



Roj: **STS 2203/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2203**

Id Cendoj: **28079120012018100279**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **10819/2017**

Nº de Resolución: **279/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11162/2017,**
STS 2203/2018,
AATS 8297/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10819/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 279/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 10819/2017 P, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada en fecha 13 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, en el Rollo de Apelación núm. 155/17

Interviene como parte recurrida, D. Carlos José representado por el procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y dirigida por letrada D.ª Josefina Muñoz Pinzas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid tramitó Procedimiento Abreviado nº 378/17 por delito contra la salud pública contra **D. Carlos José** ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 1065/2017) dictó Sentencia en fecha 7 de septiembre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:



«Sobre las 11,15 horas del día 19 febrero 2017, Carlos José cuyos datos de filiación constan mayor de edad y sin antecedentes penales, fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas por los funcionarios del cuerpo nacional de policía quienes se encontraban en la sala de llegadas internacionales realizando un control rutinario a los pasajeros procedentes de Medellín (Colombia).

El acusado portaba como equipaje de mano una mochila con dos dobles fondos en cuyo interior y con la finalidad de favorecer el ilícito tráfico de sustancia estupefaciente ocultaba dos envoltorios en plástico transparente y en forma rectangular que contenían una sustancia, que tras ser debidamente analizada resultó ser cocaína, arrojando un peso de 1067,400 gramos de cocaína con una riqueza del 75,3% lo que hace un total de 803,75 gramos de cocaína base y 1023,500 gramos de cocaína con una riqueza del 77,6% lo que hace un total de 794, 236 g de cocaína base.

La totalidad de la sustancia intervenida estaba dispuesta para su distribución mediante precio a terceras personas, teniendo un valor en el mercado ilícito en venta su venta al por mayor de 85.988,46 euros.

Al acusado se le incautó, en el momento de la detención la cantidad de 900 €, parte del precio a recibir por el ilícito transporte, del que dijo iba a recibir 2000€».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Carlos José , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un mes de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 2000 euros. Así como al pago de las costas. Se decreta el comiso de la sustancia estupefaciente y dinero intervenidos.

Para el cumplimiento de la pena se le abonará todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa, si no se le hubiera aplicado a otra.

Fórmese la pieza de responsabilidades pecuniarias para determinar la solvencia o insolvencia del procesado.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de cinco días».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal que fue impugnado por la representación procesal de D. Carlos José , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 13 de noviembre de 2017, en el Rollo de Apelación núm. 155/17 , cuyo fallo es el siguiente:

«ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, REVOCANDO EN PARTE la Sentencia nº 524/2017, de 7 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en autos de Procedimiento Abreviado nº 1374/2016, CONDENANDO acusado Carlos José , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un mes de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 85.988,46 euros; CONFIRMANDO el resto de los pronunciamientos de esa sentencia; sin especial imposición de las costas de este recurso que se declaran de oficio».

CUARTO.- Contra dicha resolución se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Motivo Único.- Por Infracción de Ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 377 del Código Penal , al determinar la cuantía de la multa impuesta, en relación con los artículos 368 y 369 del Código Penal .

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida interesó la inadmisión del recurso solicitando subsidiariamente la desestimación del mismo; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 29 de mayo de 2018.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el Ministerio Fiscal, en casación por infracción de ley, la sentencia nº 84/2017, dictada en Rollo de Apelación nº 155/2017, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 de noviembre de 2017, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y confirma la sentencia nº 524/2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de septiembre de 2017, en el Procedimiento Abreviado nº 1065/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid (D. Previas de P.A. nº 378/2017), y que condenó al acusado por delito contra la salud pública, que causa grave daño a la salud, y en cantidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368, 369. 5º y 377 del CP., a las penas de seis años y un mes de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 2.000 euros, así como al pago de las costas y el comiso de la sustancia estupefaciente y el dinero intervenido.

Y lo hace al amparo, del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 377 del Código Penal, al determinar la cuantía de la multa impuesta, en relación con los artículos 368 y 369 del Código Penal; *exclusivamente en lo que respecta al criterio de fijación de la cuantía de la multa impuesta al condenado, que se fija teniendo en cuenta la mera declaración de éste sobre el dinero que iba a recibir por el transporte de la droga, sin ninguna prueba objetiva que lo avale, y entender que ha de ser fijada la cuantía de la multa en base a la tasación pericial de la droga intervenida, que aportada en las actuaciones (folios 59 a 62), es recogida en el relato de hechos probados de la sentencia en primera instancia, y en la de apelación, hoy recurrida, y que el valor de la droga es el único elemento objetivo para poder determinar su cuantía en el presente caso.*

Invoca en su favor el texto del art. 377 CP y el acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 2017.

De donde infiere que es el informe pericial sobre el valor final de las drogas en el mercado ilícito el primer elemento a tener en cuenta para poder fijar la cuantía de la multa, siendo el de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener, subsidiario o complementario respecto del anterior. El dictamen sobre su valor, lo entiende más objetivo, a la vez que niega que un acto de transporte de la droga, desde el país de origen del acusado a España, pueda considerarse menor en el tráfico de drogas, sino por contra una actividad grave y trascendental para su distribución y puesta en peligro de la salud pública, y mucho más cuando se trata de droga que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia.

SEGUNDO. - La multa proporcional, en decadencia en derecho comparado y pese a su censura doctrinal, se mantienen en nuestro ordenamiento, donde es considerada siempre pena menos grave cuando se impone a persona física y sin embargo siempre grave cuando se impone a persona jurídica, se regula con carácter general en el artículo 52 CP:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. (...)

Además de alguna previsión más para los casos de empeoramiento de la situación económica del penado; criterio subsidiario a utilizar cuando impuesta a persona jurídica no fuere posible cálculo proporcional en base al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida; o cómo y cuándo proceder para imponer responsabilidad subsidiaria; se contempla en determinadas tipologías de la parte especial, concretamente en relación con las personas físicas:

- Daños informáticos, art. 264: multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado.
- Uso de información privilegiada bursátil, art. 285: multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido.
- Corrupción entre particulares, arts. 286 bis y 286 ter: multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.
- Delitos societarios de los arts. 291 y 292: multa del tanto al triplo del beneficio obtenido
- Delito de blanqueo, art. 301: multa del tanto al triplo del valor de los bienes;
- Delitos contra la Hacienda Pública, art. 305; contra los presupuestos generales de la Unión Europea, art. 306; defraudación del pago de las cuotas la Seguridad Social, art. 307; y fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, art. 307 ter; fraude de subvenciones de las Administraciones públicas: multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada.



- Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, art. 319: tanto al triplo del montante del beneficio obtenido
- Tráfico de estupefacientes, arts. 368, 369, 369 bis, 370 tanto al duplo, al triple o al cuádruplo según los tipos del valor de la droga
- Tráfico de precursores, art. 371 tanto al triplo del valor de los géneros o efectos (equipos, materiales y precursores)
- Falsificación de monedas, art. 386: multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda.
- Aprovechamiento por particular del secreto o información privilegiada que obtuviere de un funcionario público, art. 418: multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado.
- Tráfico de influencias, arts. 428 y 429: multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido
- Uso de información privilegiada por funcionario, art. 442: multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado; y al séxtuplo si se obtuviere el beneficio perseguido
- Cohecho de funcionario de la Corte Penal Internacional, 471 bis: multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada.

Sustancialmente pues, 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 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 [el derecho comparado ofrece alguna solución -§ 43 a) StGB-, como es excluir, al considerar el patrimonio para determinar el importe de la multa, lo que haya sido objeto de decomiso], al concretar el importe de la multa proporcional, habrá de atenderse a cumplimentar su finalidad.

TERCERO. - Además de las previsiones generales antes citadas, en el caso de los delitos de los artículos 368 a 372, por ende el objeto de condena al recurrente, *para la determinación de la cuantía de las multas rige una norma específica recogida en el artículo 377: el valor de la droga objeto del delito será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.*

Dicha norma, formulada en alternativa manera, en contra de las alegaciones del recurrente, no establece criterio de preferencia alguna para la determinación del valor de la droga entre el precio final y la recompensa o ganancia.

Tampoco el acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda, de 24 de mayo de 2017, que establece que *"el valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia. 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"*. Donde simplemente se indica la necesidad de que el valor de la droga, obre en el relato de hechos probados.

Consecuentemente, 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.

CUARTO. - En autos, el relato probado de la sentencia de instancia recoge:

La totalidad de la sustancia intervenida estaba dispuesta para su distribución mediante precio a terceras personas, teniendo un valor en el mercado ilícito en venta su venta al por mayor de 85.988,46 euros.

Al acusado se le incautó, en el momento de la detención la cantidad de 900 euros parte del precio a recibir por el ilícito transporte, del que dijo iba a recibir 2000 euros».

En la motivación, ratificada por la sentencia de apelación se indica que " *el acusado autor delito objeto de acusación a la vista de la declaración prestada es 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 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 en el presente en el que el acusado reconoció desde un principio el hecho delictivo, señalando que por el tráfico ilícito de la sustancia intervenida iba a cobrar la cantidad de 2000 euros; que 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 ganancia que ni siquiera obtuvo por el delito cometido al ser sorprendido en el aeropuerto conforme declaró. Entendiendo que la declaración prestada respecto a los 2000 € que dijo iba a cobrar debe ofrecer la misma credibilidad al tribunal que el reconocimiento de los hechos objeto de escrito de acusación por parte del ministerio Fiscal, colaborando con las autoridades al declarar lo que sabía del tráfico de la sustancia incautada desde el mismo momento en que fue detenido. Siendo así que la literalidad del artículo 377 del CP permite que la multa se fija en el presente supuesto en 2000 euros como ganancia que el acusado hubiera podido obtener con el delito cometido".

Dado que estamos ante un motivo por infracción de ley, donde ahora en casación, no son revisables las referidas valoraciones fácticas, sobre el escaso estipendio por el transporte de la droga y la posible precariedad económica del autor, la finalidad de privación o sustancial aminoración patrimonial de la multa proporcional, resulta cumplida, pues no media o existe patrimonio que responda por cuantías equivalentes al valor del producto, no procede la estimación del recurso. De otra parte, en esas condiciones, de las que debemos partir, al tratarse de recurso por *error iuris*, imponer la multa en atención al precio 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.

El motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia nº 84/2017, dictada en Rollo de Apelación nº 155/2017, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 de noviembre de 2017, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y confirma la sentencia nº 524/2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de septiembre de 2017, en el Procedimiento Abreviado nº 1065/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid (D. Previa de P.A. nº 378/2017), seguido contra D. Carlos José por delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud, y en cantidad de notoria importancia; ello, con declaración de oficio de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet