

La pena de multa prevista para los delitos relacionados con el consumo ilegal de drogas

Sumario

-

A pesar de la complejidad de la materia y de su importancia práctica, la doctrina ha prestado muy poca atención a la regulación de la pena de multa y su aplicación. También cuando se trata de una multa proporcional impuesta por la comisión de un delito relacionado con el favorecimiento del consumo ilegal de drogas. En este trabajo analizamos algunas de las cuestiones que la determinación de la pena de multa plantea en este ámbito. Examinaremos primero si la aplicación de las reglas previstas en los arts. 61 a 72 CP es preceptiva al determinar una multa de carácter proporcional. El análisis de esta cuestión exige tener en cuenta la relevancia y la justificación de que, con carácter general, la cuantía de la multa se determine atendiendo a la situación económica del reo. Esta es también la clave para analizar otra cuestión controvertida: el objeto de referencia de la multa prevista en los arts. 368 a 370 CP y, más concretamente, el carácter alternativo o subsidiario de la referencia a la recompensa o la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener. Finalmente analizamos los criterios que sigue la jurisprudencia para considerar acreditado el precio final de la droga.

Abstract

-

Despite the complexity of the matter and its practical importance, the doctrine has paid very little attention to the regulation of fines and their application. This also in the case of a proportional fine imposed for committing a crime related to the promotion of illegal drug use. In this paper we analyse some of the issues that the determination of the fine raises in this area. We will first examine whether, when determining a proportional fine, the rules set forth in arts. 61 to 72 CP (Penal Code) should be applied. The analysis of this issue requires taking into account the relevance and the justification that the amount of the fine be determined based on the economic situation of the offender. This is also the key to analyze another controversial issue: the object of reference of the fine provided for in arts. 368 to 370 CP (penal Code) and, more specifically, the alternative or subsidiary nature of the reference to «the reward or the gain obtained by the offender, or that he could have obtained». Finally, we analyse the criteria that the jurisprudence follows to consider proved the final price of the drug.

Abstract

-

Trotz der Komplexität dieser Frage und ihrer praktischen Bedeutung hat die Rechtslehre den gesetzlichen Vorschriften zu Geldstrafen und ihrer Anwendung wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dies gilt ebenfalls, wenn es sich um eine proportionale Geldstrafe handelt, verhängt für eine Straftat begangen im Zusammenhang mit der Förderung des illegalen Drogenkonsums. In diesem Artikel analysieren wir einige der Probleme, die die Festsetzung einer Geldstrafe in diesem Bereich aufwirft. Wir werden zunächst prüfen, ob bei der Strafzumessung der Geldstrafe die in den Artikeln 61 bis 72 CP (Strafgesetzbuch) festgesetzten Vorschriften angewendet werden müssen. Die Analyse dieser Frage erfordert die Berücksichtigung der Bedeutung und der Begründung, dass die Höhe der Geldstrafe auf der Grundlage der wirtschaftlichen Verhältnis des Täter bestimmt werden muss. Dies ist auch der Schlüssel zur Analyse eines weiteren kontroversen Themas: das Referenzobjekt der Geldstrafe in den Artikeln 368 bis

1.2020

Recepción
04/12/2019

-

Aceptación
08/01/2020

-

-

370 CP (Strafgesetzbuch), und insbesondere den alternativen oder subsidiären Charakter des Verweises auf «den Lohn oder Gewinn, den der Straftäter erzielt hat, oder den er hätte erzielen können». Schließlich analysieren wir die Kriterien, nach denen sich die Rechtsprechung richtet, um den Endpreis der Drogen als bewiesen anzunehmen.

Title: *The fine foreseen for crimes related to illegal use of drugs*

Titel: *Die Geldstrafen vorgesehen für Straftaten im Zusammenhang mit illegalem Drogenkonsum*

-

Palabras clave: *Pena de multa; multa proporcional; delitos contra la salud pública.*

Keywords: *fine; proportional fine; crimes against public health.*

Stichworte: *Geldstrafe; proportionale Geldstrafe; Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit.*

Índice

-

1. Introducción

2. Relevancia de las reglas previstas en los arts. 61 a 72 CP al determinar el marco penal de la multa proporcional

3. El objeto de referencia para determinar la multa prevista en los arts. 368 a 370 CP

4. La acreditación del valor de la droga en el proceso penal

5. Conclusiones finales

6. Bibliografía

-

1. Introducción

1. Como pena única, de carácter alternativo o formando una pena compuesta, numerosos preceptos del Código Penal vigente prevén la imposición de una pena de multa, que el art. 50.1 define indicando que «consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria». La pena de multa debe distinguirse del decomiso, que el legislador considera una consecuencia accesoria y regula con carácter general en los arts. 127 a 128 CP¹.

La legitimidad, la eficacia preventiva y el contenido aflictivo de la pena de multa dependen de que su cuantía se determine tomando en consideración la situación económica del reo, además de la gravedad del delito². Solo así –y valorando aquella circunstancia al fijar las condiciones de cumplimiento (arts. 50.6, 51 y 52 CP)– se garantiza que el penado pueda disponer de los recursos económicos necesarios para abonar la multa. Ello no comporta que llegue efectivamente a disponer de tales recursos, lo cual obliga a prever una pena sustitutiva, que asuma subsidiariamente la función preventiva de la multa en el caso de que esta resulte impagada, y que reforzará su eficacia preventiva³. La consideración de la situación económica del reo al determinar la cuantía de la multa también es necesaria para que el hecho de que el penado disfrute de una situación económica acomodada no impida o limite injustamente el contenido aflictivo de dicha pena y, en definitiva, su capacidad preventiva. Pero no se trata solo de que el pobre pueda pagar la multa y de que esta pena tenga también un contenido aflictivo significativo

¹ Ver, por todos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de política criminal frente a la corrupción», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. S. Mir Puig*, 2017, pp. 903-914; CASTELLVÍ MONSERRAT, «Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias», *InDret*, (1), 2019, pp. 1-69; DE LA MATA BARRANCO, «El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. S. Mir Puig*, 2017, pp. 939-948. Ver también KÜHL/HEGER, «§ 40», *StGB Kommentar*, 29ª ed., 2018, nm. 4.

² Ver MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 751, este autor también destaca que «[l]os inconvenientes de la multa dependen del sistema económico general: de sus desigualdades y de las insuficiencias económicas de los individuos. En países de economía poco desarrollada y con una delincuencia centrada en las clases económicamente débiles la multa tropezará de continuo con la insolvencia del reo. En cambio, las posibilidades de utilización de la multa aumentan cuando el nivel económico general se eleva. Ello explica la evolución favorable a la multa en los países avanzados». Ver también ROLDAN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, 1983, *passim*; FARALDO-CABANA, *Money and the Governance of Punishment*, 2017, *passim*; LA MISMA, «Towards equalisation of the impact of the penal fine: Why the wealth of the offender was taken into account», *IJCJ&SD*, (3), 2014, pp. 3-15, destacando que la evolución de la pena de multa viene determinada por los esfuerzos para que también sea efectiva frente a los menos favorecidos económicamente y por evitar el internamiento cuando el condenado sea insolvente; LA MISMA, «A certain sense of fairness? Why fine were made affordable», *European Journal of Criminology*, (12), 2015, pp. 616-631; LA MISMA, «Who dares fine a murderer? The changing meaning of money and fines in western european criminal systems», *Social & Legal Studies*, (25), 2016, pp. 489-507; Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., 2016, pp. 717-718; ROCA AGAPITO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, 2003, pp. 81, 84, 85; GOISIS, «Le pene pecuniarie. Stroria, comparazione, prospetive», *DPC*, (22 nov), 2017, pp. 2-6, con especial atención a la evolución de la regulación italiana; ALBRECHT, «§ 40», *NK*, t. I, 5ª ed., 2017, nm. 11.

³ A su vez, la legitimidad de esta pena sustitutiva dependerá de su contenido y forma de cumplimiento y de los criterios con los que se determine. Ver STC 19/1988, de 16 feb. En la doctrina, ver ROCA AGAPITO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, 2003, pp. 289 ss., especialmente pp. 304 ss.; JAREÑO LEAL, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, 1994, pp. 107 ss. Ver también FARALDO-CABANA, *Money and the Governance of Punishment*, 2017, pp. 79-111 y 179-187.

cuando se impone al rico. La consideración de la situación económica del reo –junto con la gravedad del delito– al determinar la cuantía de la multa se justifica también para intentar así que el sacrificio asociado al cumplimiento de dicha pena sea el mismo –o, por lo menos, no varíe injustamente– en relación con todos aquellos que han realizado el mismo delito. En este sentido, se alude en la doctrina a la igualdad de sacrificio o de los efectos de la multa⁴.

Siguiendo los pasos de otros muchos países, el Código Penal vigente introdujo el sistema de días-multa. Ente sus ventajas, la doctrina destaca que permite valorar la situación económica del reo mejor que otros sistemas de determinación de la pena de multa⁵. El resultado de dicha valoración dependerá de los criterios aquí utilizados⁶ y de otra cuestión sobre la cual tampoco hay consenso: la oportunidad de que el legislador limite el importe máximo de las cuotas y el contenido de tales límites, en el caso de que se hayan establecido⁷. En relación con las multas impuestas a personas

⁴ Ver, p. ej., RADTKE, «§ 40», *MK*, t. II, 3ª ed., 2016, nm. 2; KINZIG, «§ 40», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 1 y 6; WOLTERS, «§ 40», *SK*, t. II, 9ª ed., 2016, nm. 2; GRACIA MARTÍN, «La pena de multa», en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 178-183; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias jurídicas del delito*, 2018, pp. 207-208.

