y no de 3 como pretendía la DGIP por Instrucción 21/1996.

\* **Las prisiones están fracasando tanto para los delincuentes como para las víctimas y constituyen un auténtico "escándalo"**, denuncia la Conferencia de los Obispos Católicos de Inglaterra y Gales en el reciente libro-documento *«Un lugar de redención. Una aproximación cristiana al castigo y a la prisión»*. Piden una **reforma radical de la política penal y un profundo cambio** de actitud en esta materia. Consta el **empleo de fondos en la extensión más que en la mejora del sistema penitenciario** y señala que las prisiones están demasiado ocupadas, y, en cambio ofrecen **escasas oportunidades de educación o trabajo a los internos**. Recuerda que, con dos tercios de delincuentes que reinciden en los dos años posteriores a su liberación, **las prisiones están fracasando en la seguridad de la sociedad**. «Durante demasiado tiempo se ha registrado la tendencia a considerar la prisión como la parada final para todos los problemas de la sociedad. Esto debe acabar... **La prisión no debe ser el cubo de la basura para los problemas que la sociedad fracasa en orientar a otro lugar...**». El propósito del castigo debe ser **«reformador y rehabilitador»**. Se alerta de la **«terrible sobreocupación»** en las cárceles, de la elevadísima **tasa de suicidios** y del **difundido consumo de drogas**. Se recomienda una educación mejor, más tratamientos para drogadicciones, más programas destinados al comportamiento y mejor atención de **salud mental** para el amplio porcentaje de prisioneros que sufren trastornos de este tipo. Además, indica que el **personal de prisiones debería ser «atentamente escuchado y atendido»**, si bien alerta de que **algunos empleados deberían ser sustituidos** porque su perspectiva de las cosas «está corrompida por **persistentes prejuicios** que impiden el cambio necesario». ([www.catholic-ew.org.uk](http://www.catholic-ew.org.uk)).

Recuérdese la intervención del Papa **Juan Pablo II**, el 24 de noviembre, ante los responsables de Instituciones Penitenciarias de 45 Estados, insistiendo, en línea con el Mensaje jubilar del 2000, en que **el orden público no debe contradecir los derechos de los penados** y la **cárcel no puede limitarse a medidas represivas**. Afirmó contundentemente que «hay que **replantear la cárcel en sus mismos fundamentos**», solicitando la abolición de los **malos tratos físicos y morales**, la creación de **alternativas a la prisión** y una **mejor formación para los funcionarios**. En otro orden, para los días 1 y 2 de marzo de 2005 está convocado en la Santa Sede (Justicia y Paz-ICC PPC) un encuentro titulado **«Salvaguardando la dignidad humana de los presos»**.