

## LA REVISTILLA nº 19

**Publicación del Área Jurídica  
de la Pastoral Penitenciaria Católica.  
Marzo de 2005**

*Recién finalizada la edición nos llega la noticia del fallecimiento de Juan Pablo II. Los juristas de la Pastoral Penitenciaria tenemos una impagable deuda de gratitud con el Papa, al que debemos el Mensaje Jubilar en el que invita explícitamente a los profesionales del Derecho a abrir nuevos horizontes a la colectividad, de cara a una reflexión sobre los fines, medios e instituciones jurídicas del sistema penal, exhorta a salvaguardar la dignidad humana de las personas presas y apuesta decididamente por la humanización del sistema penitenciario y por su superación mediante el cultivo de alternativas a la privación de libertad. Sin duda nos ha dejado tarea por delante. La fotografía abrazando a quien le intentó asesinar es el mejor icono de la justicia restaurativa por la que apostamos. Que nos acompañe siempre en la presencia del Cristo Libertador de Cautivos.*

José Luis Segovia –Coordinador del Área Jurídica  
jsb4578@wanadoo.es

P.S. Podéis consultar [www.uc3.es/larevistilla](http://www.uc3.es/larevistilla) recientemente actualizada con varios artículos, formularios y estudios.

---

### ULTIMA HORA

La **DGIP** acaba de aprobar una instrucción en el sentido menos restrictivo que veníamos preconizando de cara a la **clasificación en tercer grado**. En el número siguiente y en la web daremos cuenta más detallada de estos extremos.

---

### JURISPRUDENCIA

\* **STS DE 20.09.04** (Rec. 2139/2003); Se dispone la reposición de las actuaciones al momento de dictar sentencia, por falta de motivación de la resolución, pues **no basta** con dar por probada la participación de los diversos sujetos incurso en un proceso penal, mediante una **genérica y global apreciación probatoria**, sino que es necesario, **uno por uno, destacar cada uno de los elementos probatorios, indiciarios o directos** para determinar si los mismos son aptos para destruir la presunción de inocencia

\* **STS 09.11.2004** (Sala 3ª, sección V). Si el principio "non bis in idem" no impide que una condena penal por delito doloso puede ser considerada también como causa de **expulsión de un extranjero del territorio nacional**, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe **pendiente un proceso penal**. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981, el principio "non bis in idem" conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que **unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado**. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración. Partiendo de estos presupuestos el ámbito de aplicación del artículo 21.2 párrafo primero LDLE **no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la Jurisdicción penal**. La Administración puede solicitar del Juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la **autorización de expulsión de un extranjero encartado** en un procedimiento por delitos **menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal**, puesto que en caso contrario la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal. Consiguientemente, anulamos dicho acuerdo de expulsión por no ser conforme con el ordenamiento jurídico

\* **AUTO de fecha 2 de Febrero de 2005** (rec. 2364/2004): admite la aportación de **dictámenes jurídicos que las partes** puedan acompañar a sus escritos de alegaciones operando no como prueba documental en sí misma, sino como **"complemento de las alegaciones** formuladas por esa parte".

\* **STC 246/2004, de 20 de diciembre de 2004.**- Este Tribunal ya puso de manifiesto en el ATC 139/1985, de 27 de febrero, FJ 1, que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTC), se halla sometido sólo a la Constitución y a esta misma Ley, por lo que en ausencia de previsiones explícitas existe **legitimación activa para interponer el recurso de amparo** aunque el sujeto haya eludido la acción de la justicia y se encuentre **en busca y captura**.

\* **STC 248/2004, de 20 de diciembre de 2004.**- El Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia denegó la **suspensión de la ejecución de la pena** señalando exclusivamente: "visto lo dispuesto en los artículos 81 ss. CP, y lo reseñado en la hoja histórico-penal del condenado, deviene legalmente imposible la concesión a aquel/los del beneficio solicitado". En el citado Auto no se efectúa indicación alguna sobre la firmeza del Auto o la posibilidad de interponer recursos contra el mismo. El 24 de mayo de 2002 se notificó dicha resolución al recurrente en el Centro Penitenciario de Burgos escribiendo éste en el escrito de notificación: "ruego a su Ilma. me comunique por escrito si ante el recurso ante la A.P. Valencia se hizo por ambas partes, fiscal y mi abogado de una forma congruente y fundamentada en Derecho al escrito. Dios guarde usted M.A. [sic]". En todo proceso judicial debe respetarse el **derecho de defensa contradictoria** de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses (reiterado entre muchas STC 124/1994, de 25 de abril, FJ 2).

