

## EDJ 1994/1970

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-3-1994, nº 435/1994, rec. 534/1993

Pte: Hernández Hernández, Roberto

### Resumen

*El TS da lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Mº Fiscal contra la sentencia que condenó a la acusada como autora de un delito contra la salud pública y actos de contrabando, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógicas de estado de necesidad y escasa importancia de la droga transportada. El motivo prospera ya que en la conducta realizada por la acusada no se observan razones objetivas o subjetivos para apreciar una disminución de su culpabilidad.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971 art.9.10

### ÍNDICE

FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 1

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ATENUANTES

##### POR ANALOGÍA

Cuestiones generales

Supuestos diversos

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.9.10 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.9, art.61 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.25 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.849, art.902 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### Bibliografía

Citada en "Los "juicios paralelos", como atenuante analógica. Foro abierto"

Versión de texto vigente null

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia condena a la acusada, como autora de un delito de tráfico de droga (de las que causan grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia) y de otro de contrabando, con la rebaja punitiva respecto a éste prevista en el art. 2.3º LOC, y la concurrencia de las atenuantes analógicas a las del estado de necesidad exculpante y escasa notoria importancia de la droga transportada con relación a los dos ilícitos, a las penas, por el primer delito, de 6 años y un día de prisión mayor, accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad y multa de 80.000.000 pts., y por el segundo, de un mes y un día de arresto mayor, con las mismas accesorias y multa de 2.000.000 pts., así como al comiso del dinero intervenido y droga ocupada, más el abono de las costas procesales.SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se alza en impugnación casacional el Mº Fiscal, la que vertebra por dos motivos, ambos por corriente infracción de Ley y vía del núm. 1, art. 849 LECr. EDL 1882/1, alegando en el primero vulneración, por aplicación indebida, de la atenuante analógica núm. 10, art. 9, regla 5ª, art. 61 CP EDL 1995/16398, al fundarse aquella "en la escasa notoria importancia de la droga transportada" y, en consecuencia, la inaplicación de la regla 1ª, art. 61, en relación con el 344.3º bis a) CP, puestos en relación con el art. 25 CE EDL 1978/3879. Se inicia su desarrollo exponiendo la tesis argumentativa llevada a cabo por el juzgador "a quo" a lo largo del ap. B) del f. j. 3º de su sentencia y la conclusión que obtiene de rebajar en un grado la pena prevista para el subtipo agravado, dada la concurrencia con la atenuante criticada de otra de la misma naturaleza referida al "estado de necesidad". Seguidamente muestra su desacuerdo con la sentencia de instancia por que, al aplicar la atenuante 10ª, art. 9 ("escasa notoria importancia de la droga transportada") prescinde de la concreción de la atenuante con la que guarda analogía, señalando que la misma existe "con todas ellas en cuanto que todas vienen a reforzar el principio de culpabilidad", lo que prácticamente supondría -dice expresamente la impugnación- la supresión de la lista de atenuantes contenida en el art. 9 referido, la creación de nuevas atenuantes "extralegales" y la vulneración del principio de "legalidad" (con producción de una grave "inseguridad jurídica"), de obligado acatamiento, no para favorecer o perjudicar al reo, sino para impartir justicia, como concretamente indica la S 29 noviembre 1991. Concluye la censura casacional, tras indicar la inexistencia de razones objetivas o subjetivas para apreciar una

disminución de la culpabilidad en la conducta de la acusada, en la procedencia de imposición a la misma de la pena de prisión mayor en su grado medio. TERCERO.- El motivo merece ser acogido. En efecto, si bien no puede ocultarse que un sector doctrinal, importante, partiendo de que la analogía o afinidad a que se refiere el núm. 10, art. 9 CP EDL 1995/16398, se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, ni a la identidad de significado externo, sino a la semejanza de valor o de sentido, ha llegado a afirmar que la análoga significación se ha de establecer a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto global y en algún caso, que la analogía podría basarse en la totalidad al ordenamiento jurídico o en el Derecho natural, y de lo que se han hecho eco algunas SS de esta Sala y así, concretamente, la de 15 septiembre 1993, con cita de la de 22 febrero 1988, indicativas de que "la atenuante de análoga significación del art. 9, núm. 10 CP EDL 1995/16398, constituye una cláusula general de individualización de la pena, que, permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor, más que por la vía de una analogía formal con los supuestos específicamente contemplados en los diferentes números del art. 9 CP EDL 1995/16398, a través de una analogía con la idea genérica básica que informa dichos supuestos"; también es cierto y así ha de resaltarse que la mayoritaria doctrina de la Sala y así, entre las más recientes, la contenida en las SS 9 febrero, 12 y 14 mayo y 21 julio 1993, requiere para la apreciación de la atenuante 10ª, art. 9, la confrontación de los hechos de análoga, parecida o semejante significación al contenido de las atenuantes que, como típicas se contienen en el texto penal, puesto que la analogía, parecido o similitud ha de tener un término comparativo de no pretender la creación de una figura de atenuante incompleta "extra legem", lo que ocurre en el supuesto enjuiciado, máxime cuando y como aduce el Mº Fiscal, en la conducta realizada por la acusada no se observan razones objetivas o subjetivas para apreciar en la misma una disminución de su culpabilidad, que propiciara una minoración de la sanción a imponerla, conforme a Ley, en atribución moderadora e individualizadora de la pena, para acomodar ésta a la "culpabilidad del hecho". El motivo pues y como se anticipó, procede ser estimado. CUARTO.- Por corriente infracción de Ley y vía igualmente del núm. 1, art. 849 LECr. EDL 1882/1, el motivo 2º del recurso interpuesto y formalizado por el Mº Fiscal, aduce inaplicación del inc. 2º, núm. 1, art. 2, en relación con el art. 1, núm. 3 LOC, en concordancia todos con la regla 1ª, art. 61 CP EDL 1995/16398, ya que la aplicación del núm. 3, art. 2 LOC, en modo alguno permite degradar la pena tipo al grado mínimo de la pena de arresto mayor, como ha hecho el sentenciador al utilizar idénticas circunstancias subjetivas para apreciar dos causas de disminución de la responsabilidad y rebajar con ello dos grados la pena base. Estimado el motivo analizado precedentemente, lo que conlleva el dictado de la sentencia prevenida en el art. 902 LECr. EDL 1882/1, en la que obviamente, no se tendrá en cuenta la atenuante análogica de "escasa notoria importancia de la droga transportada", no sólo con relación al delito contra la salud pública sino también con referencia al de contrabando, el motivo 2º de la impugnación causada por el acusador público que, por su justa y correcta formulación, merecería ser asumida por esta Sala, queda carente de practicidad. FALLO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el Mº Fiscal, contra S dictada por la AP Madrid (Sec. 15ª), con fecha 12 febrero 1993, en causa seguida contra la acusada Lisbeth por un delito contra la salud pública y otro de contrabando, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha AP, con declaración de oficio de las costas del recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada AP, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. SEGUNDA SENTENCIA FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos íntegramente los fundamentos jurídicos 1º, 2º, 5º y 6º de la sentencia de instancia, el 3º solamente en cuanto hace referencia a la apreciación de la atenuante análogica a la de "estado de necesidad" y el 4º únicamente con relación a su pfo. 1º. SEGUNDO.- Se dan por reproducidos los de igual naturaleza de nuestra precedente sentencia rescindente. FALLO: Que debemos condenar y condenamos a la procesada Lisbeth como autora, responsable criminalmente, de un delito de tráfico de la droga (de las que causan grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia) y otro de contrabando, con la concurrencia a su favor y en ambas infracciones, de la atenuante análogica a la del estado de necesidad a las penas por el primero de 8 años y un día de prisión mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad y de multa de 101.000.00 pts., y por el segundo, de 3 meses de arresto mayor, con las mismas accesorias y multa de 2.000.000 pts.; manteniéndose el resto de pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de instancia, relativos al abono de prisión provisional, comiso y abono de costas. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Sr. Soto Nieto.- Sr. Granados Pérez.- Sr. Hernández Hernández.