



Roj: **STS 421/2018 - ECLI:ES:TS:2018:421**

Id Cendoj: **28079120012018100072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **1164/2017**

Nº de Resolución: **77/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 585/2017,**
STS 421/2018,
ATS 4944/2018

RECURSO CASACION núm.: 1164/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 77/2018

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1164/2017 interpuesto por **Sixto y María Luisa** representados por el Procurador Sr. Rafael Ángel Palma Crespo y bajo la dirección letrada de D. Fernando Balaguer Recena contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga nº 87/2017 que condenó a los recurrentes por un delito de tenencia y expedición de moneda falsa y una falta de estafa. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuengirola (Málaga) incoó Procedimiento Abreviado nº 18/2016, contra Sixto y María Luisa . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Octava) que dictó sentencia nº 87/17 que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

«Sobre las 19,45 horas del día 29 de julio de 2014, Sixto , de nacionalidad española y su mujer María Luisa , de nacionalidad Rumana se dirigieron en el vehículo conducido por Sixto a la gasolinera Eroski sita en el



parque comercial Miramar en la localidad de Mijas Costas. Tras repostar Sixto dirigió el vehículo a la garita de pago y entregó a la empleada un billete de 50 euros cuya irregularidad fue detectada por la cajera al contacto con el papel, por lo que salió de la garita en busca del vehículo que se alejaba de la misma. Llegando a la altura de la ventanilla del copiloto les indicó que el billete recibido no era de curso legal y acto seguido María Luisa cerró la ventanilla del coche que prosiguió la marcha tras otros vehículos que pretendían salir del recinto. Finalmente el coche detuvo su marcha, saliendo Sixto del mismo para hablar con el vigilante de seguridad que se había acercado al coche y tras un intercambio de palabras Sixto manifestó que tenía que ir a su casa por el dinero y que volvería más tarde a efectuar el pago, lo que así acabó haciendo entregando a la cajera 50 euros de curso legal.

Acto seguido se desplazó en el coche a la zona de aparcamiento del supermercado Lydl sito en la avenida Carmen Saez de Tejada. Tras apearse del coche todos los ocupantes Sixto cerró el coche y se dirigió al interior del establecimiento.

Al salir del mismo fue interceptado por agentes de la Guardia Civil, encontrándole en el interior de un bolso tipo riñonera un billete de 50 euros que no era de curso legal junto a 375 euros en billetes auténticos. Registrado el vehículo se encontró en el interior de una maleta, en el maletero del coche, 950 euros de curso legal. En la guantera del copiloto, en el interior de un bolso de mano de mujer, encontraron 530 euros en billetes de 50 y 20 euros que no eran de curso legal así como el pasaporte de María Luisa. Junto a la palanca de cambios encontraron otro billete arrugado e ilegítimo de 50 euros. Al observar la intervención policial María Luisa se mantuvo alejada del coche observado lo que ocurría tras una valla, hasta que fue localizada por otra patrulla.

Ambos tenían conocimiento del carácter ilegítimo de la moneda desde que entraron en posesión de la misma».

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

«Que debemos condenar y condenamos a Sixto y María Luisa, como responsables criminales en concepto de autores de un delito un delito de tenencia y expedición de moneda falsa del artículo 386,2 del Código Penal y de una falta de estafa en grado de tentativa del artículo 623 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, con las accesorias por igual tiempo de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y pago de una **MULTA de 150 euros** con responsabilidad personal de **tres días de prisión** en caso de impago, por el delito, y **30 días de multa** con cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas de multa impagadas, por la falta y abono de las costas procesales por mitad..

Procedase al decomiso y destrucción del dinero falso intervenido.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación que deberán anunciar ante esta sala en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación.

Contra la presente resolución cabe promover recurso de casación a preparar ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación producida».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Sixto y María Luisa .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE : derecho a la presunción de inocencia derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa con un proceso con todas las garantías. **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 386 CP e inaplicación del art. 629 CP . **Motivo tercero** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 LECrim .

CUARTO .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto **impugnando todos sus motivos** ; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO .- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 18 de enero de 2018.

SEXTO .- La deliberación se prolongó hasta el día 7 de febrero siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El motivo primero invoca, junto al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que se enarbola a través de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ y que se considera vulnerado, los derechos, también de primer rango, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. A pesar de su diversificación el contenido del motivo gira en exclusiva en torno a la suficiencia de la prueba lo que conecta directamente con la **presunción de inocencia** sin necesidad de otros revestimientos constitucionales.

Como es bien conocido, el derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de juicio que impide una condena que no se apoye en pruebas de cargo válidas, rodeadas de las garantías esenciales y referidas a todos y cada uno de los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado. Se vulnera tal derecho si se condena pese a la ausencia de pruebas de cargo válidas, motivadas, suficientes y concluyentes (entre muchas otras, SSTC 68/2010, de 18 de octubre - Fundamento Jurídico Cuarto-; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a), 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)- ó 16/2012, de 13 de febrero).

El fundamento jurídico segundo de la resolución contiene la, imprescindible en toda sentencia, motivación fáctica. Puede ser con justicia calificada de sobrada y suasoria. La Sala ha contado con una prueba plural y sólida que se nutre tanto de elementos indiciarios como de otros avalados por prueba directa (valiéndonos de la distinción clásica entre prueba directa e indirecta por lo que aporta de utilidad metódica, aunque conscientes de que la mejor doctrina niega el rigor conceptual de esa diferenciación).

En efecto, la tenencia de billetes falsos está directamente acreditada: los propios acusados la aceptan. También admiten que Sixto trató de pagar con uno de esos billetes inauténticos en la estación de servicio.

A través de prueba indiciaria se cubren los demás elementos exigidos para tener por plenamente acreditados todos los necesarios para integrar respecto de ambos recurrentes tanto la vertiente subjetiva como la objetiva del relato fáctico que da lugar a la condena:

a) El conocimiento por parte de Sixto de la ilegitimidad de los billetes se infiere con facilidad de varios datos. De entrada, un contacto con esos billetes que sobrepase lo episódico o momentáneo hace difícil no percatarse de su ilegitimidad según expone la sentencia. Además, la cuidadosa separación entre los billetes falsos y los de curso legal que se mantenía; así como su reacción y la de su mujer al ser requeridos por la cajera, refuerzan esa estimación hasta convertir en descartable, por poco armónica con los hechos, cualquier otra hipótesis.

b) María Luisa también venía poseyendo los billetes. Que igualmente conocía su carácter ilegítimo se deriva inequívocamente de varios datos externos: su actitud al comprobar cómo la cajera se les acercaba y en los instantes previos a la detención, apartándose discretamente; que los billetes estuviesen en un bolso de su propiedad (no se entiende bien por qué los iba a guardar allí el otro acusado); así como su declaración ante el instructor que demuestra que ella también venía poseyendo los billetes.

El motivo no es estimable.

SEGUNDO.- Canalizando esta vez la queja a través del art. 849.1º LECrim , los recurrentes combaten la incardinación de los hechos en el art. 386 CP . Debieran haberse ubicado, según sostienen, en el art. 629 del mismo Cuerpo Legal (en la redacción anterior a la Reforma de 2015).

Las SSTs 293/2016, de 8 de abril y 745/2016, de 7 de octubre , invocadas con toda pertinencia por el Fiscal enmarcan el tema de debate que cuenta con dos vertientes: si el tipo del párrafo 2º del art. 386 (actual art. 386.2.2º) exigía como elemento típico algún grado de concierto con el falsificador, alterador, introductor o exportador o esa connivencia es solo un factor de graduación penológica (**i**) ; y qué debe entenderse por *adquisición de buena fe* (**ii**).

Realicemos antes de recalar en ellas un recorrido somero por el estado de la cuestión en la jurisprudencia, no unánime, sobre estos puntos.

La STS 1.154/2002, de 17 de junio planteó ese primer problema de interpretación del art. 386.2 CP . Lo resolvió en sentido favorable a los intereses de los ahora recurrentes, a los que no se atribuye concierto alguno con anteriores responsables, directos o mediatos, de la falsificación de moneda:

" **3.** En aras a una correcta y sistemática interpretación de la conducta examinada, nos permitimos dejar sentadas las siguientes afirmaciones:

a) Si se desconocía el carácter falso de la moneda cuando los acusados entraron en posesión de la misma, nos hallamos ante el párrafo 3º del art. 386.

b) Si se conocía, el aplicable sería el 2º, en su segundo inciso.



Si realizamos una comparación de la gravedad de los distintos injustos, deducida de la pena asignada por el legislador se llega al absurdo de que el párrafo 3º del 386, que exige la expedición o distribución efectiva de las monedas, se castiga con una multa y unos arrestos de fin de semana, y el párrafo 2º, inciso primero (tenencia para difundir o expender), que ha quedado más alejada de la lesión del bien jurídico, pues basta el simple propósito de difusión o expedición para que el delito se entienda consumado, se castigaría con una pena de 2 a 8 años de prisión.

4. Un paso más en esta dirección nos permite concluir que además de exigirse en el tipo aplicado por la Audiencia Nacional el conocimiento de la falsedad desde que se adquirieron las monedas falsas poseídas (hasta ahí la conducta sería prácticamente idéntica al del inciso segundo del párrafo 2º "*adquirirlos, a sabiendas de la falsedad, para su posterior puesta en circulación*") **es preciso que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores**".

El tipo delictivo que el Tribunal aplicó indebidamente es de los denominados *delitos mutilados de dos actos*. Pero a él se anuda un elemento, al que inicialmente se le asigna una función individualizadora de la pena, pero que a su vez cumple una función integradora o interpretativa de la conducta punible.

Nos dice el inciso 1º del párrafo 2º del art. 386: "*La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla (debe entenderse valor aparente) y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores*" (falsificadores, introductores, expendedores o distribuidores).

Así pues, los elementos definitorios del delito se contraerían a los siguientes:

a) Un hecho objetivo: *tenencia de moneda falsa*.

b) Consciente adquisición de la posesión de dicha moneda, en *connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores*.

c) Un *propósito posterior* (elemento subjetivo del injusto), integrado por el destino último de lo poseído, que no es otro que su *expendición o distribución*. No es preciso que se haya llegado a distribuir o expender la moneda. De suceder así, nos hallamos ante el nº 3 del párrafo primero del mismo art. 386 C.P.

5. Lo hasta ahora expuesto nos conduce a la estimación del motivo, entendiendo que al elemento que el legislador anuda al tipo en funciones penométricas, debe atribuirse también un valor interpretativo e integrador del precepto, en orden a la delimitación del tipo objetivo del injusto".

Se opta por considerar que es elemento imprescindible de la tipicidad algún grado de connivencia con anteriores autores. Según sean más o menos estrechos esos lazos -pero existentes en todo caso- se graduará la pena.

La STS 800/2011, de 19 de julio, en igual sentido y reproduciendo varios pasajes de la sentencia que acabamos de transcribir, argumenta así: "... no cabe la subsunción de los hechos en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 368 C.P. ("la misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación"), pues no consta que el acusado tuviese conocimiento de la falsedad de la moneda desde el momento de la adquisición. Aunque la literalidad del inciso segundo no admitiría dudas sobre la necesidad de que el dolo abarcase el conocimiento de la falsedad desde el momento mismo de la adquisición, recordaremos sus requisitos con el ATS de 24.1.2008, entre ellos el de que el dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición.

En cuanto al inciso primero del párrafo segundo del art. 386 C.P. la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores, es indudable que exige el dolo de conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición, sobre la base de los siguientes presupuestos:

a) Argumento histórico. En relación con la tenencia de moneda falsa, el C.P. anterior, distinguía entre la tenencia originaria de buena fe y su posterior expendición por valor determinado, tras saber que la moneda era falsa - art. 286 C.P. - y la tenencia de moneda falsa con intención de expenderla, del art. 287 C.P., comportamiento sancionado con pena mucho más elevada, exigiendo la jurisprudencia en este tipo de conocimiento de la falsedad desde el origen de la adquisición. Tales tipos se corresponden hoy, con matices, con el párrafo tercero y el segundo, inciso primero, del art. 386 C.P. respectivamente.

b) Argumento sistemático. Si la tenencia de moneda falsa, sabiendo que lo es, aunque se hubiese adquirido ignorando tal falsedad, se castiga con pena de tres a seis meses o multa, si se hubiese expedido la moneda



falsa en cantidad superior a 400 euros, la simple tenencia de la misma moneda con voluntad de expenderla, pero sin haberla distribuido todavía, del párrafo segundo del art. 386 C.P ., inciso primero, sólo puede sancionarse con la pena mucho más grave de dos a ocho años, **si es que exige el conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición, además de connivencia con los falsificadores, introductores o manipuladores del párrafo primero del precepto.**

c) El propio inciso primero del párrafo segundo del art. 386 C.P . gradúa la pena en función del valor de la moneda y del grado de connivencia con los autores cualificados del párrafo primero, por lo que de tal connivencia con falsificadores o introductores debe extraerse la exigencia del conocimiento de la falsedad desde el momento mismo en que el autor adquiere la moneda falsa.

Recuerda el Fiscal, con cita y transcripción de la STS de 17 de junio de 2002 que el T.S. exige en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 386 C.P ., el **conocimiento de la falsedad desde que se adquirieron las monedas falsas poseídas** (hasta ahí la conducta sería prácticamente idéntica al del inciso segundo del párrafo 2º "adquirirlos, a sabiendas de la falsedad, para su posterior puesta en circulación"), siendo preciso además que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Dicho de otra manera, en el párrafo segundo, inciso primero, del art. 386 C.P ., se exige el conocimiento de la falsedad concurrente con la adquisición, pues el conocimiento sobrevenido sólo puede castigarse cuando se materializan los actos de distribución y transporte, a través del art. 386, párrafo tercero si la moneda falsa distribuida tiene un valor facial superior a 400 euros, o de la falta del art. 629 C.P ., si el valor de la moneda distribuida no supera dicha cantidad.

"... se pregunta el Ministerio Público si cabe aplicar el párrafo tercero del art. 386 C.P . como solicita el recurrente. Como explicara en su caso la STS de 17 de junio de 2002 , la naturaleza del motivo, exige pleno acatamiento al relato histórico de la sentencia. Y ciertamente, de la escueta sentencia, hurgando y analizando no solo en los hechos probados, sino en los fundamentos jurídicos, no aparece dato alguno o mención que nos indique el modo como fueron obtenidos por el autor los dieciocho billetes falsos de 20 euros.

Habría que concluir, en beneficio del reo, que nos hallamos ante el párrafo tercero del art. 386 y no ante el segundo por el que se condena. En el párrafo tercero se castiga "al que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expende o distribuye después de constarle su falsedad", y esa es precisamente la única conducta acreditada que la sentencia describe, habida cuenta del silencio sobre el modo en que los billetes llegaron a la posesión de los procesados.

Pero el propio precepto cuya conducta nuclear acabamos de describir, se completa con la delimitación del ámbito punible, excluyendo del tipo objetivo los supuestos en que el valor aparente de la moneda **no fuera superior a 400 euros** . Fijémonos que el tipo exige en el párrafo tercero que "la moneda se expendiera o distribuyera", por lo que no cabe en el tipo la moneda que no se haya expendido o distribuido, circunstancia que en nuestro caso nos lleva a cifrar en 40 euros la moneda realmente distribuida, esto es, la ofrecida en los dos establecimientos para consumir adquisiciones. Incluso aunque sumásemos los 16 billetes luego ocupados al acusado, que no habían sido distribuidos, pero de los que cabe inferir ese propósito, nos quedaríamos en 18 billetes de 20 euros, es decir, en 360 euros. Ello comportaría que no se cumpliera la condición objetiva de punibilidad del párrafo tercero relativa a que el valor aparente de la moneda fuese superior a 400 euros.

En conclusión el párrafo tercero del art. 386 C.P . no puede aplicarse. La conducta descrita integraría la falta del art. 629 C.P ., pues la cantidad de moneda distribuida, después de saber que era falsa, aunque se hubiese adquirido de buena fe y sin saber que lo era, fue inferior a 400 euros. Esta falta contra los intereses generales de la población se castigaría junto con la falta continuada contra la propiedad en régimen de concurso real.

Un voto particular acompañaba esa sentencia. Afirmaba el magistrado discrepante:

"Respecto al grado de connivencia con los autores de la falsificación, aunque no pueda determinarse en términos concretos, en una actuación de esta naturaleza -poseer billetes falsos para su expendición- no por ello se encuentra ausente tal connivencia, pues es a todas luces razonable suponer que de tales personas, o de un intermediario, había adquirido los billetes falsos, al encontrarse en su poder en tal número, siendo inimaginable un hallazgo causal de, al menos, 18 billetes falsos de 20 euros.

En todo caso, al disponer la ley como elemento integrante de la tipicidad la mera " *tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución*" , de los hechos probados resultan todos los aludidos requisitos típicos, pues tenía moneda falsa, y lo era para su expendición o distribución (como en efecto, así hizo antes de ser detenido), no siendo a mi juicio los demás parámetros, sino meras referencias para la graduación de la pena a imponer. Así, el Código Penal termina el precepto, en cuanto a este inciso, disponiendo: "... *será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores*



mencionados en los números anteriores". Es decir, son dos los indicadores que proporciona al juez penal: valor del hecho y grado de connivencia, pero ni son concurrentes, ni puede entenderse ausente toda connivencia con aquellos de donde proceda la moneda falsa.

Y ello porque de aplicarse rigurosamente la doctrina legal que se deja expuesta, quedará -seguramente- vacío de contenido el precepto penal aplicado, que el legislador ha establecido para castigar el eslabón inferior a los falsificadores, alteradores, importadores o exportadores de moneda falsa, es decir, el de aquellos poseedores de tal moneda que la tenga destinada a su expendición o distribución, por lo que relativiza mucho ese "grado de connivencia" con los primeros, al punto de dejarlo como mero factor de la aplicación penológica, ya que, en caso contrario, estaríamos en presencia de autoría por cooperación necesaria con los falsificadores, señalando, en consecuencia, la ley penal una pena mucho más ajustada a su grado de culpabilidad, atajando todas las consecuencias de la puesta en circulación de billetes o moneda falsa".

TERCERO.- La tesis del voto particular, que contaba con el aval de algún antecedente jurisprudencial, ha venido finalmente a convertirse en la doctrina jurisprudencial mayoritaria y oficial. Anteriormente, la STS 50/2009, de 22 de enero ya asumía ese criterio: "En efecto, este delito lo es de tenencia preordenada al tráfico (naturalmente, de la moneda falsa en poder del sujeto activo del delito), pues en él se castiga la tenencia de moneda falsa *para su expendición o distribución* . Los requisitos relacionados como el *valor* de la moneda o el *grado de connivencia* con los autores mencionados en los números anteriores **no son elementos del tipo, sino criterios de individualización penológica, que pueden o no estar presentes a la hora de llevar a cabo esta operación jurídica, pero que no forman parte del tipo.**

La muy reciente STS 471/2017 de 22 de junio se adscribe a esa otra línea interpretativa en sintonía con las SSTS 293/2016, de 8 de abril y 745/2016, de 7 de octubre :

"1. En suma el recurrente nos dice que nada expresan los hechos probados sobre la posible adquisición de buena fe de los billetes falsos, como tampoco está especificada su posible connivencia o relación con los falsificadores, alteradores, introductores, etc., a que se refiere el Código en el art. 386, párr. 1 nº 3º C.P .

A continuación trata de aportar razones que pudieran hacer pensar que actuaba de buena fe.

Realmente lo que pretende el censurante es que en el peor de los casos la condena se produjera en base al párrafo 3º del art. 386 que castiga " *al que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendiera o distribuyera después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros* " .

2. Antes de dar respuesta al motivo procede aclarar los términos en que se formula la acusación y condena, en evitación de alguna infracción del principio acusatorio o del derecho de defensa.

Así, el Mº Fiscal califica los hechos con base en el art. 386.2 del C. Penal , lo que debe entenderse, dada la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos (la actualmente en vigor, después de la L.O. 1/2015 no es más favorable), que el Fiscal se está refiriendo al párrafo 2º del art. 386 . Tampoco la sentencia, en el fundamento jurídico segundo que dedica a la calificación de los hechos dice nada sobre este punto, al hacer referencia a que son incardinables genéricamente en el art. 386 C.P .

El fallo de la sentencia ya especifica el delito por el que se condena que es el de "tenencia de moneda falsa para su expendición", es decir, se está refiriendo al párrafo 2º, inciso primero, sin que ni el Fiscal ni el acusado hayan hecho objeción alguna a tal calificación, luego hay que excluir cualquier indefensión o infracción del principio acusatorio.

Dicho esto, en trance de delimitar el alcance típico del precepto penal hemos de analizar (tenencia de moneda falsa para la expendición), si es necesario que el sujeto activo en el momento de adquirir o llegar a su poder los billetes que posee era consciente de que eran falsos.

Pues bien, sobre este punto existe una línea jurisprudencial perfectamente definida. Parte la Sala Segunda de la afirmación de que los elementos que refiere el precepto, tales como "el valor de la moneda" o "el grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores", no son elementos del tipo, sino criterios de individualización penológica que pueden o no estar presentes a la hora de llevar a cabo esta operación jurídica (S.T.S. 50/2009 de 22 de enero)". (Énfasis añadido).

La anterior STS 745/2016, de 7 de octubre , por su parte, realiza un detenido análisis exegético del tipo ya con la redacción surgida de la reforma de 2015, aunque con lógicas y no prescindibles referencias al precepto anterior tomando prestados algunos fragmentos de la anterior STS 293/2016 :

"Dados los motivos y argumentos empleados, conviene por razones sistemáticas alterar el orden habitual de su examen y comenzar por la infracción de ley, dado que resulta necesario, conocer el alcance el tipo de *tenencia*



de moneda falsa para su expedición o distribución, en orden a clarificar su contenido y por tanto qué elementos resulta necesario probar, tal como ya hiciera esta Sala en la STS 293/2016, de 8 de abril.

Esa resolución, clarifica así, el tipo de que analizamos:

"El artículo 386 vigente al tiempo de los hechos penaba tres situaciones diversas:

a) En primer lugar a los protagonistas de la cadena que va desde la creación de la moneda falsa hasta los actos finales de transporte, expedición o distribución (párrafo primero en tres apartados). En el número tercero de ese párrafo primero del artículo 386 se exigía para castigar al *transportador, expendedor o distribuidor*, que actuase en **connivencia** con el falsificador alterador, introductor o exportador de la moneda. Por eso aquellos que transportan, expenden o distribuyen son castigados con la misma pena que sus conniventes.

b) En segundo lugar se penaba al que **tenía** la moneda falsa **para** su expedición o distribución fijando la pena en atención al valor y al grado de connivencia con los autores de los demás, anteriores, tipos del mismo artículo. Cuando se tipifica la mera tenencia la pena sin embargo ya se rebaja en uno o dos grados. Es entonces cuando ya no se incluye, al menos expresamente, la exigencia de esa connivencia.

c) En contraposición a la tenencia deliberadamente adquirida para la puesta en circulación, de moneda que se sabe falsa, si la posesión se **obtuvo de buena fe** era atípica, salvo que lleguen a consumarse actos de expedición o distribución.

d) Aún se preveía como cuarta hipótesis la **adquisición** con el **fin** de ponerla en circulación que se penaba si la adquisición era "**a sabiendas**" de la falsedad (último inciso del párrafo segundo). Se trataba de una hipótesis intermedia entre, por un lado, la actuación de los integrantes de la cadena de colaboradores que iba desde el alterador hasta el mero transportador, en la que el último eslabón exigía acuerdo con los precedentes, y, por otro lado, el mero poseedor de buena fe. Y también era una hipótesis típica diferente de la mera tenencia. Los verbos tener y adquirir se refieren a momentos diferentes en el tiempo.

En esta situación lo relevante no era pues de quien se adquiere, ni siquiera que exista una connivencia con otro sujeto al tiempo de adquirirla, que sea uno de los autores de los tipos previos al que nos ocupa, dentro del mismo precepto. Esa relación es un factor que, de existir, incide en la individualización de la pena, pero que no hace nacer la tipicidad".

Lo relevante en esa redacción era que, desde que entró en la tenencia, el sujeto, en lo subjetivo, fuera, por un lado, **consciente** de la falsedad, y por otro, que llevase a cabo la adquisición precisamente con la **finalidad** de poner la moneda falsa en circulación.

Así pues la garantía de presunción de inocencia habría de reconducirse a los datos fácticos de la adquisición referidos a ese componente subjetivo de la finalidad de tal acto.

Esta última hipótesis (inciso final del *párrafo segundo del artículo 386*) se suprime en la reforma llevada a cabo por *Ley Orgánica 1/2015*. Al tiempo se añade -en el párrafo segundo del nuevo apartado 2 del artículo 386- a la modalidad típica de la tenencia la **recepción u obtención** en todo caso **ordenada** a la expedición o distribución -objetivos que hacían típica la tenencia- o **a la puesta en circulación**, que era el objetivo determinante de la tipicidad caracterizada por la adquisición, que, dada esa preordenación, ha de seguir siendo consciente de la falsedad. Pero ya tampoco cabe exigir la connivencia con los integrantes de la cadena que va de la creación al transporte de la moneda falsa, solamente relevante, de existir, para determinar el grado de la pena. Hasta el punto de que tal connivencia ha sido expulsada del tipo penal imputable a los meros transportadores, expendedores o distribuidores (nuevo tipo del nº 3º del apartado 1 del artículo 386 revisado)".

En definitiva, en la redacción actual pero también en la anterior, no es exigida connivencia alguna con el falsificador o partícipes asimilados, al margen de que sirviera como criterio penológico; mientras que la conciencia de la falsedad (a sabiendas , expresamente se señala) de la tenencia para su distribución, e incluso la distribución misma de algunos de los billetes, de común acuerdo entre los dos partícipes, resulta afirmada en el relato de hechos probados, sin que este motivo permita alteración alguna de los mismos, sino exclusivamente errores de subsunción". (Énfasis añadido).

CUARTO.- La reforma de este precepto en 2015 ha variado los términos de la discusión pero en medida muy escasa y no relevante a los fines aquí debatidos. Los problemas interpretativos que subsisten son sustancialmente semejantes. Sigue aludiéndose al grado de connivencia con el "falsificador, alterador, introductor o exportador" para graduar la pena en la modalidad constituida por la "tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición, distribución o puesta en circulación"; y se mantiene un subtipo atenuado para quien distribuye moneda falsa que ha recibido de buena fe, diferenciándose según lo distribuido exceda o no de 400 euros.



Si al recepcionar la moneda falsa el autor desconoce ese dato, la ulterior tenencia (cuando ya conoce esa falsedad) para la distribución no invade el Código Penal hasta que se produce una efectiva expedición como resulta de una interpretación sistemática de los números 2 y 3 del art. 386 CP . La recepción, obtención o tenencia de moneda falsa con fines de distribución se castiga con una pena comprendida entre dos y ocho años (según variemos uno o dos grados) siempre que existiese mala fe *ab initio* . Cuando la mala fe es sobrevinida solo se colmará la tipicidad si se procede a la efectiva distribución (pena de prisión de tres a seis meses o multa, si excede de 400 euros la moneda distribuida; o de multa de uno a tres meses si no alcanza ese monto). Esa previsión concretada en la obtención en un escenario de buena fe parece presuponer que el receptor ha sido a su vez objeto de una estafa (aunque no necesariamente: pueden imaginarse entregas de moneda falsa no seguidas de un correlativo acto de disposición; o no sinalagmáticas).

Aquí los recurrentes han distribuido moneda falsa por valor inferior a 400 euros. Poseían con fines de expedición moneda falsa por mucho más valor.

No consta grado de connivencia alguno con anteriores tenedores, introductores o falsificadores. Como hemos visto la jurisprudencia actual no atribuye a ese dato efecto excluyente de la tipicidad. Sí es necesario, empero, que la moneda no hubiese sido obtenida de buena fe. Si inicialmente concurre buena fe hay que acudir al tipo del art. 386.3 CP que en este caso llevaría al delito leve (y antes de la reforma, a la falta).

El hecho probado afirma rotundamente que existía esa mala fe *ab initio*. La fácil percepción de la ilegitimidad de la moneda no admite otra hipótesis. Así lo razona la sentencia.

En la fundamentación jurídica, de forma impropia, se introduce otra aclaración: la moneda se la habían encontrado. Podríamos discutir si esa apropiación de lo hallado - conozcan o no la ilegitimidad de la moneda-excluye ya de por sí la buena fe: no es compatible ésta con la decisión de apropiarse de una bolsa con billetes ajenos. La buena fe en la tipicidad subsidiaria consistiría en haber sido víctima de un engaño. No puede hablarse de buena fe cuando se produce una apropiación de billetes -falsos o no- que no les pertenecen. No es buena fe que degenera en mala fe; hay mala fe *ab initio*.

Pero sea como sea y prescindiendo de estas especulaciones que parten de la versión ofrecida por los acusados que es descartada razonadamente por la Audiencia, el hecho probado afirma la mala fe en el momento de la obtención y la afirma fundadamente. Hay que excluir el tipo del art. 386.3 y ratificar la condena.

El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Reclaman finalmente los recurrentes por lo que entienden constituyen quebrantamientos de forma: **falta de claridad** en los hechos probados y **predeterminación del fallo** .

No son los enunciados del art. 851 LECrim idóneos para acoger las quejas materiales que se desarrollan.

Por una parte, la falta de claridad la derivan de que la sentencia no acoge su versión de los hechos; de otra que al entender que conocían la ilegitimidad de los billetes se está predeterminando el fallo.

a) No hay falta de claridad. Lo que se aprecia es una valoración probatoria justificada aunque discrepante de la que los acusados consideraban más favorable. Por lo demás el dato fáctico del hallazgo previo, irrelevante como hemos visto, de forma asistemática se recoge en la fundamentación jurídica. Allí se explica en qué se basa la afirmación del hecho probado relativa al conocimiento de los acusados del carácter ilegítimo de la moneda.

b) Lógicamente, la valoración de la prueba efectuada condiciona *-predetermina-* el fallo. No puede ser de otra forma. Pero no es eso lo que prohíbe el art. 851.1 como ha explicado la jurisprudencia hasta la saciedad. **La predeterminación del fallo** supone la utilización de expresiones con un contenido técnico jurídico específico que permite soslayar una narración de hechos despojada de valoraciones o "sobrentendidos" jurídicos. No significa que los hechos relatados hayan de ser penalmente "neutros". Eso no solo es absurdo sino que además sería incompatible con lo que se pide al Tribunal: un enjuiciamiento *penal* . No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico-penal con el *nomen iuris* de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)-; y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico). Pero el relato necesariamente ha de elaborarse con el claro objetivo de valorar penalmente la acción: en ese sentido lo que dicen los hechos probados ha de condicionar fatalmente el fallo. No puede ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitiría eludir la argumentación jurídica sostén de la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlaría las posibilidades de fiscalización casacional.

No es predeterminación del fallo expresar lo que se ha considerado probado como en este caso que los acusados conocían la ilegitimidad de la moneda. Lógicamente todo lo que se contiene en los hechos probados



-si están bien redactados- condiciona el fallo. Pero no es eso lo proscrito por el art. 851.1. LECrim . Si fuese de otra forma devendría imposible una redacción de hechos probados.

Nada de lo que razona el recurso tiene que ver con el mencionado defecto casacional así caracterizado. Se comprueba con facilidad.

La redacción conferida por la Sala al hecho probado ni menoscaba la posibilidad de revisar la valoración jurídica; ni sustrae cuestión alguna al debate conceptual jurídico. No toda predeterminación del fallo es defecto de casación -no importa repetirlo una vez más pese a ser afirmación tópica en la jurisprudencia- sino solo aquella derivada del uso de una locución técnico-jurídico que soslaye la narración factual condicionando la subsunción jurídica (*usando fuerza en las cosas; atacó alevosamente; la mató con ensañamiento...*) (STS 500/2017, de 22 de junio).

El motivo no puede ser estimado.

SEXTO .- La desestimación del recurso llevará a imponer las costas de este recurso a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **D. Sixto y D^a. María Luisa** contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga que condenó a los recurrentes por un delito de tenencia y expedición de moneda falsa y una falta de estafa.

2.- IMPONER a los recurrentes las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Antonio del Moral García Andres Palomo Del Arco