⁵ Ver JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de Olmedo Cadenete), 5ª ed., 2002, pp. 926 y 829. Ver también ALBRECHT, «§ 40», *NK*, t. I, 5ª ed., 2017, nm. 1, 11, 18 y 19; KINZIG, «§ 40», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 1; KÜHL/HEGER, «vor § 40», *StGB Kommentar*, 29ª ed., 2018, nm. 1; LOS MISMOS, «§ 40», *StGB Kommentar*, 29ª ed., 2018, nm. 10; RADTKE, «§ 40», *MK*, t. II, 3ª ed., 2016, nm. 2, 3, 6 y 52, afirma que la finalidad del sistema de días-multa es igualar el contenido aflictivo de la multa, con independencia de la clase social y de los ingresos de los condenados; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 752; MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, pp. 147-158; FARALDO-CABANA, *Money and the Governance of Punishment*, 2017, pp. 106-111 y 218-220; ROCA AGAPITO, «Pena de multa», en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 82-83; EL MISMO, *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, 2003, pp. 92-100; JORGE BARREIRO, «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *ADPCP*, (II), 1995, pp. 346-347; EL MISMO, «Comentario a los arts. 50 a 53», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, pp. 228-229; BAUCELLS LLADÓS, «Comentario a los arts. 50 a 53», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, p. 527. En las SSTC 108/2001, de 23 abr. y 196/2007, de 11 sept., se destaca que el sistema de días-multa «pretende reducir el desigual impacto sobre las personas y la dificultad de garantizar el pago efectivo».

⁶ En relación con los criterios propuestos para valorar la capacidad económica del reo al determinar el importe de las cuotas de la multa, ver MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, pp. 115-129, 143-148 y 167-169; EL MISMO, «La pena de multa en el Proyecto de Código Penal», *ADPCP*, 1980, pp. 23-28; GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 188-189. Ver también GREBING, «Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems», en JESCHECK/GREBING, *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, 1978, pp. 98-100; RADTKE, «§ 40», *MK*, t. II, 3ª ed., 2016, nm. 4 y 5.

⁷ Considerando que el límite máximo no debería estar fijado legalmente porque ello puede suponer un inconveniente desde el punto de vista del principio de igualdad de sacrificio; ver GRACIA MARTÍN, «La pena de multa», en EL MISMO (dir.), *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, pp. 95 y 99; GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2016, pp. 186-187. Considerando que el límite máximo sí debe fijarse legalmente, pero debería ser más elevado, ver ROCA AGAPITO, en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2017, p. 84; también propone elevar el límite máximo del importe de las cuotas BAUCELLS LLADÓS, «Sistema de penas para el delincuente económico», *CPC*, (107), 2012, pp. 159-163; EL MISMO, «Sistema de penas para la delincuencia económica en Derecho español», en GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica*, 2014, pp. 396-399. Sobre esa cuestión, ver también Díez RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 723, crítico con los límites fijados por el legislador y destacando la relación entre esta cuestión y el recurso a la multa proporcional; ROLDAN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, 1983, pp. 80-82; FARALDO-CABANA, *Money and the Governance of Punishment*, 2017, pp. 217-219.

físicas, el art. 50.4 CP dispone: «La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros». En cambio, el § 40 II *Strafgesetzbuch* (StGB) señala que el importe de las cuotas se fijará entre 1 y 30.000 euros. Además, a diferencia del legislador español, el alemán ha establecido allí unas pautas para valorar la situación económica del reo. Concretamente, § 40 II StGB establece: «El Tribunal determinará el importe de las cuotas tomando en consideración las circunstancias personales y económicas del autor. Por regla general, partirá de los ingresos netos que, por término medio, el autor obtenga o pueda obtener en un día». El § 40 III StGB añade: «Los ingresos del autor, su patrimonio y otras bases para la determinación de cada una de las cuotas podrán estimarse». En este trabajo no podemos ocuparnos más detalladamente del sistema de días-multa. Pero sí nos interesa destacar que la capacidad preventiva de la multa determinada de acuerdo con dicho sistema puede verse severamente limitada por su regulación legal y, sobre todo, por las dificultades que aparecen al intentar conocer la situación económica del reo.

Si nuestro legislador conservó el sistema de multa proporcional –aunque sea con carácter excepcional– fue, seguramente, porque consideró que los límites previstos en el art. 50.4 CP son insuficientes cuando la multa se vincula a conductas delictivas que pueden generar importantes beneficios, realizadas por personas que disfrutaban de una situación económica acomodada. Pero, como destaca GRACIA MARTÍN, ello «resulta perturbador y contradictorio. En relación a delitos que proporcionan al autor elevadas ganancias o que producen enormes perjuicios, como puede suceder con el narcotráfico o con los delitos fiscales, etc., la gravedad del hecho apunta a que la pena indicada debe ser la privativa de libertad, y no la de multa. Si, no obstante, estuviera indicada la acumulación de una multa para algunos de tales delitos, el que haya multas administrativas muy superiores a las que pueden resultar de la aplicación del sistema de cuotas, y la insuficiencia de las cuantías resultantes de la aplicación de este último, son cuestiones que pueden y tienen que remediarse *de lege ferenda* mediante la supresión (...) del límite máximo de la cuantía de la cuota diaria en el sistema de días-multa. El perjuicio causado constituye un elemento del desvalor del resultado que determinará siempre, por ello, una mayor gravedad de lo injusto, por lo que deberá ser tenido en cuenta en la determinación del número de cuotas. Y, por otro lado, el beneficio obtenido con el delito debe ser neutralizado mediante la pérdida o comiso de las ganancias directas o indirectas, hasta donde sea posible, y los objetos del delito decomisados»⁸.

⁸ GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 99; GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 200-201. En términos similares, ver JORGE BARREIRO, «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *ADPCP*, 1995, pp. 349-350; EL MISMO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, pp. 222-234; CEREZO MIR, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», *La Ley*, (3), 1996, p. 1473; Díez RIPOLLÉS, *PG.*, 4ª ed., 2016, p. 727; BAUCCELLS LLADÓS, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, pp. 537-538; EL MISMO, *CPC*, (107), 2012, pp. 159-163; EL MISMO, en GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica*, 2014, pp. 396-399. Ver también ROCA AGAPITO, en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2017, pp. 97-88, considerando que no parecen del todo convincentes los argumentos esgrimidos a favor del mantenimiento de la multa proporcional. Por el contrario, considerando que la conveniencia de mantener la multa proporcional no puede desdeñarse totalmente, ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995», *EPCrim.*, (20), 1997, pp. 251-252. Ver también VALLDECABRES ORTIZ, «Comentario a los arts. 50 a 53», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t.I, 1996, pp. 343-344.

Lo dicho hasta aquí permite contextualizar y realizar una aproximación crítica a la regulación española de la multa proporcional y, más concretamente, a la regulación de la pena de multa prevista para los delitos relacionados con el consumo ilegal de drogas.

2. El régimen general de la multa proporcional se encuentra en el art. 52 CP. En estos casos la multa se «establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo» (art. 52.1)⁹.

El art. 52.2 CP regula de forma ambigua la relevancia que, al determinar la cuantía de la multa, corresponde a los arts. 61 a 72 CP. Dicho de otro modo: no está claro cómo debe determinarse el marco penal dentro del cual se concretará luego el importe de la multa. Esta cuestión de carácter general es la primera de las que queremos tratar en este trabajo. Para ello es esencial tener presente el vínculo que apuntábamos antes entre la función preventiva de la multa y la valoración de la situación económica del reo. Como veremos, también es necesario conocer los antecedentes del art. 52 CP.

La segunda cuestión que queremos abordar se refiere únicamente a los delitos relacionados con el consumo ilegal de drogas, que son –junto con los delitos contra la Hacienda Pública– los delitos castigados con una multa proporcional de mayor relevancia práctica. El art. 368 CP dispone que las conductas allí descritas se castigarán con «las penas de prisión de tres a seis meses y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancia o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos». El último párrafo del art. 368 CP contiene una modalidad atenuada. Los arts. 369, 369 bis y 370 CP prevén modalidades agravadas. A su vez, el art. 377 CP dispone: «Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener». Esta regulación plantea la duda acerca de en qué casos debe determinarse el valor de la droga atendiendo al precio final del producto y en qué casos debe determinarse atendiendo a la recompensa o ganancia obtenida o que se hubiera podido obtener. Trataremos de analizar las discrepancias surgidas al respecto en la jurisprudencia. Podemos adelantar aquí nuestra posición al respecto: el art. 377 CP no otorga preferencia a ninguno de los criterios allí mencionados para determinar el valor de la droga; deberá optarse por el criterio más adecuado para valorar la situación económica del reo de acuerdo con el principio de igualdad de sacrificio, la función preventiva de la multa y sus límites.

Finalmente, nos ocuparemos de una cuestión de carácter procesal: la acreditación en el proceso del valor de la droga objeto del delito.

⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 99; GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 201-202.

2. Relevancia de las reglas previstas en los arts. 61 a 72 CP al determinar el marco penal de la multa proporcional

3. Como apuntábamos antes, con independencia del sistema previsto para su determinación, la eficacia preventiva y la legitimidad de la pena de multa dependen de que su cuantía se determine teniendo en cuenta la situación económica del condenado –y no solo la gravedad del hecho– de manera que, en relación con los autores de un mismo delito, el contenido aflictivo de dicha pena, el sacrificio que comporta, sea siempre el mismo o, por lo menos, no dependa injustamente de su situación económica.

4. Tras regular en la Sección 1ª del Capítulo IV las «Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones» (arts. 49 a 57 bis d CP), ya en la Sección 2ª del Capítulo IV, dedicada a las «Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes», para poder tomar adecuadamente en consideración la situación económica del condenado, el art. 63 CP de 1973 establecía: «En la aplicación de las multas, los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable». El art. 63 iba inmediatamente precedido de la regulación, en los arts. 61 y 62, de las consecuencias de la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes de carácter genérico, que hoy encontramos en art. 66 CP¹⁰. A su vez, en el art. 66 CP de 1973 se encontraba el régimen jurídico de las eximentes incompletas, esto es, el antecedente de la regulación que hoy contiene el art. 68 CP. En relación con la determinación de la pena de las faltas, el art. 601 CP de 1973 establecía: «En la aplicación de las penas de este libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68».

En cuanto a la pena de multa prevista para los *delitos*, la doctrina entendió que el art. 63 CP de 1973 solo excluía la aplicación preceptiva de las reglas de determinación de la pena previstas en el art. 61 CP, antecedente –como decíamos– del actual art. 66 CP¹¹.

5. El Código Penal vigente trasladó la regulación sobre la determinación de la pena de multa prevista para los delitos a los preceptos que se ocupan de esta pena. Más concretamente, al regular la determinación de la pena de multa impuesta según el sistema de días-multa, el art. 50.5 CP dispone: «Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena

¹⁰ Partiendo de la división de las penas en grados, el art. 61 CP de 1973 establecía: «En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: (...)».

¹¹ Ver, p. ej., MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, pp. 824, 828 y 829, interpretando que el art. 63 CP excluía la aplicación del art. 61 CP, pero « [n]ada se dice, en cambio, de las demás reglas que determinan un cambio de marco penal, como las relativas a la tentativa y frustración o a codelincuencia, o como las previstas en los arts. 65 y 66. Todas estas disposiciones deberán entenderse aplicables a las multas»; CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 63», en EL MISMO *et al*, *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1972, p. 283: «En virtud de dicho precepto, son, en efecto, desvinculados los mismos [los Tribunales] de la regulación contenida en el artículo 61». Ver también MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, 1977, pp. 175-178; EL MISMO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, 1983, pp. 45-49.

dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título», es decir, los arts. 61 a 79 CP. En cambio, en relación con la multa proporcional, reproduciendo casi por completo el antiguo art. 63 CP de 1973, la versión inicial del art. 52.2 CP disponía: «En estos casos, en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable». La práctica coincidencia de la redacción del art. 52.2 CP y la del anterior artículo 63 CP y el fundamento de esta regulación –destacar la relevancia que debe otorgarse aquí a la situación económica del reo–, permitían entender que el legislador seguía considerando que, por lo menos las «reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes» que ahora regulaba el art. 66 CP y remitían a la mitad superior o inferior del marco penal, no eran de aplicación a los delitos para la determinación de la cuantía de la multa proporcional¹². La LO 15/2003, de 25 nov., modificó ligeramente la redacción del art. 52.2 CP, aproximándola a la del art. 50.5 CP. Desde entonces, en el art. 52.2 la afirmación «en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas» se ha sustituido por la afirmación «los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito», unos límites que el art. 50.5 CP distingue de los que derivan de fijar el marco penal mediante la aplicación de las reglas previstas en los arts. 61 a 79 CP y sobre cuya aplicación en los casos de multa proporcional nada se dice expresamente en el art. 52 CP. Como tampoco se dice nada en el art. 70 CP sobre la determinación de la pena superior e inferior en grado en los casos de multa proporcional y, en cambio, sí se alude a la multa determinada según el sistema de días-multa. Pero el art. 52.2 CP no excluye, en relación con la multa proporcional, la aplicación de todas o algunas de las reglas previstas en los arts. 61 a 79 CP, como, p. ej., se excluía la aplicación de algunas de ellas en relación con las faltas –primero en el art. 602 CP 1973 y luego en el art. 638¹³–, o se excluye ahora en el art. 66.2 CP la aplicación de las reglas previstas en el art. 66.1 CP respecto a los delitos leves y los imprudentes. Además, desde la LO 15/2003, de 25 nov., al referirse a la motivación de la pena impuesta, el art. 72 CP distingue entre el grado y la extensión de la pena impuesta.

6. Para tomar adecuadamente en consideración la situación económica del reo al determinar la pena de multa prevista según el sistema de multa proporcional, es razonable excluir la aplicación imperativa de las reglas generales de determinación de la pena que limitan su posible extensión

¹² Ver MIR PUIG, *PG*, 5ª ed., 1998, p. 753, considerando que las reglas generales de determinación de la pena no son aplicables a la multa proporcional; en el mismo sentido, EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2004, p. 723; VALLDECABRES ORTIZ, en VIVÉS ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, 1996, p. 344, señalando que «el apartado segundo refunde ambos criterios (circunstancias modificativas de la responsabilidad y capacidad económica del reo) en un único momento, precisamente, en la fijación de la extensión legalmente prevista (por ejemplo, si la multa se impone por el tanto, el duplo o el triplo causado)»; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCrim*, (20), 1997, pp. 253-254; GONZÁLEZ RUS, «Comentario los arts. 73 a 77», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, 2000, p. 959. Ver también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Comentario a los arts. 50 a 53», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, 2000, p. 659, que parece excluir la aplicación de las reglas de determinación de la pena previstas en los arts. 61 a 79 CP.

¹³ Antes de que la LO 1/2015, de 30 mar., derogara la regulación relativa a las faltas, el art. 638 CP disponía: «En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 de este Código».

y obligan a reducir el marco penal a su mitad inferior o superior cuando concurren circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico. En cambio, tiene poco sentido dejar de aplicar a la multa proporcional las reglas generales sobre determinación de la pena que, atendiendo a la disminución del desvalor de la conducta o a consideraciones de política criminal, establecen con carácter preceptivo la imposición de la pena inferior en uno o dos grados. Seguramente tampoco tiene mucho sentido excluir aquí la aplicación de algunas de las reglas de determinación de la pena que prevén la posibilidad de imponer la pena superior en grado, como en los casos de delito continuado. Pero ello resultaría perjudicial para el reo.

7. Todo lo anterior nos lleva a entender que, como sucedía con su antecedente (art. 63 CP de 1973), el significado del art. 52.2 CP radica en destacar la relevancia de la situación económica del reo al determinar la cuantía de la multa e intentar que sea adecuadamente tomada en consideración. Así se explica que, a diferencia del art. 50.5 CP, el art. 52.2 CP no prevea la aplicación preceptiva a la multa proporcional de las reglas previstas en los arts. 61 a 79 CP. Pero sí deben aplicarse aquí las reglas que, atendiendo a la gravedad del hecho o a consideraciones de política criminal, prevén la imposición de la *pena inferior en uno o dos grados*. Estas reglas también son aplicables a la determinación de la multa proporcional porque ello (a) no se excluye expresamente por el legislador, (b) es coherente con el fundamento del art. 52.2 CP y con una interpretación histórica del mismo, (c) es favorable al reo y (d) comporta la aplicación de las reglas que prevén la rebaja de la pena en uno o dos grados a supuestos análogos a aquellos en los que esa rebaja es preceptiva en relación con una multa prevista según el sistema de días-multa. En cambio, no es preceptiva la aplicación de las reglas generales que, atendiendo a la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, remiten a *la mitad inferior o superior del marco penal*, sin que ello suponga excluir su aplicación cuando permite una adecuada valoración de la gravedad del hecho y de la situación económica del penado¹⁴. De todos modos, es necesario destacar aquí la escasa atención que, también en relación con las multas de carácter proporcional, nuestra jurisprudencia viene prestando a la situación económica del reo, lo cual explica que la cuantía de las multas se sitúe casi siempre cerca del mínimo del marco penal¹⁵.

¹⁴ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 236-237; este autor afirma: «Los Jueces o Tribunales impondrán esta pena dentro de los límites fijados pero sin atender las reglas generales del art. 66 que establecen los criterios para valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En absoluto, se quiere decir que no deben ser tenidas en cuenta dichas circunstancias, ni tampoco que no puedan considerarse supletorias las referidas reglas, tan sólo pretende el legislador asegurar una mayor discrecionalidad judicial en su apreciación para poder valorar «principalmente» la situación económica del culpable»; TAMARIT SUMALLA, «Comentario a los arts. 50 a 53», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 487, que afirma expresamente que la multa proporcional «constituye una excepción a la aplicación de las reglas del artículo 66, como corresponde al sistema tradicional de la multa»; BAUCCELLS LLADÓS, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, pp. 538-539, afirmando que el art. 52.2 CP solo es una norma especial en relación con el art. 66 CP; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., 2005, pp. 134-137 y 140. Considerando, en cambio, que el art. 66 CP sí es aquí de aplicación, ver DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, pp. 726-728, 749 y 752; también parece aceptarlo GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, p. 202. Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, «Comentario a los arts. 50 a 53», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2015, p. 244.

¹⁵ Lo destaca también MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario a los arts. 368 a 378», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, 2004, p. 1685.

8. En relación con la relevancia de las reglas de determinación de la pena previstas en los arts. 61 a 72 CP, en el sentido antes indicado podemos citar, p. ej., la STS 913/2016, de 2 dic., que revisa la determinación de las penas impuestas a los condenados como autores de la modalidad agravada del delito contra la salud pública prevista en los arts. 368 y 370.3 CP, referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia y la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas. El Tribunal justifica primero que solo a uno de los condenados se imponga, en virtud de lo dispuesto en el art. 370 CP, la pena superior en dos grados a la prevista en el art. 368 CP. En relación con la concurrencia de la indicada agravante y atenuante genéricas, afirma que debe procederse conforme a lo dispuesto en la regla 7ª del art. 66.1 CP. Más concretamente, entiende que, «[d]ada la heterogeneidad entre ambas circunstancias y concurriendo en su previsión más normalizada, no cabe mejor compensación, que preservar el efecto originariamente establecido para cada una y otra circunstancia, como si aisladamente hubieran concurrido, reglas segunda y tercera del art. 66.1, siempre dentro del ámbito discrecional marcado permitido por esta regla séptima. El preceptivo abono cuantitativo de la pena derivado de las dilaciones, obligaría a bajar la pena en un grado (...); mientras que la reincidencia, dentro de la pena inferior en grado (...) conllevaría (...) que sea aplicada la pena en su mitad superior». El Tribunal determina con estos criterios las penas de prisión de los dos condenados. En relación con las penas de multa, decide tomar como referencia el valor de la droga y recuerda que, ante la ausencia de norma alguna para determinar la pena superior e inferior en grado de la multa proporcional, en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 se acordó: «1.- En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. [./.] 2.- El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del C.P. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales». Conforme a dicho acuerdo, el Tribunal afirma: «no procede incrementar en un grado la multa prevista en el artículo 368, pese a que el art. 370 indica que se impondrá la pena superior en uno o dos grados (...). Si bien a su vez, sí corresponde, al haber afirmado la persistencia de la atenuación, degradar ambas multas mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP, lo que determina la imposición a cada uno de los condenados de dos multas de la mitad al tanto del valor de la droga objeto del delito». Pero el Tribunal no contempla la obligación de que la agravante de reincidencia obligue a concretar dicho marco penal en su mitad superior y afirma: «En la concreción de las mismas, resulta de aplicación el art. 52.2 CP, que indica que debe atenderse principalmente a la situación económica del culpable y no acreditadas sus respectivas situaciones económicas, deben quedar reducidas a la mitad del tanto»¹⁶.

¹⁶ En cambio, la STS 463/2018, de 11 oct., que se ocupa de la determinación de la multa impuesta por la comisión de un delito continuado de cohecho, rebaja en un grado la pena del *extraneus* (art. 65.3 CP) y entiende que la concurrencia de una atenuante ordinaria de dilaciones indebidas debe situar todas las penas, también la de multa, en la mitad inferior del marco penal. Ver también la STS 61/2017, de 7 feb., que afirma que es doctrina reiterada que «en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de las previstas, privación de libertad y multa» y, además de confirmar la reducción en un grado de la pena de multa en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del art. 368 CP, fija su cuantía en la mitad superior atendiendo a la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. También, p. ej., la SAP Madrid (sec. 4) 253/2015, de 25 may., considera que dicha agravante obliga a fijar la multa en la mitad superior del marco penal. En relación con la posición de la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003,

Además, pueden citarse, p. ej., las SSTS 308/2019, de 12 jun., y 547/2003, de 10 nov., que reducen en un grado la pena de multa proporcional impuesta al cómplice, y la STS 990/2016, de 12 en., que confirma la decisión de rebajar en un grado de la pena de multa impuesta al cómplice de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63 CP; la STS 172/2015, de 26 mar., que extiende a la multa la rebaja en un grado ya aplicada a la pena de prisión por haber quedado el delito en fase de tentativa; la STS 746/2018, de 13 feb., que convalida la rebaja en dos grados de la pena de multa derivada de la concurrencia de dos atenuantes, una de ellas muy cualificada; la STS 156/2015, de 4 mar., que extiende a la multa la rebaja en un grado ya aplicada a la pena de prisión por la concurrencia de dos atenuantes; así como las SSTS 485/2018, de 18 oct., y 486/2015, de 16 jul., y el ATS 978/2017, de 15 jun. que asumen que la concurrencia como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas comporta la disminución de la pena de multa en uno o dos grados, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 CP. En la misma dirección, habiéndose reducido en dos grados la pena de prisión en virtud de la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, la STS 559/2015, de 1 oct., afirma que también «la pena de multa debió ser reducida en dos grados al igual que la privativa de libertad por aplicación del artículo 66.1.2ª del Código Penal». A su vez, existe consenso sobre la necesidad de rebajar en un grado todas las penas cuando se entiende realizada la modalidad atenuada del delito contra la salud pública prevista en el último párrafo del art. 368 CP¹⁷.

3. El objeto de referencia para determinar la multa prevista en los arts. 368 a 370 CP

9. Como apuntábamos al principio, el objeto de referencia de la multa proporcional prevista para los delitos relacionados con el favorecimiento del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas es «el valor de la droga objeto del delito». Pero el art. 377 CP no deja claro en qué casos tal valor debe hacerse coincidir con el precio final del producto y en qué casos debe identificarse con la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener, cuya cuantía puede ser muy inferior a la del precio final del producto¹⁸.

De esta cuestión se ocuparon en 2018 tres resoluciones del Tribunal Supremo, la última de las cuales contiene un voto particular de dos Magistrados. Se trata de las SSTS 279/2018, de 12 jun., 313/2018, de 28 jun., y 448/2018, de 10 oct. A esta última formuló un voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Llarena y obtuvo la adhesión del Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Luerca. Todas esas sentencias están relacionadas con la llegada al aeropuerto madrileño de ciudadanos en cuyas pertenencias se encontraron cantidades importantes de cocaína o que portaban dicha sustancia en el interior de su organismo. En los tres supuestos, la Audiencia Provincial de Madrid condenó por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (en dos ocasiones siendo la cantidad de notoria importancia) y determinó la multa sobre la base de la ganancia que el condenado hubiera podido

de 25 de noviembre, Ap. VIII.5 se dice: «Pese a que la nueva redacción del art. 52 ha generado dudas, al referir su apartado 2ª que *los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito*, habrá de seguir manteniéndose la posibilidad de reducir el importe de la misma bajándola en grado cuando proceda conforme a las normas generales (vid. STS 547/2003, de 10 abril)» (cursiva en el original).

¹⁷ Ver, p. ej., SSTS 728/2018, de 30 en.; 770/2015, de 9 dic.; 211/2015, de 14 abr.; 36/2015, de 4 feb.; 819/2014, de 3 dic.; 480/2014, de 11 jun.

¹⁸ En ocasiones la jurisprudencia tiene en cuenta la diferencia entre el valor de la sustancia al por mayor y al por menor. Ver, p. ej., ATS 1262/2015, de 30 jul.; SSTS 196/2015, de 6 abr., y 145/2001, de 30 en.

obtener. Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (con el voto particular de su Presidente) y luego el Tribunal Supremo desestimaron la impugnación de aquella decisión que había sido planeada por el Ministerio Fiscal¹⁹.

10. La STS 279/2018, de 12 jun., relativa al transporte de un total de 794,236 gr. de cocaína base, con un valor de venta al por mayor de 85.988,46 euros, confirmó la condena a 6 años y 1 mes de prisión, la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de 2.000 euros.

Aquella resolución recuerda que, a pesar de su decadencia en el Derecho comparado y su censura doctrinal, la multa proporcional se mantiene en relación con diversos delitos –que allí se enumeran–, «sustancialmente (...) en delitos de funcionarios públicos y en delitos socioeconómicos, caracterizados estos por su capacidad para generar cuantiosos e incluso enormes beneficios; donde además, la multa patrimonial, en todos estos ilícitos no se contempla como pena única, salvo para muy concretas figuras atenuadas, sino que acompaña de forma conjunta al menos a la pena de prisión, con relativa frecuencia de naturaleza grave. [./.] Es decir, la multa proporcional, desde una perspectiva de prevención general, complementa habitualmente la pena privativa de prisión, pero encaminada a procurar que el delito no sea rentable; pero no sólo priva del valor del objeto del delito o el beneficio reportado, sino dos, tres, cuatro, hasta seis veces esa cifra, de modo que con frecuencia supone un desapoderamiento de todo o gran parte del patrimonio del autor. Una funcionalidad que lo aproxima por vía indirecta, a la figura clásica del decomiso, sin necesidad de someterse a la necesidad probatoria de la vinculación de la ganancia con el concreto delito enjuiciado. [./.] Al margen de los problemas de compatibilidad que conlleva su aplicación conjunta con el decomiso (...), al concretar el importe de la multa proporcional, habrá de atenderse a cumplimentar su finalidad». El Tribunal también destaca que, en el caso de los delitos de los arts. 368 a 372 CP, para la determinación de la cuantía de las multas rige una norma específica, recogida en el art. 377 CP y formulada de manera alternativa, sin establecer un criterio de preferencia, que tampoco se establece en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017, donde «simplemente se indica la necesidad de que el valor de la droga, obre en el relato de hechos probados». Por todo ello, el Tribunal concluye que «la opción de cualquiera de los criterios alternativos establecidos para la determinación del valor de la droga, será viable, siempre que sea racionalmente aplicado en función de la propia finalidad de esta sanción».

Refiriéndose ya al caso enjuiciado, la STS 279/2018, de 12 jun., recuerda que la Audiencia Provincial justificó su decisión sobre la forma de calcular la pena de multa indicando que el acusado era «el último eslabón de la cadena del tráfico ilícito de la sustancia estupefaciente, hallándose entre los llamados “muleros” personas que por pequeñas recompensas en proporción al valor de la droga transportada realizan el transporte ilícito desde sus países de origen hasta los destinos objeto del tráfico, aprovechándose las mafias dedicadas al transporte de sustancias estupefacientes de la situación económica de estas personas que en la mayoría de los casos suele ser precaria. Por lo que la aplicación de una multa en proporción al valor de la droga intervenida

¹⁹ En un caso similar, la SAP Madrid (sec. 4) 253/2015, de 25 may., también calcula la multa tomando como referencia la recompensa o ganancia que la acusada hubiera podido obtener como retribución por el transporte de la droga; pero aquí el Tribunal no determina dicha recompensa sobre la base de la declaración de la acusada, «entiende la Sala, prudencialmente, que, a la vista de lo que suele ser habitual en supuestos similares como el presente y teniendo en cuenta la cantidad de droga transportada, esa retribución podría ascender a 15.000 euros». El Ministerio Fiscal no recurrió tal decisión y el ATS 47/2016, de 14 en., inadmitió el recurso de la condenada porque consideró que «la multa fijada es muy inferior a la que podría haber sido impuesta en atención al valor de la droga».

resultaría desproporcional si tenemos en cuenta el principio de culpabilidad. Por ello entendemos que el artículo 377 del C.P. permite que en casos como el presente en el que el acusado reconoció desde un principio el hecho delictivo (...) la determinación de la cuantía de la multa no debe ser proporcional al valor de la droga intervenida sino a la recompensa o ganancia que hubiera podido obtener el citado transportista». Partiendo de que no puede revisar las valoraciones fácticas sobre el escaso estipendio por el transporte de la droga y la posible precariedad económica del autor, el Alto Tribunal concluye que resulta cumplida «la finalidad de privación o sustancial aminoración patrimonial de la multa proporcional» y que, no existiendo patrimonio que responda por cuantías equivalentes al valor del producto, imponer la multa en atención al valor final del producto «restaría en punición meramente simbólica; especialmente en el caso de autos, donde por razón de la extensión de la pena de prisión, el impago no conlleva responsabilidad subsidiaria».

11. La STS 313/2018, de 28 jun., se refiere al transporte de una cantidad de cocaína que no llega a considerarse de notoria importancia (207,47 gr. de cocaína pura), cuya venta al por mayor podría reportar unos beneficios de 11.064 euros, y 30.400 euros su venta al por menor. Además, se considera probado que el acusado iba a obtener por el transporte un beneficio equivalente a 5.000 euros²⁰. Aquella sentencia confirma la condena a 3 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 5.000 euros de multa, con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria²¹.

El Tribunal empieza destacando la relación entre la sentencia recurrida y la STS 279/2018, de 12 jun., y se ratifica expresamente en «su contenido argumentativo y el análisis que realiza sobre el fundamento y finalidad de la pena de multa proporcional y la relación de ésta con la nueva dimensión de la consecuencia jurídica del decomiso, con la finalidad de evitar que el delito sea rentable en su dimensión económica». Se añade que el único criterio de preferencia que resulta de los arts. 52 y 377 CP para determinar e individualizar la pena de multa es el de la situación económica del culpable, reiterándose que las posibilidades previstas en el art. 377 CP son alternativas «y no hay, entre ellas, preferencia alguna, sin perjuicio de la especial consideración que el valor de la droga [tiene] para evitar la rentabilidad económica del delito. [./.] La expresión “en su caso” del art. 377 CP va referida a aquellos supuestos en los que el beneficio obtenido o que se espera obtener sea, en efecto, una alternativa, es decir, que figure[n en] el hecho probado de la sentencia las dos posibilidades de la alternativa, el valor de la droga y el beneficio que esperaba obtener». El Tribunal añade que la explicación ofrecida en la sentencia recurrida, en el sentido de que el acusado no era el dueño de la droga «es congruente con la situación económica del acusado» y permite imponer una pena proporcionada en relación con tal situación, mientras que atender al valor de algo que el acusado se limitaba a transportar daría lugar a una pena absolutamente desproporcionada en relación con aquella. A su vez, en la STS 448/2018, de 10 oct., se afirma que tal explicación «se acomoda en términos de proporcionalidad al desvalor de la acción y a la culpabilidad del acusado, por resultar más acorde a sus propias posibilidades económicas». En el caso analizado en esta última sentencia, a cambio de una retribución de 5.000

²⁰ Siguiendo la doctrina que establecen las SSTS 279/2018, de 12 jun, 313/2018, de 28 jun., y 448/2018, de 10 oct, en un supuesto en el que la cuantía de la droga tampoco alcanzaba a ser de notoria importancia, la SAP Barcelona (sec. 5) 19/2019, de 11 en., fija la cuantía de la multa atendiendo, así mismo, a la ganancia que el condenado iba a obtener (300 euros) por el transporte en autobús, desde Barcelona hasta Roma, de 192 gr. de cocaína con una riqueza aproximada del 30,4 % y un valor estimado de 18.160 euros.

²¹ Nótese que, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.3 CP y del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 mar. 2005, en este caso sí se impuso la pena de responsabilidad personal subsidiaria.

euros, el acusado había transportado 2.520,70 gr. de cocaína pura, cuyo valor en el mercado ilícito al por mayor se estima en 340.869,25 euros.

En definitiva, asumiendo los argumentos de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Tribunal Supremo viene a confirmar que ninguno de los criterios establecidos en el art. 377 CP de forma alternativa tiene carácter preferente. Por ello, debe optarse por aquel que parezca más adecuado para determinar la cuantía de la multa valorando la gravedad del hecho y, también, la situación económica del reo, de acuerdo con la función preventiva de aquella pena y el principio de proporcionalidad. Ello justifica que en los casos examinados (mero transporte a cambio de retribuciones modestas por parte de personas de escasos recursos económicos) la cuantía de la multa se determine tomando como referencia la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener.

12. En términos similares a los del voto particular que consta en las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al resolver el recurso de apelación, el voto particular recogido en la STS 448/2018, de 10 oct., recuerda que el legislador ha recurrido a la multa proporcional «respecto de delitos que vienen claramente marcados por un contenido económico subyacente, bien porque su comisión lleva aparejada la causación de un importante perjuicio para terceros, bien porque produce la obtención de un relevante beneficio para el delincuente, mostrando con ello que la previsión punitiva se asienta en la prevención de aquellos comportamientos que pueden lesionar simultáneamente el bien jurídico respecto de amplios sectores de la población». Tras la descripción del régimen jurídico de la multa proporcional, se añade que «nuestro Código Penal recoge la obligatoriedad judicial de ajustar la multa proporcional dentro de los umbrales económicos establecidos para esa infracción por el legislador, aun cuando la extensión se concrete por los tribunales conforme al preeminente criterio de la capacidad económica del reo, en detrimento de las reglas fijadas en el art. 66». A continuación, en aquel voto particular se dice que la interpretación de los arts. 52 y 377 CP no puede apoyarse en las críticas que se han dirigido a la multa proporcional, basadas en vincular la función preventiva del Derecho penal a la pena de prisión y considerar «que los resultados económicos que derivan de un comportamiento delictivo tienen su correctivo, más que en la multa, en el comiso de las ganancias directas o indirectas»; en este sentido, se destaca que «la multa proporcional puede potenciar la prevención especial a través de un pérdida superior al rendimiento de la actuación delictiva (límite del comiso)» y aquellas ideas no son válidas para todos los delitos para los que el legislador ha previsto una multa proporcional, que no siempre se agrega a una pena privativa de libertad, sino que en algunos casos «se ofrece como alternativa a la prisión (art. 291 o 292 CP), en otros acompaña a penas no privativas de libertad (art. 418 o 442), y no faltan tampoco supuestos para los que el legislador ha previsto exclusivamente esta pena (art. 304 bis, 418 del Código)». Y se concluye: «Es pues evidente que ni la regulación general del sistema de multa proporcional, ni los criterios específicos que deben regir la individualización de su extensión conforme con el artículo 52.2 del Código Penal, permiten sostener que exista una facultad judicial de sustituir el concreto criterio de cuantificación de la multa proporcional fijado por el legislador para cada figura delictiva (...). En todo caso, la opción que haga el legislador por el valor del objeto del delito o por el beneficio reportado, cuando fija la multa proporcional para cada una de las figuras delictivas descritas en el elenco de delitos contra la salud pública, en modo alguno está abierta a que pueda ser alterada por una discrecionalidad judicial que el artículo 52 del Código Penal, no sólo no contempla, sino que excluye». Los Magistrados que firman el voto particular rechazan, a continuación, la tesis de que los criterios mencionados en el art. 377 CP para determinar el valor de la droga tengan carácter alternativo y permitan «optar por el criterio del beneficio obtenido desde la argumentación de que se ajusta mejor al desvalor de la acción ejecutada por el condenado». Por el contrario, consideran que el art. 377 CP establece que, para la determinación de la cuantía de la multa que se imponga en aplicación de los arts. 368 a 370 CP «el valor de la droga objeto del delito (criterio de cuantificación expresamente

establecido por el legislador para esas conductas), será el precio final del producto estupefaciente», partiendo así de que este es el único marco en el que debe entenderse que se sitúa el castigo previsto para todos los partícipes, cuyo reproche el legislador equipara al prever, en este sentido, un castigo de igual intensidad para todos ellos. Se rechaza, en definitiva, que el legislador haya previsto, atendiendo al desvalor de las conductas delictivas, dos objetos distintos de referencia para fijar los límites dentro de los cuales debe fijarse la cuantía de la multa. En este sentido, se destaca que los arts. 368 a 372 CP aluden únicamente al valor del objeto del delito «por más que el beneficio obtenido por cada responsable sea uno de los criterios que podrían haberse utilizado conforme al artículo 52.1 del CP», y se afirma: «Nuestro Código penal ofrece una respuesta penal equivalente para todos los comportamientos que hacen referencia al tráfico de drogas, con independencia del momento en que sobrevengan esas actuaciones dentro del proceso de circulación de las drogas. Más allá de las circunstancias genéricas y específicas que pueden modificar la responsabilidad criminal de los partícipes, entre las que se encuentran también la menor entidad del hecho y las personales circunstancias del culpable (art. 368.2 CP), el legislador equipara el reproche punitivo para los distintos individuos que intervienen en la realización de estas conductas, sin establecer –fuera de los excepcionales supuestos de cooperación no necesaria– ninguna diferenciación por la mayor o menor relevancia del papel que cada uno de los partícipes asume en la dinámica delictiva, enfrentándose todos ellos a una semejante pena privativa de libertad y a una igual descripción de cuál será su sanción pecuniaria, sin perjuicio del distinto alcance que tenga el comiso para cada uno de ellos». La expresión «en su caso» utilizada en el art. 377 CP solo indicaría la oferta de un mecanismo de valoración del precio de la droga para los supuestos en los que «no existe la unidad de medida inicialmente prevista por el legislador. Solo cuando se den comportamientos delictivos en los que resulte imposible constatar el valor del objeto del delito (supuestos de no ocupación material del objeto de la transacción), se faculta una capitalización de la multa conforme a la recompensa o ganancia que se haya podido obtener. Y solo cuando el comportamiento criminal se haya adelantado a una realidad que permita valorar el objeto del delito, puede recurrirse a la cuantificación de una multa conforme a la recompensa o ganancia que el reo hubiera podido obtener. Una previsión que aboca a que este criterio de punición sea únicamente operativo en supuestos concretos y delimitados, como son los casos en los que se enjuicie la realización de cultivos incipientes de sustancias prohibidas, o que pretendan sancionar la intermediación o el favorecimiento del comercio ilegal de drogas, o supuestos de elaboración abortada de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes (...). Unos supuestos extraordinarios a los que, por creación jurisprudencial, se añaden aquellos en los que existe una imposibilidad de ponderación del valor de la droga»²².

13. No comparto las conclusiones que, al delimitar el marco en el que debe fijarse la cuantía de la multa, el voto particular de la STS 448/2018, de 10 oct., extrae del silencio de los arts. 368 a 370 CP sobre la posibilidad de tomar como referencia la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener. Se infravalora el hecho de que los arts. 52 y 377 CP sí prevén esa posibilidad con carácter alternativo y sin atribuirle carácter subsidiario. Y se sobrevalora la relevancia que, al determinar la cuantía de la multa, corresponde a la gravedad del delito. El voto particular parece ignorar que la determinación de la cuantía de la multa debe hacerse de manera que esta pena cumpla su función preventiva respetando el principio de proporcionalidad, sin que la situación económica del reo le impida pagar la multa, neutralice o limite injustificadamente su eficacia preventiva, ni determine injustificadamente la intensidad del sacrificio asociado al cumplimiento de dicha pena²³.

²² Cursivas en el original.

²³ Señalando que, en los delitos contra la salud pública, la multa tiene efectos confiscatorios de las ventajas obtenidas ilícitamente, y que la imposición de una multa que se determina atendiendo al valor de la

Para que la pena de multa pueda cumplir satisfactoriamente su función preventiva respecto a los delitos relacionados con el consumo ilegal de drogas, no es necesario otorgar carácter subsidiario al criterio que toma como referencia la recompensa o ganancia obtenidas por el reo o que este podía obtener. Ello limita la posibilidad de valorar adecuadamente la muy distinta gravedad de los comportamientos descritos en los arts. 368 a 370 CP y que no depende exclusivamente del valor de la droga cuyo consumo legal se favorece. Además, limita innecesariamente la posibilidad de valorar la enorme diversidad que también puede presentar la situación económica de sus autores. Si ya con carácter general debe rechazarse una propuesta interpretativa que reduce el margen disponible para poder fijar la cuantía de la multa atendiendo a la función preventiva del Derecho penal y sus límites, en mayor medida debe rechazarse una propuesta de este tipo cuando –como sucede en el caso ahora analizado– se refiere a un grupo de delitos cuya regulación unifica el tratamiento de comportamientos de muy diversa gravedad.

El voto particular destaca acertadamente la capacidad preventiva de la pena de multa, que esta pena conserva cuando se prevé junto con una pena de prisión y al decomiso. Y es cierto que, en relación con aquellos autores que disfruten de una situación económica más acomodada, la función preventiva de la pena de multa puede exigir que su cuantía se determine atendiendo al precio final de la droga, siendo aquí insatisfactorio tomar como referencia, si es inferior, la ganancia obtenida o que pudiera obtenerse, como también sería insatisfactoria una multa determinada según el sistema de días-multa si no se modifican los límites previstos para el importe de las cuotas en el art. 50.4 CP²⁴. Pero ni esta circunstancia ni la redacción de los arts. 52, 368 a 373 y 377 CP justifican que dicho criterio se considere de aplicación preferente y su aplicación pueda impedir que el condenado pague la multa o pueda suponer que el sacrificio asociado al pago dependa injustamente de la situación económica del reo²⁵.

sustancia aprehendida en el mercado ilícito conlleva, en la inmensa mayoría de casos, «amén de la absoluta inoperancia de la sanción pecuniaria que no podrá nunca ser hecha efectiva y que no comportará responsabilidad personal subsidiaria (art. 53.2), una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad (que se predica de la sanción por el hecho de un autor concreto) que rige también en sede de pena pecuniaria», ver MAGALDI PATERNOSTRO, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, 2004, pp. 1684-1685; aquella autora reclama que también la multa proporcional se determine atendiendo a los principios generales de individualización de la pena concreta. Ver también MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019, p. 627, señalando que la multa funciona aquí más bien como una confiscación o privación de las ventajas conseguidas ilícitamente, y que la imposición conjunta de multa y decomiso podría infringir el *ne bis in ídem*. Cfr. BENÍTEZ ORTUZAR, «Comentario a los arts. 368 a 378», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, pp. 546-548 y 552, este autor señala que los criterios utilizados en el art. 377 CP son «difícilmente compatibles con la seguridad jurídica y los principios de culpabilidad y proporcionalidad», pero también destaca que no en todos los casos la multa tendrá una cuantía desmesurada ni, en el caso de que así sea, el impago va a suponer un arresto sustitutorio.

²⁴ Ver QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2015, p. 1089; atendiendo a las dificultades que comporta la determinación del valor de la droga, a la previsión de penas de prisión elevadas y a lo dispuesto en el art. 378 CP, aquel autor considera que, en estos delitos contra la salud pública, la multa debería suprimirse.

²⁵ Considerando que el art. 377 CP concede discrecionalidad al juez en cuanto a la elección de uno u otro criterio, ver CARMONA SALGADO, «Los delitos contra la salud pública», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 784. Destacando la ambigüedad del texto legal, ver GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*, 1999, p. 319.

4. La acreditación del valor de la droga en el proceso penal

14. El carácter ilícito del tráfico de drogas dificulta la determinación de su precio final y la acreditación del mismo en el proceso penal. Esto ha provocado que, a menudo, los jueces y tribunales procedan a su determinación a través de estimaciones, a veces sin que quede debidamente garantizado el derecho de defensa.

En esta materia, la jurisprudencia parte del Acuerdo alcanzado en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017. En primer lugar, tal acuerdo dispone: «El valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por lo tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia». A continuación, se afirma: «Para su acreditación deberán valorarse los informes periciales o cualesquiera otros medios que reflejen el valor de la droga o el beneficio que con las mismas se ha obtenido o se pretendía obtener».

La última parte del acuerdo deja abierta la cuestión relativa a los medios que permiten acreditar el valor de la droga. A su vez, la primera parte del acuerdo distingue entre la necesidad de determinar dicho valor y la referencia al mismo en la sentencia. Cuando el valor de la droga no haya llegado a determinarse, difícilmente se hará constar en el relato fáctico de la sentencia y tampoco podrá determinarse la pena de multa. Pero es perfectamente posible que el valor de la droga no se haga constar en los hechos probados de la sentencia pero se haya determinado con suficientes garantías y sí se haga constar en otro lugar, más concretamente, al determinar la cuantía de la multa. Por sí solo, esto no tiene la importancia que corresponde al hecho de que el valor de la droga no haya llegado a determinarse. En relación con esta última cuestión, citando sentencias más antiguas, la STS 700/2014, de 29 oct., afirma: «Aunque recreando la exégesis del art. 377 CP pudiera sostenerse la procedencia de alguna cuantía pecuniaria (siempre algún valor mínimo estimativo ha de tener una cantidad de droga), lo cierto es que está blindada la jurisprudencia de esta Sala sobre la improcedencia de la pena de multa cuando no se cuenta con el valor de la sustancia». En la misma dirección, entre otras, en la STS 1001/2006, de 18 oct., se afirma: «debe recordarse la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta acreditado tal dato objeto del tráfico, no resulta legalmente posible cuantificar la multa (...) por lo que debe prescindirse de dicha pena, al no existir en el vigente Código Penal, un precepto como el art. 74 del Código derogado de 1973, que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el delito».

15. En cuanto a la acreditación del valor de la droga, la jurisprudencia destaca que «al tratarse de sustancias de tráfico ilícito, no se puede fijar conforme a unos valores de mercado públicos. Lo que se puede pagar por cada dosis, gramo o pastilla de sustancia viene fijado no solo por factores económicos sino también por otros, como la necesidad compulsiva de consumo, que, en definitiva, lo convierten, como una faceta más del tráfico, en una circunstancia subrepticia y clandestina, cuya correcta tasación sólo la pueden realizar los organismos de lucha contra la droga o las propias Fuerzas de Seguridad del Estado. En este sentido, tanto la Unidad Central de Droga y Crimen Organizado como la Oficina Central Nacional de Estupefacientes editan periódicamente tablas de valoración aproximada del valor de las sustancias en el mercado ilícito. La determinación, por lo expuesto, del valor de la sustancia intervenida se asienta en valores estándares determinados por los organismos y unidades implicados en la lucha contra la droga y su tasación en el caso concreto resulta de lo que enseña la práctica forense, según los precios

aproximados establecidos por aquellos organismos»²⁶. En este sentido, se admite que el precio final de la droga puede acreditarse mediante el informe elaborado por un agente de la policía judicial atendiendo a las tablas elaboradas por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (OCNE) –que depende orgánicamente de la Secretaría General de la Comisaría General de Policía Judicial– cuando tal informe se ha propuesto como prueba documental por la acusación, sin que haya sido impugnado por el acusado. Se considera que tal valoración del indicado informe no se ve obstaculizada por el hecho de que se haya incorporado al atestado, pues esto no comporta que merezca la consideración probatoria que el art. 292 LECrim. otorga al atestado mismo, siendo por ello innecesaria su ratificación en el juicio oral. Se entiende que se trata de datos objetivos consignados en el atestado y que esa naturaleza objetiva les otorga carácter documental. En este sentido, el hecho de que aquellas tablas puedan consultarse por internet ha llevado a cuestionar que la determinación del precio final de la droga requiera una prueba pericial, al no exigir estar en posesión de conocimientos especiales de carácter científico o artístico (art. 456 LECrim.). Pero también se reconoce que no se trata de un hecho notorio y, como tal, exento de prueba, siendo perfectamente posible impugnar el precio y ofrecer una prueba alternativa a la propuesta por la acusación, si bien –como afirma, p. ej. la STS 513/2015, de 9 sept.– «la genérica impugnación por la defensa en su escrito de conclusiones no determina sin más la imposibilidad de tomar en cuenta esa valoración [policial]». En el sentido indicado, con referencias a diversas resoluciones anteriores, entre otras muchas, la STS 256/2019, de 23 may., confirma la multa impuesta en un supuesto en el que se incorporó al atestado una diligencia de la policía judicial relativa a la descripción de las sustancias estupefacientes intervenidas y que también contenía una valoración de las mismas, habiéndose propuesto como testigos a los policías que redactaron el atestado y como documental los folios donde se contiene el atestado y la pericial sobre la droga, no constando impugnación alguna²⁷.

16. El Tribunal Supremo también ha admitido la posibilidad de corregir la valoración de la prueba, determinar así el valor de la droga e imponer la pena de multa que la sentencia recurrida se había negado a imponer, justificando tal decisión en que el valor de la droga no podía considerarse probado porque no coincidía la cantidad y pureza de la droga intervenida con las que el informe realizado había tomado en consideración para establecer su valor. La STS 700/2014, de 29 oct., estima el recurso del Ministerio Fiscal e impone la multa que la sentencia recurrida se había negado a imponer. Aquel recurrente solicitaba la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial para que este Tribunal razonara adecuadamente su decisión y, alternativamente, pedía al Tribunal Supremo que fijara directamente la cuantía de la multa.

²⁶ ATS 872/2015, de 3 jun.

²⁷ En el mismo sentido, ver, p. ej., AATS 719/2017, de 30 mar.; 577/2016, de 3 mar.; 872/2015, de 3 jun.; 1515/2014, 18 sept.; 1207/2014, de 10 jul.; SSTS 52/2017, de 3 feb.; 513/2015, de 9 sept., que recuerda que la sentencia remite a los informes obrantes en la causa, que «es prueba documental que como tal fue propuesta por la acusación (...). El sistema de fijación de la multa proporcional usado por el legislador penal en estas infracciones encierra alguna dificultad que se solventa a través de informes como el señalado que no son propiamente prueba pericial (...), sino estimaciones baremadas y aptas para ser valoradas por venir reflejadas en un documento. (...) Los informes a que remite la sentencia en este punto establecen esa valoración dando noticia de la fuente utilizada en sintonía con esa legislación [Ley de Represión del Contrabando]»; 196/2015, de 6 abr., que afirma que, como prevé el art. 10 de la LO 12/1995, de 12 dic., de Represión del Contrabando, el precio final del producto ha de concretarse en base a estimaciones, y que en el caso analizado debe estarse a las valoraciones oficiales de las que se hace eco la diligencia que consta en el atestado, sin que sea exigible una peritación específica en cada supuesto; 435/2014, de 3 jun.

Esta es la opción acogida, que se justifica diciendo: «La necesidad de reducir las nulidades a lo indispensable, aconsejada por el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y la clara procedencia de la multa que reivindica el Fiscal nos llevarán a optar por esta vía directa, sin acudir al alambicado y poco entendible subterfugio de anular la sentencia buscando que el Tribunal de instancia alcance la conclusión sobre ese particular a la que hemos llegado ya en este Tribunal de la mano de la argumentación del Fiscal. No estamos ante una cuestión de inocencia o culpabilidad, sino de penología, de penas procedentes, lo que aleja el tema planteado por el Fiscal de la jurisprudencia sobre la imposibilidad de modificar *in peius* por razones probatorias las sentencias recurridas en casación. Aunque en todo caso no se nos oculta que acoger la pretensión impugnatoria obliga a interpretar con una flexibilidad, por otra parte lógica, alguno de los motivos tradicionales de casación. El hecho probado en ese particular es pobre, pero es integrable con las referencias de la fundamentación jurídica, lo que excepcionalmente es factible. (...) El razonamiento de la Audiencia Provincial no es compartible. Constaba una valoración a la que alude la sentencia y que fue ratificada en el juicio, atendiéndose a esos baremos. Que la pureza o peso de la droga no coincidiese no puede llevar sin más a prescindir irracionalmente de la valoración (...). Una sencilla regla de tres permite llegar a un precio mínimo, con la certeza de que ese valor estimativo en el mercado ilícito no sería nunca inferior (...). La defensa pudo contradecir ese dato. No es un elemento fáctico que se introduzca caprichosa y voluntariosamente: está en las actuaciones y es asumido por la Audiencia. Si lo desdeña finalmente es por motivos infundados: inexactitud en el peso y riqueza que, sin embargo, no es óbice para extraer conclusiones fiables de ese informe optando siempre por lo más beneficioso para la acusada. (...) Si la riqueza tomada en consideración para esa valoración es superior a la de la droga efectivamente incautada, una fácil operación aritmética lleva a una estimación mínima»²⁸.

17. Tampoco faltan sentencias que confirman la decisión de no de imponer la pena de multa porque no ha quedado debidamente acreditado el precio de la droga, al no bastar la sola referencia a las valoraciones realizadas por los organismos oficiales; en este sentido, tras señalar que no consta unido a la causa el indicado documento, la STS 12/2008, de 11 en., afirma que «el grado de afectación del patrimonio del penado no puede hacerse depender de un acto puramente voluntarista, ajeno a cualquier debate sobre su extensión y alcance», estima el recurso y deja sin

²⁸ En los hechos probados de la sentencia recurrida se hizo constar que la acusada llevaba «en el interior de cada uno de sus senos, a modo de prótesis mamarias, una bolsa que contenía cocaína, que estaba destinada a ser distribuida entre terceras personas. [...] Una de las bolsas contenía 965,1 gramos de cocaína con un grado de pureza del 27%, resultando 261 gramos de cocaína base. La otra bolsa contenía 103,6 gramos de cocaína con un grado de pureza del 17%, resultando 18 gramos de cocaína base». Nada se dice en aquella sentencia sobre el precio que se había asignado a la cocaína en la diligencia de valoración de la droga que constaba en las actuaciones. Sin embargo, en los fundamentos de Derecho de la segunda sentencia del Tribunal Supremo se afirma: «Procede imponer igualmente una pena de multa en la cuantía correspondiente, tomando como referente el precio mínimo posible resultante de reducir a droga “pura” el valor establecido para un gramo en la diligencia obrante en las actuaciones (137,88 €) y haciendo a continuación la oportuna equivalencia con la droga ocupada (38.468,52 €). Esa cifra mínima se incrementará ligeramente hasta 40.000 precisamente por tratarse de una estimación muy “a la baja”». Nótese que no estamos ante un supuesto en el que el Tribunal que conoce del recurso se limita a ofrecer la motivación de la pena impuesta que la sentencia recurrida omitió ofrecer. Aquí el Tribunal Supremo corrige la valoración de la prueba (documental) sobre el valor de la droga realizada en la sentencia recurrida.

efecto la multa que se había impuesto²⁹. Más recientemente, la STS 242/2017, de 5 abr., desestima el recurso del Ministerio Fiscal y confirma la decisión del Tribunal provincial de dejar de imponer la pena de multa, al considerar que no ha quedado acreditado el valor de la droga; en su escrito de conclusiones, el Ministerio Fiscal aludía al valor aproximado de la droga, según la valoración de la OCNE, pero en el atestado no existía una valoración policial previa y, consecuentemente, ningún agente fue citado a juicio para ratificar ninguna valoración; el Tribunal Supremo afirma: «Los problemas surgen en los casos en los que, no constando un dictamen pericial acerca del valor de la sustancia estupefaciente, se aporta por la acusación un valor de la droga que es obtenido de lo publicado por algunos organismos oficiales sobre los precios de mercado de la droga. Ello obedece a que la averiguación del valor de mercado de la sustancia estupefaciente en una fecha determinada nos obliga a valernos de una prueba pericial *sui generis*, en que más que buscarse una pericia relativa al caso concreto se trata de constatar el precio o valor de la sustancia intervenida en el marco de un mercado ilícito, lo que no resulta nada fácil si atendemos a que se opera en un ámbito en el que la fijación del precio es muy relativa y variable, dependiendo en no pocas ocasiones de la zona geográfica y del contexto social en que la policía interviene (...). Sin embargo, los problemas no solo surgen a la hora de establecer cuál es el organismo oficial más idóneo para proporcionar el valor de la sustancia estupefaciente objeto de un procedimiento, sino que se presentan también al determinar cuáles son las exigencias mínimas para que conste debidamente en la causa el informe de tasación y cuáles son los términos en que ha de plantearse el debate sobre el valor de la sustancia para que se cumplimente el principio de contradicción. Esta Sala tiene establecido en algunas resoluciones que el asentimiento tácito a la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal con base en algún informe oficial se considera suficiente para acoger como cierta la cifra proporcionada por el Ministerio Público, derivando hacia la defensa la carga de aportar datos incompatibles o un informe opuesto al de la acusación que contradiga la tesis de ésta (...). [./.] De todas formas, también se considera factible que el Tribunal, a pesar de no concurrir prueba contraria de la defensa, estime que el informe aportado por la acusación resulta insuficiente para establecer con cargo a él cuál es el valor de la droga»; el Alto Tribunal añade que, en el caso analizado, el Ministerio Fiscal remite a la valoración de la OCNE, pero no especifica cuál es el valor del gramo de cocaína ni aporta tampoco documentación oficial alguna acreditativa del valor que le atribuye a la sustancia estupefaciente; el hecho de que las afirmaciones del escrito de calificación del Fiscal no aparezcan apoyadas por datos concretos ni por documentación que las avalen justifican la decisión recurrida de considerar no acreditado el valor de la droga.

18. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo sí ha convalidado la determinación del precio de la droga que aparece en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida y que, por lo menos aparentemente, se basa solo en la remisión al contenido de las tablas valorativas elaboradas por organismos oficiales³⁰. En cualquier caso, también ha declarado que «la no constancia de esas valoraciones o tablas puede suplirse con estimaciones razonables que tomen

²⁹ En la STS 92/2003, de 29 en., también se deja sin efecto la multa que se había impuesto sin que en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica de la sentencia se hiciera referencia al valor de la droga.

³⁰ Así ATS 950/2015, de 28 may., que afirma: «aunque no obre en las actuaciones un informe de tasación concreto de la sustancia intervenida, la Sala puede guiarse, para su determinación, por tablas editadas por organismos oficiales, en las que figura el precio habitual del gramo o de la unidad habitual de tráfico de las distintas sustancias y drogas prohibidas, en atención a las circunstancias concurrentes en un momento concreto».

como base elementos probatorios aportados a la causa. La ausencia de un informe reflejando esas valoraciones oficiales no desencadenará indudablemente en la imposibilidad de cuantificar la multa y en su consiguiente condonación (pues siempre por mínimo que sea algún valor tendrá la sustancia). Puede acudir a estimaciones edificadas sobre datos objetivos obrantes en la causa: en algunos casos, el precio efectivamente percibido o prometido; o dentro de unos amplios márgenes cuantitativos, unas mínimas cifras de las que no puede bajar en ningún caso una valoración atendiendo a criterios de notoriedad»⁵¹, conformándose a veces con que pueda considerarse irrazonable la posibilidad de que la droga no alcance el valor asignado⁵².

19. En definitiva, lo esencial es que la acusación indique con suficiente claridad la cuantía de la multa que solicita que se imponga y el fundamento de tal petición, de manera que el acusado tenga la oportunidad de cuestionarla, debiendo la sentencia decidir en el marco del debate que las partes hayan podido tener, respetando, además, el resultado de las pruebas practicadas y motivando tal decisión que, naturalmente, debe constar en la propia sentencia.

5. Conclusiones finales

19. La legitimidad, la eficacia preventiva y el contenido aflictivo de la pena de multa dependen de que su cuantía se determine tomando en consideración la situación económica del reo, además de la gravedad del delito.

20. El art. 52.2 CP quiere destacar la relevancia de la situación económica del reo al determinar la cuantía de la multa e intentar que aquella sea adecuadamente tomada en consideración.

21. Al determinar la cuantía de la pena de multa prevista conforme al sistema de multa proporcional, deben aplicarse las reglas que, atendiendo a la gravedad del hecho o a consideraciones de política criminal, prevén la imposición de la *pena inferior en uno o dos grados*. En cambio, no es preceptiva la aplicación de las reglas generales que, atendiendo a la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, remiten a *la mitad inferior o superior del marco penal*. Estas reglas solo se aplicaran cuando permiten una adecuada valoración de la gravedad del hecho y de la situación económica del penado. Como prevé el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, el grado inferior de la pena de multa proporcional se determinará mediante la aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 CP.

22. El art. 377 CP no otorga preferencia a ninguno de los criterios allí mencionados para determinar el valor de la droga. Considerar subsidiario el criterio que toma como referencia la recompensa o ganancia obtenidas por el reo o que este podía obtener limita injustificadamente

⁵¹ STS 1072/2012, de 11 dic, entre otras. Ver también STS 1001/2006, de 18 oct.

⁵² Así STS 672/2014, de 14 oct. En los hechos probados de la sentencia recurrida solo constaba que se encontraron al acusado un total de ocho envoltorios, que resultaron ser cocaína, seis de ellos tenían un peso total de 5,27 gramos con una pureza del 28% y los dos restantes sumaban 4,93 gramos con una pureza del 18,6%. El Tribunal Supremo afirma: «Dado que la multa se fijó en 300 euros y que aquella cantidad de cocaína, contenida en 8 papelinas, había de superar notoriamente la cantidad de 100 euros en el mercado ilícito, no puede decirse que sea razonable la posibilidad de que la droga intervenida no alcanzara aquel valor». En términos similares, ATS 1686/2016, de 10 nov., que remite a la indicada STS 672/2014, de 14 oct.

la posibilidad de valorar adecuadamente la gravedad de los comportamientos descritos en los arts. 368 a 370 CP y la situación económica de sus autores.

23. El carácter ilícito del tráfico de drogas dificulta la determinación de su precio final y la acreditación del mismo en el proceso penal. Es frecuente que ello se produzca mediante un informe elaborado por la policía judicial atendiendo a las tablas confeccionadas por un organismo oficial, como la Oficina Central Nacional de Estupefacientes. Pero no basta la sola referencia a estas valoraciones. Es necesario que la acusación indique con suficiente claridad la cuantía de la multa que solicita que se imponga y el fundamento de tal petición, de manera que el acusado tenga la oportunidad de cuestionarla, debiendo la sentencia decidir en el marco del debate que las partes hayan podido tener, respetando, además, el resultado de las pruebas practicadas y motivando tal decisión que, naturalmente, debe constar en la propia sentencia.

6. Bibliografía

ALBRECHT (2017), «§ 40», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, pp. 1854 ss.

BAUCELLS LLADÓS (2014), «Sistema de penas para la delincuencia económica en Derecho español», en GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 393 ss.

——— (2012), «Sistema de penas para el delincuente económico», *Cuadernos de Política Criminal*, (107), pp. 143 ss.

——— (2011), «Comentario a los arts. 50 a 53», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, pp. 525 ss.

BENÍTEZ ORTUZAR (2008), «Comentario a los arts. 368 a 378», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, Cesej, Madrid, pp. 501 ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2017) «Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de política criminal frente a la corrupción», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. S. Mir Puig*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 903 ss.

CARDENAL MONTRAVETA (2015), «Comentario a los arts. 50 a 53», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 238 ss.

CARMONA SALGADO (2015), «Los delitos contra la salud pública», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 770 ss.

CASTELLVÍ MONSERRAT (2019), «Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

CEREZO MIR (1996), «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995», *La Ley*, (3), 1996.

CÓRDOBA RODA (1972), «Comentario al art. 63», en EL MISMO *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, Barcelona, pp. 283 ss.

DE LA MATA BARRANCO (2017), «El fundamento del decomiso como “consecuencia” del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. S. Mir Puig*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 939 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2016), *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

FARALDO-CABANA (2017), *Money and the Governance of Punishment. A genealogy of the Penal Fine*, Routledge, Nueva York.

——— (2016), «Who dares fine a murderer? The changing meaning of money and fines in western european criminal systems», *Social & Legal Studies*, (25), pp. 489 ss.

——— (2015), «A certain sense of fairness? Why fine were made affordable», *European Journal of Criminology*, (12), pp. 616 ss.

——— (2014), «Towards equalisation of the impact of the penal fine: Why the wealth of the offender was taken into account», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, (3), pp. 3 ss.

GALLEGO SOLER (1999), *Los delitos de tráfico de drogas II*, Bosch, Barcelona.

GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018), *Consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid.

GOISIS (2017), «Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive», *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1 ss. (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5723-le-pene-pecuniarie-storia-comparazione-prospettive>; última visita: 1 de noviembre de 2019)

GONZÁLEZ RUS (2000), «Comentario a los arts. 73 a 77», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Edersa, Madrid, pp. 903 ss.

GRACIA MARTÍN (2016), «La pena de multa», en EL MISMO (dir.), *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 77 ss.

——— (2006), «La pena de multa», en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 169 ss.

GREBING (1978), «Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems», en JESCHECK / GREBING, *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Nomos, Baden-Baden, pp. 13 ss.

JAREÑO LEAL (1994), *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Civitas, Madrid.

JESCHECK / WEIGEND (2002) *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada.

JORGE BARREIRO (1997), «Comentario a los arts. 50 a 53», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, pp. 226 ss.

——— (1995), «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 327 ss.

KINZIG (2019), «§ 40», en SCHÖNKE/SCHRÖDER *et al.*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, Múnich, pp. 749 ss.

KÜHL/HEGER (2018), «§ 40», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, Múnich, pp. 341 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2000), «Comentario a los arts. 50 a 53», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Edersa, Madrid, pp. 647 ss.

LLORCA ORTEGA (2005), *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MAGALDI PATERNOSTRO (2004), «Comentario a los arts. 368 a 378», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, pp. 1552 ss.

MANZANARES SAMANIEGO (1983), *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Bosch, Barcelona.

——— (1980), «La pena de multa en el Proyecto de Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 17 ss.

——— (1977) *La pena de multa*, Excma. Mancomunidad de Cabildos, Madrid.

MAPELLI CAFFARENA (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5. ed., Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (1997), «La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, (20), pp. 226 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

——— (2004), *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona.

——— (1998), *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona.

——— (1990), *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona.

MUÑOZ CONDE (2019), *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed. (revisada y puesta al día con la colaboración de C. LÓPEZ PEREGRIN), Tirant lo Blanch, Valencia.

QUERALT JIMÉNEZ (2015), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RADTKE (2016), «§ 40» en JOECKS / MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, 3ª ed, C.H. Beck, Múnich, pp. 75 ss.

ROCA AGAPITO (2017), «Pena de multa», en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 81 ss.

——— (2003), *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid.

ROLDÁN BARBERO (1983), *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Akal, Madrid.

TAMARIT SUMALLA (2016), «Comentario a los arts. 50 a 53», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, pp. 485 ss.

VALLDECABRES ORTIZ (1996), «Comentario a los arts. 50 a 53», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 340 ss.

WOLTERS (2016) «§ 40», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch*, t. II, 9ª ed., 2016, Carl Heymanns, Colonia, pp. 4 ss.