



Roj: **STS 1851/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1851**

Id Cendoj: **28079129912021100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **275/2019**

Nº de Resolución: **396/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP V 3890/2018,**  
**STS 1851/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 396/2021**

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 275/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 275/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 396/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta



D. Julián Sánchez Melgar  
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Antonio del Moral García  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D<sup>a</sup>. Susana Polo García  
D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián  
D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el **número 275/2019** interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** contra Auto nº 1157/2018 de fecha 26 de noviembre de 2018 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Sala nº 1584/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 795/2018 seguido en el Juzgado de Instrucción de Nº 2 de Valencia por el que se estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> María Esther contra el Auto de fecha 14 de junio de 2018 que había acordado la conclusión de la fase de Diligencias Previas y la continuación por los trámites de preparación del juicio oral, revocando dicha resolución, y acordando en su lugar el sobreseimiento libre de la causa. Ha sido parte recurrida María Esther representada por la procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Sandra Osorio Alonso y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María Leandra Bris García.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia dictó Auto en fecha 14 de junio de 2018 de transformación en el P. Abreviado seguido en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia con el numero 795/2018 contra María Esther .

**SEGUNDO.-** El recurso de reforma articulado por la representación procesal de la citada fué desestimado, dándose trámite al recurso de apelación interpuesto subsidiariamente.

**TERCERO.-** Con fecha 26 de noviembre de 2018, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Auto estimando el recurso de apelación y decretando el sobreseimiento libre.

Su parte dispositiva reza así:

"PRIMERO: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Da María Esther contra el auto de 14 de junio de 2018.

SEGUNDO: REVOCAR la resolución a que se contrae el presente recurso, acordando en su lugar el sobreseimiento libre de la causa.

TERCERO: DECLARAR de oficio, de haberlas, las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes, haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación a interponer ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

**CUARTO.-** Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando un único motivo.

**Motivo aducido por el Ministerio Fiscal.**



**Motivo único.-** Por infracción de ley al amparo de los arts. 848 Y 849.1 LECrim por inaplicación indebida del art. 400 bis en relación con el art. 393 CP.

**QUINTO.-** La representación legal de María Esther se instruyó del recurso impugnándolo; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento el día 2 de diciembre de 2020, se suspendió, avocándose a Pleno el asunto conforme a las normas de reparto vigentes, procediéndose a nuevo señalamiento para el día 14 de abril de 2021, prolongándose la deliberación hasta el siguiente de 20 de abril.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de casación directo contra el sobreseimiento libre acordado *ex novo* por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra el auto de prosecución de abreviado ( art. 779.1.4ª LECrim) adoptado por el instructor en diligencias abiertas para ventilar un **delito** (falsedad de uso) competencia del Juzgado de lo Penal. El procedimiento se incoó (2018) ya vigente la reforma de 2015 de la LECrim. Hay que estar al régimen de recurribilidad de autos surgido de tal modificación legislativa.

El Fiscal, evocando con total pertinencia tres precedentes de esta Sala -SSTS 202/2018, de 25 de abril, 548/2018, de 13 de noviembre y 622/2018, de 4 de diciembre- argumenta que la discrepancia material frente a esa decisión puede ser traída a casación según la remozada redacción del art. 848 LECrim. Le asiste la razón: se ajusta su exégesis del citado art. 848 a la trazada en ese trío de resoluciones, que suponen el abandono (o, mejor, adaptación) de los criterios plasmados en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de este Tribunal el 9 de noviembre de 2005, sustituidos por la legislación reformada que, habiéndose inspirado en ellos de forma indisimulada, introduce, a la vez, algunas modulaciones no menores.

En lo que aquí nos afecta podemos ahora afirmar en sintonía con las sentencias citadas:

- i)* No es exigible, en casos como este una previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.
- ii)* Pese a tratarse de un asunto competencia por el fondo del Juzgado de lo penal, es viable la casación basada en el art. 849.1º LECrim, lo que modifica la situación anterior en que se negaba en esos casos la accesibilidad a casación.

**SEGUNDO.-** Detengámonos brevemente en esas dos premisas antes de abordar el fondo del asunto. La novedad de la materia lo aconseja.

El art. 236 LECrim proclama que el recurso de apelación contra autos de los Tribunales de lo Penal solo es admisible en los casos expresamente previstos en la Ley.

La generalización de la doble instancia, que supone la apelabilidad de todas las sentencias, implantada por la aludida reforma de 2015 debía, por pura coherencia, extender el sometimiento a una previa apelación a todas las decisiones de fondo de la Audiencia Provincial que pongan fin al proceso. A esa elemental premisa obedece el nuevo art. 846 ter LECrim incluyendo entre las resoluciones apelables no solo las sentencias sino también ciertos autos definitivos.

Dispone:

*"1 . Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o **sobreseimiento libre** y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **en primera instancia** son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia".*

El auto de sobreseimiento libre se asimila a una sentencia absolutoria. Tiene eficacia de cosa juzgada. De ahí que se admita en ciertos supuestos la casación frente a ellos ( art. 848 LECrim).

La simetría del sistema exigía que, desde el momento en que se ha implantado la doble instancia, también esos autos dictados por la Audiencia debieran ser sometidos primero al escrutinio del TSJ y solo después, en su caso, al del Tribunal Supremo mediante la casación: un régimen idéntico al que resultaría de haberse adoptado la decisión en la sentencia.

Por ello, en efecto, se ha abierto la posibilidad de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ de autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales (Sala de apelación de la Audiencia Nacional cuando los autos provengan de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). Pero se apostilla que ha de tratarse de autos recaídos **en primera instancia**.



No son susceptibles de apelación los restantes autos y en particular aquellos dictados por las Audiencias resolviendo una previa apelación. A esa conclusión se llega desde un examen combinado de los preceptos implicados. Solo son apelables autos dictados en primera instancia por la Audiencia; no aquellos en que el Tribunal Provincial resuelve un recurso contra decisión del Juez de Instrucción o del Juzgado de lo Penal. Ni siquiera cuando se revoca esa decisión y, por tanto, el acuerdo se adopta primariamente por la Audiencia. En esos supuestos solo cabrá, en su caso, recurso de casación ex art. 848 LECrim. Es ese el recurso que ha elegido el Ministerio Público con total corrección.

**TERCERO.**- El actual art. 848 LECrim incorpora a la ley lo que era doctrina jurisprudencial:

*" Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada".*

Según este precepto es posible acudir en casación:

**a)** Cuando la Audiencia dicta en primera instancia un auto de sobreseimiento libre ( art. 636 LECrim) (o de archivo por falta de jurisdicción) en causa de la que viene conociendo. Puede hacerlo, tratándose de un procedimiento ordinario, en la fase intermedia cuando los hechos no son constitutivos de **delito** ( art. 637.2) según se desprende del art. 645 LECrim. Esos autos, no obstante, habrán de ser recurridos primeramente en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Solo si son confirmados en esa sede accederán a la casación. Así se desprende del art. 846 ter antes transcrito. Para que se abran las puertas de la casación es exigible en todo caso una imputación judicial fundada (auto de procesamiento en el procedimiento ordinario).

**b)** Cuando la Audiencia, al estimar una apelación, adopta *ex novo* una de esas decisiones (archivo por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre) o confirma, desestimando el recurso, el acuerdo de idéntico sentido adoptado por el instructor. Esto puede suceder en procedimientos abreviados competencia tanto del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial. Igualmente será requisito ineludible la presencia de una imputación judicial fundada (lo es el auto de transformación; al que pueden asimilarse otras resoluciones).

Se han ampliado de esa forma las posibilidades de casación, lo que resulta congruente con la introducción de un recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales frente a decisiones del Juez de lo Penal.

Antes solo se admitía la casación, según el criterio plasmado en el Acuerdo de Pleno citado, si el procedimiento por su objeto era competencia de la Audiencia Provincial. No tenía sentido que *lo menos* (un auto de sobreseimiento libre) pudiese ser recurrido en casación; y, sin embargo, para *lo más* (sentencia recaída en el mismo asunto) se excluyese ese recurso. Ese argumento ha perdido todo valor desde el momento en que contra la sentencia cabrá recurso de casación aunque exclusivamente por la vía del art. 849.1º LECrim (*error iuris*): art. 847 LECrim.

En los supuestos ahora concernidos (autos de sobreseimiento), tal limitación de vía impugnatoria (art. 849) aparece consagrada en el art. 848 (solo infracción de ley).

Es, por otra parte, connatural al tipo de resolución fiscalizada (un auto) la exclusión del art. 849.2º LECrim (*error facti*). La infracción de ley basada en el art. 849.2º LECrim no es viable porque, en rigor, no se ha practicado prueba: si no se ha celebrado el juicio oral, no se ha desplegado actividad probatoria. No puede haber error en una no producida valoración probatoria como explica la STS 665/2013, de 23 de julio: "... No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropia se habla de "prueba" antes de que comience el juicio oral, único escenario apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo coherente bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de **delito**, es decir que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim , lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim ...".

Esta consideración supone *de facto* apartar también de la eventual fiscalización casacional los autos de sobreseimiento libre del art. 637.1º en cuanto reclama valoraciones probatorias.

En la actualidad, por tanto, cabe también casación contra un auto de sobreseimiento libre recaído en un procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal, y dictado por la Audiencia Provincial, sin



necesidad de previa apelación siempre que exista resolución judicial de imputación. Se implanta así un lógico paralelismo con el sistema de casación frente a sentencias del Juzgado de lo Penal: apelación ante la Audiencia Provincial y casación, a continuación, solo por infracción de ley, ante el TS.

Se advierte de cualquier forma una cierta disfunción: para esos supuestos (autos) no rige la causa de inadmisión de falta de *interés casacional* prevista en el art. 889.2º LECrim para la casación frente a sentencias. Pese a ello algunas de las causas ordinarias de inadmisión ( art. 885.1º y 2º LECrim) permitirán establecer parámetros semejantes a la hora de admitir recursos de casación contra autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias en asuntos competencia del Juzgado de lo Penal. No obstante esa decisión de inadmisión habrá de adoptar la forma de auto. Paradójicamente basta con una providencia si en lugar de un auto de la Audiencia Provincial se trata de una sentencia emanada del mismo órgano.

Con la norma en la mano, ni es exigible un singular *interés casacional* para la admisión de estos recursos; ni puede eludirse la forma de auto para la inadmisión. No es del todo armónica esa asimetría; pero en la práctica el modelo tenderá a parificarse en lo material, aunque sea obligado mantener la dualidad de forma decisoria de la inadmisión (providencia/auto).

De cualquier manera, aquí el Ministerio Público, consciente de ello, se ha preocupado igualmente de justificar ese, en puridad no exigible, *interés casacional*, poniendo de manifiesto la disparidad de criterios presente en las Audiencias a la hora de abordar el supuesto de hecho que trae a casación.

Recapitulando, el recurso de casación es admisible, en cuanto:

- a) Se dirige contra un auto de sobreseimiento libre del art. 637.2º LECrim.
- b) Ha sido adoptado por una Audiencia Provincial conociendo de un recurso de apelación.
- c) Se canaliza a través del art. 849.1º LECrim.
- d) Existe un auto judicial (prosecución) que afirma la existencia de fundamento suficiente para imputar a una persona determinada los hechos objeto de procedimiento (auto de transformación).
- e) Aun no siendo eso exigible pues estamos ante un auto, se aborda materia en que aparece concernido un relevante interés casacional: es un tema controvertido por la fuerza de las razones que acompañan a las posiciones enfrentadas. Además, no está jurisprudencialmente resuelta, lo que hacía improcedente una inadmisión ex art. 885.

**CUARTO.-** De lo expuesto se deduce otra cuestión a tener presente: nos hemos de mover estrictamente en el territorio de la infracción de ley del art. 849.1º LECrim. Toda cuestión ajena a ese marco casacional ha de ser expulsada de la discusión. Argumentos relativos a la suficiencia o no de los indicios o a la posibilidad de alternativas probatorias, son ajenos al momento procesal en que nos encontramos (fase intermedia): se trata de verificar si los hechos que el Juzgado de Instrucción ha considerado indiciariamente acreditados pueden ser constitutivos de **delito**. Que exista o no prueba suficiente para darlos por probados es decisión que solo cabría adoptar, si el procedimiento sigue adelante, tras la práctica de la prueba en el plenario. Tenemos que partir no ya -según reza el art. 849.1º LECrim- de *los hechos que se declaren probados*; sino de los hechos plasmados en la resolución que incorpora la función de *juicio de acusación*: el relato del auto de procesamiento -en un procedimiento ordinario- o, en un procedimiento abreviado, como en este caso, la resultancia fáctica acogida en la resolución a que se refiere el art. 779.1.4ª LECrim.

Los hechos que se consideran avalados por indicios suficientes radican en el uso en beneficio propio por la investigada y ahora recurrida de una tarjeta autorizando el estacionamiento en lugares habilitados para personas con movilidad reducida expedida en favor de su hermano.

El Instructor considera que esos hechos pueden ser constitutivos de **delito** en estimación que comparte el Fiscal.

La Audiencia Provincial sostiene que carecen de relevancia penal.

Esa es la cuestión a dilucidar ahora.

**QUINTO.-** El Fiscal estima en su recurso que los hechos encajan en el art. 400 bis CP en relación con el art. 393 del mismo cuerpo legal: uso de un documento oficial auténtico por persona no legitimada para ello.

La Audiencia niega que concurra el elemento intencional que exige el art. 393: que la utilización tenga por fin "*perjudicar a otro*". Compensa reproducir la argumentación que le conduce a esa conclusión y que, en buena medida, toma prestada de resoluciones de otras Audiencias Provinciales:



"El recurso debe ser estimado, al carecer de relevancia penal los hechos investigados, dado que no integran ni el delito previsto en el artículo 392 en relación con el artículo 400 bis CP ni en el artículo 393 en relación con el artículo 400 bis del Código Penal, por cuanto ni el uso se predica de un documento de identidad ni se menciona que haya sido en perjuicio de tercero. No cabe, por lo demás, una aplicación analógica de la norma penal en contra del reo, aplicando la pena a conductas distintas de las previstas expresamente por el legislador.

En el mismo sentido se expresó la Sentencia no 493/2018 de fecha 26 de septiembre de 2018 de la Sección V de esta misma Audiencia Provincial: "no cabría condena en relación con el artículo 392 CP (que refiere el uso a los documentos de identidad, sin que las tarjetas de estacionamiento -en este caso testimoniada en folios 8 y 9- tengan tal consideración pues no sirven para identificar a sus titulares fuera de limitados contextos ni acreditan plenamente su identidad - SAP La Coruña, 97/2018 de 9 de marzo-), ni tampoco en relación con el artículo 393 CP (que exige en el uso la finalidad de perjudicar a tercero, sin que tal elemento subjetivo conste en los hechos probados o "factum", donde no se afirma su concurrencia ni se hace una descripción que la implique -esto es, la concurrencia del elemento subjetivo no resulta del mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en hechos probados, SSTS 283/2018 de 13 de junio, 252/2018 de 24 de mayo y 421/2016 de 18 de mayo-, habiendo señalado el Tribunal Supremo que los elementos subjetivos forman parte de los hechos y deben constar en el "factum" SSTS 582/2017 de 19 de julio, 801/2016 de 26 de octubre, 776/2016 de 19 de octubre, 421/2016 de 18 de mayo y 493/2015 de 22 de julio-); de hecho, en este tipo de casos no concurre tal elemento finalista, pues como señala la Audiencia Provincial de Zaragoza, "Esta Sala no puede por menos que remitirse a nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2016 en la que decíamos que en estos supuestos no concurre el elemento finalista, pues no consta que ningún tercero debidamente identificado pudiera resultar perjudicado por el estacionamiento indebido del acusado. Esto es, no puede bastar para aplicar el precepto penal el personal beneficio que obtiene el infractor al usar una plaza que no le corresponde, para eso ya hay sanciones administrativas, ni el hipotético perjuicio general a todos los legítimos titulares de tarjetas para discapacitados al que aludieron los agentes". En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial Sección Primera de Guipúzcoa de fecha 14-4-2011 establece que: "No ha quedado probado que el sujeto activo tuviera ánimo de perjudicar a otra persona sin que se pueda inferir este elemento ni del impago de las tasas específicas del Ayuntamiento, ni del eventual perjuicio a una comunidad entera de minusválidos". ( SAP Zaragoza, 3a 264/2017 30 junio).

En definitiva, no basta para aplicar el art 393 CP el beneficio de usar, sin estar legitimada para ello, la tarjeta de movilidad reducida de su hermano, conducta que es sancionable en el ámbito administrativo, ni el hipotético perjuicio de las personas legitimadas a hacer uso de la plaza de aparcamiento restringido. En este sentido la Sentencia de la AP Sección Primera de Guipúzcoa de fecha 14/4/2011 establece que: "No ha quedado probado que el sujeto activo tuviera ánimo de perjudicar a otra persona sin que se pueda inferir este elemento ni del impago de las tasas específicas del Ayuntamiento, ni del eventual perjuicio a una comunidad entera de minusválidos".

El Fiscal trata de contrarrestar esos argumentos con el siguiente discurso:

"... la tarjeta de estacionamiento para vehículos que transportan personas con discapacidad que presentan movilidad reducida, es un documento oficial, que expiden los Ayuntamientos y cuyo uso está regulado en el ámbito de la Comunidad valenciana por el Decreto 72/2016, de 10 de junio, del Consell de la Generalitat Valenciana, estableciéndose en su artículo 11 las condiciones de uso de la misma y en concreto el ordinal 2 del citado artículo señala que "la tarjeta será única, personal e intransferible, y solo podrá ser utilizada cuando su titular sea transportado en el vehículo o éste sea conducido por la persona con discapacidad titular de aquélla". De esta manera la investigada estaba haciendo uso ilegítimo de un documento oficial, y aunque el documento era auténtico, el artículo 400 bis equipara el uso del documento auténtico con el uso del documento oficial falso, que se tipifica en el artículo 393 CP.

Sin necesidad de realizar ninguna interpretación analógica constatado el uso de una plaza reservada a personas con discapacidad, por quien no está legitimado, ni autorizado, perjudica a quien tiene derecho a hacerlo, personas especialmente vulnerables, a las que se pretende facilitar su integración social, mediante la reserva de zonas de aparcamiento, que, en las grandes ciudades, son ciertamente escasas. El concepto de "perjuicio" ha sido interpretado de forma constante por la jurisprudencia de forma amplia, y así, por ejemplo, la STS 1698/1998, de 12 de marzo, indicaba que "el perjuicio puede consistir en la lesión de cualquier bien, incluidos los de índole no económica y especialmente los morales" ( STS de 23 de marzo de 1990). En cuanto a la intención de perjudicar a otro, qué duda cabe que quien ilegítimamente utiliza la plaza de aparcamiento reservado debe ser consciente de que está impidiendo su uso a quien por su minusvalía está autorizado hacerlo, de modo que el elemento objetivo aludido queda perfectamente delimitado".



**SEXTO.-** Dos eventuales obstáculos hay que sortear para indagar si es aplicable el art. 400 bis en relación con el art. 393 CP: a) comprobar si se puede hablar de un documento oficial; b) en caso afirmativo, verificar si está presente la finalidad de causar un perjuicio a un tercero.

Nótese que la alianza de los arts. 393 y 400 bis duplica el verbo típico - *usar*-. En ambos preceptos esa es la acción; acción que aquí no se discute: situar el distintivo en lugar visible del coche para estacionarlo en uno de los lugares habilitados es *usar* el documento.

El objeto material será un documento oficial, público o mercantil. Pero solo podemos acudir al art. 393 si se identifica el elemento intencional señalado.

La cuestión del objeto material no presenta en principio excesiva dificultad (sin perjuicio de lo que luego se dirá). Estamos ante un documento oficial. No se cuestiona por la Audiencia esa catalogación. El tema ha sido objeto de un reciente pronunciamiento del Pleno de esta Sala que zanja cualquier duda. Nos referimos a la STS 577/2020, de 4 de noviembre. Se trata de un documento expedido por la autoridad correspondiente de la respectiva Corporación Local. Acredita que la persona que lo usa está autorizada para estacionar en lugares especialmente acotados de la vía pública. Es documento oficial.

Todas las comunidades -y ciudades- autónomas cuentan con una regulación sobre la tarjeta de estacionamiento para personas con movilidad reducida; aunque su desarrollo es dispar, lo que arrastra algunas diferencias en cuanto al uso de la tarjeta y los derechos que incorpora. Pueden surgir situaciones distintas, para una misma persona, según el lugar donde resida o al que se desplace.

El Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, regula las condiciones básicas sobre su expedición y utilización. Con la finalidad de garantizar unos estándares mínimos fija unas condiciones básicas. Se persigue seguridad jurídica para todo ciudadano con movilidad reducida con independencia del lugar del territorio nacional por el que se desplace.

Esa vocación integradora y uniformadora del RD -que enlaza con la Recomendación (98/376/CE) del Consejo de la Unión Europea, de 4 de junio de 1998- quedó algo erosionada por la STC de 2 de febrero de 2017 que expulsó del ordenamiento por inconstitucionales sus arts. 8 -salvo 1 a)- y 10, relativos a las obligaciones de los titulares y a las condiciones de renovación de la tarjeta: el Estado -en estimación del alto Tribunal- invadía competencias transferidas a las Comunidades Autónomas.

La Exposición de Motivos proclama abiertamente que corresponde a las entidades municipales: *"...la competencia para regular, mediante ordenanza municipal de circulación, la distribución equitativa de los aparcamientos en las vías urbanas, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, con el fin de favorecer su integración social"* - art. 7 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo-.

La Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, impuso a los Municipios la obligación de conceder una tarjeta de aparcamiento para personas con discapacidad con problemas graves de movilidad, con validez en todo el territorio nacional, conforme al art. 60 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos: *" Por los Ayuntamientos se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a los minusválidos con problemas graves de movilidad"*.

A la vista de ese marco legal, apenas esbozado, estamos sin duda ante un documento ( art. 26 CP) y, además, un documento oficial.

**SÉPTIMO.-** ¿Se colma el elemento intencional con la conducta que se imputa a la investigada ahora recurrida? Se le achaca haber estacionado en un lugar reservado cuando no iba acompañada de la persona beneficiaria, única a la que se habilita para hacer uso de esos espacios urbanos acotados y señalizados de manera inconfundible.

Ese elemento intencional no puede ser concebido como un dolo específico excluyente de otras finalidades que habría que negar si se viese desplazado por otro propósito prevalente. Ni siquiera ha de ser el móvil principal del actor. Esto resulta evidente. Nadie cometería esa acción con el propósito definido, puro y exclusivo de perjudicar a otro. Basta con que el agente sea consciente de que está perjudicando a un tercero y consienta con ello; aunque su objetivo natural será beneficiarse de una ventaja. En zonas urbanas las plazas de estacionamiento se han convertido en un *bien* escaso. Como en otros supuestos incardinables en este precepto, el propósito prevalente será el ánimo de obtener un beneficio personal. El perjuicio de otro no es lo directamente querido, sino el medio para alcanzar ese lucro o beneficio o ventaja buscados o una consecuencia necesaria de la conducta.



Que es posible que la imputada haya perjudicado a un tercero es patente. Como también puede serlo la estimación de que respecto de ese perjuicio (una persona con discapacidad que hubiese estacionado en ese lugar se ha visto privada de esa posibilidad) existirá ordinariamente, al menos, dolo eventual: aun conociendo que alguien legitimado se iba a ver privado de esa plaza, no hubiese desistido de realizar la conducta.

Ahora bien, el problema estriba en indagar si cuando el art. 393 (como hacen luego los arts. 395 y 396) exige que la acción vaya encaminada a perjudicar a otro, requiere que se identifique un perjuicio real y efectivo; o basta uno hipotético. Es decir, si el tipo queda colmado cuando en abstracto es posible que el uso ilegítimo del documento perjudique a un tercero, aunque no necesariamente haya de producirse ese perjuicio.

Cuando se habla de *perjudicar a otro* no se está exigiendo que el tercero perjudicado sea alguien concreto e identificable: es apreciable el elemento intencional aunque *ex ante* no se pueda determinar quién sería el concreto perjudicado.

El pronombre *otro*, por otra parte, no excluye que el perjuicio se cause a un colectivo.

La jurisprudencia ha interpretado el término "perjuicio" en un sentido muy amplio; aunque siempre con cierta traducción material, aunque no sea estrictamente económica. Perjuicios meramente morales, simbólicos, inmateriales o espirituales son insuficientes para integrar el tipo.

La tesis propugnada por el Ministerio Público se basa en que quien, simulando estar habilitado para ello, usa una tarjeta auténtica para estacionar un vehículo de motor en una zona de la vía pública reservada, asume la eventualidad de perjudicar a personas discapaces autorizadas para valerse de ese espacio. Al comprobar la ocupación del estacionamiento destinado a ellas, verán comprometida y muchas veces imposibilitada su necesidad de aparcar el vehículo en el que circulan, sufriendo así un incuestionable perjuicio.

Ahora bien, estaremos normalmente ante un peligro hipotético, no real. Cubierto posiblemente por el dolo eventual (salvo que se actúe en la confianza de que eso no sucederá *in casu* porque es muy poco probable dadas las circunstancias temporales y espaciales concretas), pero sin que se perciba como real el perjuicio, como efectivo (y no meramente hipotético), salvo supuestos insólitos (se estaciona adelantándose a otro vehículo que también tiene visible la tarjeta y que avanzaba hacia el hueco que finalmente ocupa la persona no legitimada).

¿Basta el perjuicio hipotético?

Entendemos que no; que el perjuicio en que está pensando el art. 393 es un perjuicio real; efectivo. Esa interpretación restrictiva viene exigida por el principio de intervención mínima que invita a no extender desmesuradamente el ámbito de la norma penal o provocar la equiparación de conductas de gravedad muy distinta con afectación del principio de proporcionalidad.

El art. 393 dice "para perjudicar a otro". No exige que el perjuicio llegue a consumarse; pero sí que lo buscado sea un perjuicio efectivo y no meramente eventual. No dice "sabiendo que podría llegar a perjudicar a otro"; sino "para perjudicar a otro".

**OCTAVO.**- Se ha argumentado que la exigencia de "perjuicio de otro" podría quedar cubierta por una afectación del "interés general"; o venir referida a un "interés social" en tanto con las conductas que se analizan se atenta contra un interés del Estado, y, en definitiva, de la Sociedad.

Tras la represión de conductas como la aquí analizada se vislumbra también la protección, aun indirecta, de principios y aun de derechos fundamentales que conforman un difuso, pero real, interés social. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y de directa aplicación, alumbró entre otras la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su Exposición de Motivos recoge como principios inspiradores: "...el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual -incluida la libertad para tomar las propias decisiones-, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana".

El uso ilegítimo de las tarjetas, en consecuencia, afectaría no sólo al 'tráfico jurídico' sino, de forma refleja a la acción falsaria, a un interés general cuya tutela ha asumido el Estado: la protección de las personas con discapacidad (art. 9.1 a) de la Convención, "... los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales"





La expedición de las tarjetas analizadas quiere facilitar que personas con problemas de movilidad puedan utilizar en vías públicas vehículos de motor -cfr. art. 20 de la Convención-. Su utilización indebida provoca, no ya un perjuicio para personas concretas, sino también un menoscabo del interés general protegido.

En esa línea de argumentación, algunos evocan la STS 1338/2009, de 21 de diciembre que contempla el uso de documentos de identidad falsos arguyéndose que afectan al interés del Estado (vid también, entre otras, STS 222/2009, de 5 de febrero). A tales referencias habría que oponer que esos razonamientos giran en torno a temas de competencia jurisdiccional (art. 23 LOPJ), y no están pensando en interpretar lo que ha de entenderse por perjuicio de tercero, ni situando al Estado en general como ese "tercero".

Si se asumiese ese discurso expansivo llegaríamos a castigar todo uso de documento oficial, público o mercantil falso, en contradicción con la dicción del art. 393, en tanto que siempre podríamos identificar un interés social, colectivo o estatal en que no se utilicen documentos falsos. Cuando se exige *perjuicio de otro* se está requiriendo algo más concreto; que tampoco puede venir conformado por el interés de todo el colectivo de personas con movilidad reducida en que se respeten fiel y escrupulosamente esas normas. No basta con remontarnos a esos fines protección de las personas con discapacidad conforme a la Convención de Nueva York para, afirmando que tales conductas impiden o dificultan las 'medidas' que la Convención regula - arts. 9.1 a) y 20-, de aplicación directa en España no sólo por virtud de los arts. 96.1 CE y 1.5 CC, también conforme a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se está perjudicando un interés asumido por el Estado, y concluir que eso es el "perjuicio de tercero".

No podemos asumir por ello la tesis que defiende el Fiscal. No es encajable la conducta en los arts. 393 y 400 bis.

**NOVENO.-** No se agota ahí la discusión jurídico penal. La tarjeta legitimadora que se analiza además de constituir un documento oficial es susceptible de ser acoplada en el concepto de *certificación*: documento que acredita, que da fe, de que el usuario del vehículo goza de habilitación para aparcar en esos lugares reservados. Se amolda esa caracterización a la perfección en la definición que ofrece el Diccionario de la RALE: certificación es un documento en que se asegura la verdad de un hecho; en este caso la concesión de una autorización especial por la autoridad municipal

La falsedad de uso de certificaciones no exige un elemento intencional particular a diferencia de la falsedad de uso de documentos oficiales. De ahí que las dificultades examinadas que impiden combinar en este supuesto el art. 400 bis con el art. 393 CP, no aparecen si fijamos la atención en el art. 399 y formamos con él el binomio punitivo (arts. 400 bis y 399).

La STS (Pleno) 343/2020, de 25 de junio, refiriéndose a un supuesto con alguna analogía, afirmaba la correcta ubicación en el concepto de certificación del distintivo que acredita haber sometido el vehículo a la ITV: "Por ello, si el proceso de certificación o su control corresponde a la Administración pública, cualquier reproducción o manipulación de estos marcadores, o la utilización no autorizada de los sellos legítimos, si se integra de manera definitiva en la ordinaria finalidad probatoria que se asigna al distintivo original y adquiere por ello su pleno significado, se integra plenamente en los dos primeros números del artículo 399 del Código Penal.

Podemos así concluir que los distintivos gráficos tienen la consideración de certificado a los efectos del artículo 399 del Código Penal, cuando confluyen en ellos las siguientes características: 1) Una previsión normativa que identifique un conjunto de productos, de servicios o de situaciones, a los que se exige cumplir unas cláusulas específicas para poder ser merecedores de una consecuencia también prevista; 2) El establecimiento de un sistema cerrado para el control de los condicionamientos impuestos; 3) La previsión normativa de un sello, o de un distintivo, al que se atribuye el significado de acreditar que concurren esas previsiones específicas en el objeto al que se incorporen y 4) Que corresponda a la administración pública vigilar la satisfacción de las exigencias de ese proceso".

Las analogías con el supuesto ahora analizado son palmarias: la tarjeta acredita -"certifica"- que el usuario del vehículo está autorizado para ocupar unas plazas específicas de estacionamiento. En una primera aproximación no podemos descartar que su uso por persona diferente a su titular pueda tener acomodo en el art. 400 bis en relación con el art. 399 CP.

Sin embargo, si, superando esa primera impresión intuitiva, diseccionamos el esquema con el bisturí de la técnica penal aparecerá un grave -insuperable- problema de tipicidad. Por azares del proceso legislativo y vaivenes en la interpretación de las leyes, el art. 398 CP en su redacción vigente, para evitar privilegios que resultaban incoherentes y que fueron puestos de manifiesto por la jurisprudencia, y tratando de incorporar esa un tanto forzada exégesis jurisprudencial, limita su tipicidad a las certificaciones *con escasa trascendencia en el tráfico jurídico*". De esa forma establece una clara línea de separación entre los documentos oficiales



genuinos clásicos, cuya falsificación encontrará la respuesta penal adecuada en los arts. 392 y 393; y las certificaciones expedidas por autoridad o funcionario público (que, son también documentos oficiales o públicos) cuya trascendencia en el tráfico jurídico sea escasa. Es esta segunda nota la que justifica el privilegio penológico.

Pues bien, resulta claro por el juego de tipicidades que en el art. 399 no pueden encajarse, más que retorciendo el principio de legalidad, certificaciones expedidas por funcionarios públicos o autoridad que sean encuadrables en el art. 392 por su relevancia. Si al documento que aquí estamos examinando se le ha otorgado la condición de documento oficial considerando que su falsificación ha de ser castigada a través del art. 392 CP ( STS 577/2020, de 4 de noviembre), no podemos, ahora, a estos efectos rebajarlos a la categoría de *certificaciones de escasa trascendencia en el tráfico jurídico* a los únicos fines de solventar lo que algunos podrían considerar una laguna de punibilidad.

En verdad algo de paradójico hay en esa conclusión, pero es anomalía provocada por una legislación no del todo meditada: la tipificación específica de las certificaciones de forma generalizada, suscitó desde el principio problemas que han querido ser atajados con fórmulas legislativas poco precisas, cuyas disfunciones se ponen de manifiesto ahora al completar el rompecabezas con el art. 400 bis. No encajan bien las piezas. Lo más grave (uso de una certificación oficial de trascendencia en el tráfico jurídico por quien no es su titular) resultará atípico; siendo punible, en cambio, lo menos grave (el mismo supuesto pero referido a certificaciones de importancia relativa en el que no habrá inconveniente para la sanción a través de los arts. 400 bis y 399). No es lógico; pero esa falta de lógica es predicable de la ley. Si esta no es coherente, su estricta aplicación (que es lo que nos corresponde: la interpretación tiene sus límites) no podrá arrojar muchas veces resultados coherentes.

Sin desconocer que todo lo relativo a la integración plena de personas discapacitadas es materia que merece el mayor de los esfuerzos legales para su tutela y que, por tanto, no debe sonar exagerado el uso de herramientas penales con esa finalidad, también es verdad que en el presente caso el principio de intervención mínima que ha de inspirar al derecho penal y su carácter fragmentario, pueden abonar desde otras perspectivas la solución que ha de ofrecerse con el Código Penal vigente en la mano. No significa esto legitimar conductas insolidarias como la que es objeto de este procedimiento; ni minusvalorar su incidencia en bienes jurídicos que han de merecer una tutela que, en este caso, habrá de basarse en el derecho sancionador administrativo. Siendo sin duda menos disuasorio, también ofrece ventajas: una respuesta sancionadora, normalmente más ágil en el ámbito gubernativo, puede suplir la inidoneidad de nuestro derecho penal positivo vigente para salir al paso de esos usos ilegítimos, e incluso convertirse en una reacción suficientemente proporcionada y desincentivadora.

No puede considerarse esa tarjeta *certificación de escasa trascendencia en el tráfico jurídico*. Su falsificación es constitutiva del **delito** del art. 392. Eso desbarata una construcción típica que necesite como pieza legal del art. 399.

**DÉCIMO.-** Las costas han de declararse de oficio dada la posición institucional del Ministerio Fiscal, único recurrente ( 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 el **MINISTERIO FISCAL** contra Auto nº 1157/2018 de fecha 26 de noviembre de 2018 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Sala nº 1584/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 795/2018 seguidas en el Juzgado de Instrucción de nº 2 de Valencia.

**2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.**

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García



Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