Son varios los preceptos del Código penal que específicamente en relación con esta institución requieren la **audiencia de las partes e interesados** —arts. 80.2, 81.3, 84.2 CP—, y aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que

constituye una de las instituciones que **tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar "las circunstancias individuales** del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, **teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social**, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad" (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)" [FJ 3]. En el caso enjuiciado, el Auto recurrido es una resolución estereotipada, en la que tan solo se efectúa una remisión a la hoja histórico-penal del condenado. Se otorga el amparo solicitado.

\* **STC 30/2005, de 14 de febrero de 2005.** Las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son también **de aplicación al procedimiento de menores** (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 60/1995, de 16 de marzo, FJ 5), en el que la especial incidencia en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley" (STC 211/1993, de 28 de junio, FJ 4). Por otra parte, **"la declaración de un coimputado es una prueba 'sospechosa'** (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5) **cuando se trata de la única prueba de cargo**, en la medida en que el acusado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente. Procede el amparo solicitado.

\* **STC 24/2005, de 14 de febrero de 2005.**- No cabe duda de que en las decisiones en torno a los **permisos de salida** está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso "disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece" (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4). Asimismo, y esta es la segunda razón por la que en estos supuestos es más riguroso el control de la tutela judicial, **el permiso de salida sirve** a una de las finalidades esenciales que la Constitución impone a la pena privativa de libertad, cual es **"la**

reeducación y reinserción social" (art. 25.2 CE). **No es pues constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento penitenciario, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales** en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación. Cf. STC 204/1999, de 8 de noviembre; y STC 14/1991, de 28 de enero. Por otra parte, **el dictado inexplicado de dos resoluciones de sentido divergente, cercanas además en el tiempo, produce un resultado arbitrario.** En casos como el presente, de concesión o denegación de un permiso de salida a un preso que previamente había disfrutado del mismo, es evidente que el carácter circunstancial del supuesto hace que el órgano judicial no tenga que estar estrictamente vinculado al sentido de su decisión previa. El permiso podrá ser denegado porque hayan cambiado las circunstancias concretas del penado, o porque sin haberlo hecho existan razones que justifiquen un cambio en la valoración judicial acerca del riesgo de quebrantamiento de condena, o porque existan razones para interpretar que, frente a una comprensión anterior del sentido de la norma jurídica, ésta exige un riesgo menor de quebrantamiento para proceder a la denegación. Pero es necesario que tales razones se exterioricen. Procede otorgar el amparo solicitado.

#### FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

\* **INSTRUCCION 1/2005** sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal. Señala que la **exigencia de motivación en los informes del Ministerio Fiscal** es una consecuencia indeclinable del principio de interdicción de la arbitrariedad que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y que deriva directamente de imperativos constitucionales, vinculados al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Ello redundará sin duda en el incremento del prestigio y de la credibilidad de la Institución, actuando preventivamente para que nunca la **discrecionalidad** que se le reconoce en el ejercicio de sus funciones pueda trastocarse en **arbitrariedad**. Consiguientemente en los escritos constará la **identificación del fiscal que los firma**.

\* **INSTRUCCIÓN 2/2005** sobre la **acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género**. Se anuncia una futura Circular más detallada.

Resumidamente, la Orden de Protección. La imposibilidad de conceder la orden de protección hasta tanto no se celebre la comparencia prevista en el apartado 4º del artículo 544 ter LECrim puede determinar que, atendidas las circunstancias del hecho, del agresor y de la víctima, resulte necesaria la adopción urgente de medidas de protección desde el inicio del proceso penal aunque todavía no se haya celebrado dicha audiencia; En estos casos, podrán adoptarse las medidas cautelares de carácter penal y *"excepcionalmente... y hasta tanto se dicte la orden de protección"*, según reza el artículo 23 de la LO 1/2004, corresponderá al Fiscal acreditar con su informe la condición de víctima de violencia de género con los siguientes presupuestos: 1) *Ha de haber sido solicitada una orden de protección y que se constate la existencia de indicios de la comisión de determinados hechos delictivos.* 2) *La demandante ha de ser víctima de actos de violencia de género.* 3) *Ha de constar una situación de riesgo objetivo para la víctima.* En tales circunstancias, si fueran evidentes los indicios de criminalidad, los **Fiscales emitirán directamente el certificado de indicios** incluso sin el visado previo del Fiscal Jefe.

#### ACUERDOS DE LA SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

\* **PLENO NO JURISDICCIONAL del 13 de diciembre de 2004** de la Sala II considera **GHB sustancia gravemente dañosa a la salud** y la cantidad a efectos de **notoria importancia es la de 10.500gr en estado puro**.

\* **PLENO NO JURISDICCIONAL, de 9 de febrero de 2005:**

-Los **autos de sobreseimiento** dictados en apelación en un **procedimiento abreviado** sólo son **recurribles en casación** cuando concurren estas tres condiciones: se trate de un auto de sobreseimiento libre, haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento (entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables) y el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

- En principio sólo será **sujeto activo del tipo de corrupción de menores** previsto en el art. 189.4 CP. el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo.

- El concepto de **emigración del art. 313.3 CP** de alguna persona a otro país, **no se limita a la emigración desde España.**

\* **PLENO NO JURISDICCIONAL del 1 de marzo de 2005:**

- A los efectos del art. 268 CP (**excusa absolutoria** en delitos patrimoniales) las **relaciones estables de pareja son asimilables** a la relación matrimonial.

- La **responsabilidad personal subsidiaria** de la pena de multa debe **sumarse a la pena privativa de libertad** a los efectos del límite del art.53 CP.

-El **art. 68 CP**, cuando remite al art.66 , **no excluye** ninguna de sus reglas, entre ellas la **regla 8ª** (cuando apliquen la pena inferior en más de un grado pueden hacerlo recorriendo toda su extensión).

\* **PLENO NO JURISDICCIONAL del 3 de marzo de 2005.**

-El delito se comete **en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo.** En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa.

-Se continúa manteniendo el **criterio del Instituto Nacional de Toxicología** relativo a las **dosis mínimas** psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa.

-----  
**NOTICIAS JURIDICAS**

\* El próximo 13 de abril el Gobierno español firmará el **Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.** En otros avances, permite la visita sin previo aviso de todos los centros de detención.

\* El pasado 16 de diciembre 2004, los jueces lores **declararon ilegal la Ley Antiterrorista, de Crimen y de Seguridad** aprobada como reacción a los atentados perpetrados en 2001, por considerar que es "discriminatoria" y transgrede la Convención Europea de Derechos Humanos. Según Clarke, la cuestión será resuelta con un sistema de medidas de control, que incluyen el toque de queda, el control con medios electrónicos e incluso con la necesidad de que los sospechosos de terrorismo permanezcan en sus casas. También se

considerará la deportación, siempre que haya garantías sobre la seguridad de los doce extranjeros detenidos actualmente en forma indefinida y sin cargos, en virtud de la legislación aprobada tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos. Las nuevas medidas legislativas tienen que aplicarse en términos iguales a nacionales británicos y a extranjeros.

\* La Sala II del Tribunal Supremo está debatiendo la conveniencia de dirigirse al Gobierno para solicitar un **subtipo atenuado en delitos para la salud pública** cuando el ataque al bien jurídico protegido sea de escasa importancia.

\* La Instrucción de la **DGIP**, con motivo de la informatización del control de comunicaciones, está planteando **problemas** a las personas presas que carecen de recursos y solían **comunicar telefónicamente a "cobro revertido"** ha puesto de manifiesto La Coordinadora de Barrios.

\* Se ha urgido al **Ministerio del Interior** para que clarifique definitivamente que las personas extranjeras en situación irregular puedan **denunciar la comisión de delitos, sin que esa circunstancia les provoque la apertura de un procedimiento de expulsión.** Esto es singularmente importante en **delitos violentos contra las mujeres.** El Defensor del Pueblo ya ha realizado una recomendación en tal sentido,

\* Desde diversos colectivos sociales se a instado a la **Secretaría de Estado para la Emigración y la Inmigración** para que mediante Circular posibilite que **las personas penadas en 3er grado y libertad condicional puedan renovar sus permisos de trabajo** en el exterior como preveía el anterior Reglamento de Extranjería.

\* El **Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)** considera hoy que **España incumple la Directiva europea de 1964** que permite prohibir la entrada de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud públicas sin proceder a una **apreciación individualizada caso por caso,** cuando la persona de que se trate se halle inscrita en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen.