



Roj: **STS 94/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:94**

Id Cendoj: **28079120012020100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **2452/2018**

Nº de Resolución: **672/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 94/2020,**
AATS 897/2020

RECURSO CASACION núm.: 2452/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 672/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2452/2018 interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 33/2017, en el que se estima el Recurso de Apelación interpuesto contra Luis Alberto interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Gerona por el que se condena a este último a como autor penalmente responsable de un delito de falsificación de documento oficial, del artículo 390.1.2ª del Código Penal. Ha sido parte recurrida Luis Alberto representado por la procuradora, DOÑA PATRICIA MARTÍN LÓPEZ, bajo la dirección letrada DOÑA MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ POMARES.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción nº 1 de Gerona, incoó Diligencias Urgentes 230/2019 por delito de falsificación de documento oficial, contra Luis Alberto , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal número Cinco de Gerona. Incoado el Procedimiento Abreviado 33/2017, con fecha 9 de marzo de 2018 dictó sentencia n.º 93/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.**- Alrededor de las 16 horas del 9 de marzo de 2016 Luis Alberto nacido el NUM000 de 1979 con DNI NUM001 conducía por la AP-7 dentro del municipio de Aiguaviva el camión marca scania modelo R-480 con matrículaMJV que arrastraba el semirremolque marca lecitrailer modelo 3E20 matrícula G-....-TZ propiedad ambos de la empresa de Eloisa , y lo hacía habiendo Luis Alberto colocado un imán en la parte metálica del sensor de movimiento del tacógrafo obligatorio que inhibía su funcionamiento, provocando que el tacógrafo registra descanso mientras circulaba, generando así documentos físicos y digitales a presentar ante la Administración Pública no ajustados a la realidad del trayecto y descanso reglamentarios realizados."

SEGUNDO. El Juzgado de lo Penal emitió el siguiente pronunciamiento:

"Condeno a Luis Alberto como autor de un delito de falsificación en documento oficial del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1.2º del Código Penal a las siguientes penas:

- **Prisión de 6 meses** más la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena de prisión.
- Multa de 6 meses a 6 euros diarios que hacen un total de la **multa de 1.080 euros**.

El impago por el condenado de la pena de multa que se le ha impuesto dará lugar a la búsqueda y embargo de sus ingresos y bienes para pagar aquella, y solo en caso de ser el mismo insolvente se le exigirá en lugar de la pena de multa la responsabilidad personal subsidiaria legal que aquel deberá de cumplir en su caso mediante un día de pena privativa de libertad o un día de trabajos en beneficio de la comunidad por cada dos días de multa no pagados.

Se hace imposición al condenado del pago de las costas del procedimiento."

TERCERO. - Notificada la sentencia, la representación procesal de Luis Alberto , interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, formándose el rollo de apelación 331/2018. En fecha 8 de mayo de 2018 el citado tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luis Alberto contra la sentencia de fecha 9 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Girona en la Causa nº 33/2017 de la que este rollo dimana, **REVOCAMOS** el Fallo de la mentada resolución; y, en consecuencia, **ABSOLVEMOS** al señor Luis Alberto del delito de falsedad por el que venía acusado; **declarándose de oficio** tanto las costas causadas en esta alzada como las de la instancia."

CUARTO. - Contra la anterior sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO. - El recurso formalizado por Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

ÚNICO. - Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación de los artículos 392.1 y 390.1.2º del Código Penal.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Procuradora DOÑA PATRICIA MARTÍN LÓPEZ, en representación de Luis Alberto , en escrito de 27 de septiembre de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de diciembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Planteamiento de la controversia*

1. El Juzgado de lo Penal número 5 de Girona el día 09/03/2018 dictó sentencia condenado al acusado como autor de un delito de falsedad en documento oficial, tipificado en el artículo 392.1, en relación con el artículo 390.1.2º del Código Penal, considerando típica y punible la acción de colocar un imán en la parte metálica del sensor de movimiento del tacógrafo de un camión, que inhibía su funcionamiento, registrando periodos de descanso cuando el camión se encontraba circulando.



En la meritada sentencia se argumentó que el ticket emitido por el tacógrafo constituía un documento simulado por afectar a todos los datos referentes al tiempo de descanso, tiempo de disponibilidad, tiempo de trabajo distinto a la conducción y distancia recorrida, que son los que justifican la instalación obligatoria del aparato tacógrafo. También se argumentó que el documento emitido por el tacógrafo tiene por finalidad incorporarse a un expediente administrativo y dar lugar a resoluciones administrativas, razón por la que puede ser calificado a efectos penales de documento oficial.

2. La citada resolución fue recurrida en apelación y revocada por la sentencia 267/2018, de 8 de mayo de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona. Con cita de un precedente del mismo tribunal (Auto número 287/2017, de 10 de mayo) y de la Memoria de la Fiscalía de Seguridad Vial del año 2010 (apartado 7.6, relativo a la manipulación de **tacógrafos**), se argumenta que la emisión de un ticket por un tacógrafo previamente manipulado no constituye un supuesto de simulación documental, dado que no concurren en él ninguna de las características que ha establecido la doctrina de esta Sala, por lo que esa conducta constituye un supuesto de falsedad ideológica, no punible en cuanto afecta a un documento privado y no produce perjuicio a tercero. Se trata de una falsedad ideológica porque la falta de veracidad no se predica de todo el documento en su totalidad sino de una parte de su contenido, de ahí que la acción enjuiciada no puede ser constitutiva de delito, conforme a los artículos 392, 395 y 390.1.14 del Código Penal.

3. El Ministerio Fiscal, disconforme con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y después de poner de manifiesto la existencia de sentencias contradictorias sobre la cuestión dictadas por distintas Audiencias Provinciales, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los artículos 847.1 a), 849.1, 873, 874 y 879 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesando la condena del acusado, quien en el correspondiente trámite de alegaciones se ha opuesto al recurso alegando que la acción enjuiciada no es típica, constituye un supuesto de falsedad ideológica y la sanción a semejante ilícito debe producirse en el ámbito administrativo.

4. La controversia que suscita el recurso tiene interés casacional en cuanto hay resoluciones discrepantes sobre la cuestión. Así, a favor de considerar típica las manipulaciones falsarias realizadas sobre un tacógrafo se pronuncian, entre otras, la SAP Asturias (Sección 3ª) 546/2015, de 30 de diciembre o la SAP Barcelona (Sección 7ª) 283/2013, de 8 de marzo. En contra de la tipicidad se manifiesta la SAP Tarragona (Sección 2ª) 87/2019, de 17 de mayo o la SAP Barcelona (Sección 2ª) 251/2018, de 3 de abril. Esa divergencia de criterio explica el interés casacional y por ello se determinó la admisión del recurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 889.2 de la LECrim y de conformidad con los criterios establecidos en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de lo Penal de 9 de junio de 2016.

SEGUNDO. - *Normativa de la Unión Europea y del derecho nacional*

El control de transporte por carretera mediante un tacógrafo se inició a partir de la entrada de España en la Unión Europea ya que una de las consecuencias del ingreso fue la aplicación directa de los Reglamentos comunitarios y dos de ellos se referían a esta cuestión, el Reglamento CEE 3820/85, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector del transporte de carretera, en el que, por ejemplo, se regulaban los tiempos de descanso en la conducción, y, especialmente, el Reglamento CEE 3821/85, en el que se regulaba todo lo relativo al aparato de control en dicho sector, conocido como tacógrafo.

Con el paso del tiempo se han sucedido un buen número de normas para la regulación de este sector trascendental para la libre circulación de personas y mercancías dentro de la Unión Europea. Sin ánimo de agotar la relación citaremos las siguientes: El Reglamento CEE 3821/85 del Consejo estableciendo, entre otras cuestiones, las condiciones de fabricación, ensayo, instalación y control del tacógrafo digital; el Reglamento (CE) 561/2006 del Parlamento y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 3820/85 del Consejo; la Directiva 2008/4/CE, referente a las medidas para prevenir y detectar la manipulación de los datos de los **tacógrafos**, modificando la anterior Directiva 2006/22/CE sobre directrices de buenas prácticas en materia de inspecciones de los aparatos de control realizadas con ocasión de controles en carretera o por talleres autorizados; el Reglamento (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera; y el Reglamento (UE) 2016/403 de la Comisión, de 18 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la clasificación de infracciones graves de las normas de la Unión que pueden acarrear la pérdida de honorabilidad del transportista, y por el que se modifica el anexo III de la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que no se hallaban previamente tipificadas en la Ley 16/1987, de 30 de julio, así como a los criterios sancionadores señalados en dicho reglamento.



En el ámbito del derecho interno destaca la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que desde la modificación introducida por la Ley 13/1996, de 13 de diciembre, establece en su artículo 148 que *"los vehículos destinados a la realización de transporte por carretera deberán tener instalado y llevar en funcionamiento durante su prestación el aparato de control de los tiempos de conducción y descanso, el limitador de velocidad, así como otros mecanismos o instrumentos de control en los casos en que así se exija reglamentariamente o resulte obligatorio de conformidad con las disposiciones contenidas en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa directamente aplicable en la Unión Europea"*.

Resulta de obligada cita el Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y en el que se establecen un elenco de sanciones vinculadas con la obligatoriedad del control del tacógrafo. Así se sancionan entre otras conductas las siguientes: a) La utilización indebida de las hojas, tarjetas u otros elementos del tacógrafo destinada a modificar la información recogida por este o a anular o alterar el normal funcionamiento de los aparatos de control instalados en el vehículo; b) La falsificación, disimulación, eliminación o destrucción de los datos contenidos en las hojas de registro o almacenados y transferidos del tacógrafo o de la tarjeta de conductor y c) La manipulación del tacógrafo, del limitador de velocidad o de alguno de sus elementos, así como la de otros instrumentos o medios de control que exista la obligación de llevar instalados en el vehículo, con objeto de alterar su funcionamiento o modificar sus mediciones.

La conclusión de esta larga cita de disposiciones es que la obligatoriedad del tacógrafo, así como las numerosas normas reguladoras sobre su fabricación, homologación y uso tienen como finalidad esencial la mejora de la seguridad vial a través del control administrativo y policial del transporte terrestre.

TERCERO. - Principio non bis in ídem

Al margen de otras consideraciones, la manipulación del tacógrafo, con la consiguiente alteración de sus registros, constituye una infracción administrativa, por lo que puede suscitarse si la sanción penal de esa misma conducta contraviene el principio de subsidiariedad, que caracteriza al derecho penal.

Es posible que una misma conducta sea tipificada como sanción administrativa y penal (ATC 355/1991, de 25 de noviembre, con cita de la STC 2/1981). Lo que no es posible, salvo que concurra una relación de supremacía especial de la administración, es la doble sanción.

En efecto, como ya señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/1999, de 11 de octubre, que *"el principio general de derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración"*. En su perspectiva procesal el citado principio conlleva que *"la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos"*.

En la reciente STC 86/2017, de 4 de julio, se insiste en que la coexistencia de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho y con idéntico fundamento lesionaría el principio mencionado *"de no aplicarse la regla de la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal (STC 2/2003 , FJ 3.c)) que constituye la vertiente formal o procesal del "non bis in ídem " y en relación a procedimientos en los que concurra una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento. En este sentido hemos recordado recientemente que "una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal", de modo que "cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión". (STC 70/2012, de 16 de abril , FJ 3).*

A pesar de que el Ministerio Fiscal se pronuncia en sentido contrario, entendemos que hay doble tipificación sancionadora del mismo hecho, administrativa y penal, ya que en la mayor parte de las ocasiones la manipulación del tacógrafo tiene como consecuencia obligada la alteración de los datos registrados. Sin embargo nada cabe objetar a ello. La doble previsión normativa no ha dado lugar a una doble sanción por lo que ningún obstáculo existe para la sanción penal, siempre que los hechos sean constitutivos de delito, cuestión a la que vamos a dar contestación en los siguientes fundamentos.

**CUARTO.** - *Naturaleza documental de los registros del tacógrafo*

El tacógrafo digital es un ordenador que registra la totalidad de la actividad del vehículo donde está instalado. La memoria interna (VU) del instrumento recibe el número de revoluciones del motor y mediante el correspondiente proceso informático, genera los datos de conducción relativos a tiempos de marcha y descanso así como velocidad del vehículo, siendo el ordenador el encargado de controlar todo el sistema y registrar, entre otras, toda la información relativa a la actividad de los conductores durante los últimos trescientos sesenta y cinco días. Además almacena información sobre fallos, intentos de manipulación del sistema, velocidad excesiva, calibración, así como los datos referentes al acceso de dicha información, ya sea por parte de un Inspector o los Cuerpos de Seguridad del Estado, quedando todo ello identificado en la correspondiente VU mediante la firma digital asignada. Todos esos datos se personalizan cuando se introduce una de las varias tarjetas inteligentes que de una u otra forma controlan al tacógrafo.

Entendemos que la información almacenada en la memoria interna constituye un documento electrónico y los recibos o tickets que se expiden para obtener la información registrada son copias del citado documento.

En efecto, un documento electrónico es información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Su reconocimiento a efectos penales es admisible dada la amplia fórmula establecida en el artículo 26 del Código Penal que define a efectos penales el documento como *"todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otra relevancia jurídica"*.

Hay algunos preceptos penales que se refieren a él, como el artículo 197.1 CP, que establece como objeto del delito de revelación de secretos al correo electrónico, o el artículo 264.1CP que tipifica el delito de daños en un documento electrónico. Pero más allá de estas referencias aisladas, el documento electrónico está expresamente reconocido en el artículo 230.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye en el ámbito de la administración de justicia a los documentos emitidos por procedimientos electrónicos, informáticos y telemáticos la misma validez y eficacia que un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y los requisitos exigidos por las leyes procesales. En la misma dirección el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que las oficinas judiciales y los intervinientes en un proceso estarán obligados al empleo de los sistemas telemáticos y electrónicos existentes en la Administración de Justicia y recibirán todos los escritos y demás documentos a través de esos sistemas. Lo que interesa de esos preceptos, al margen de su utilidad en el ámbito procesal, es el reconocimiento legal del documento electrónico como una nueva clase de documento con la misma eficacia jurídica que el documento tradicional. En ese sentido el artículo 299.2 de la misma ley en relación con los medios de prueba dispone que *"también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase"*.

La jurisprudencia de esta Sala también ha dado carta de naturaleza a esta nueva clase de documentos. Ya se admitió de forma lacónica en la lejana STS 28/2007, de 11 de enero y de forma más extensa y detallada nos hemos referido a esta cuestión en la STS 974/2012, de 5 de diciembre, en la que se puede leer que "el soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación e información. Cualquier sistema que permita incorporar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en el soporte magnético. Se trata de una realidad social que el derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las "neuronas tecnológicas", de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito. El documento electrónico adquiere, según sus formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información consagra la validez del contacto electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales".

Su naturaleza documental está reconocida en numerosas sentencias ya que no es infrecuente que los registros del tacógrafo se utilicen como prueba documental en delitos contra la seguridad vial y en cualesquiera otros delitos en que el uso de un vehículo con tacógrafo sea de relevancia probatoria (STS 118/2009, de 14 de octubre, a modo de ejemplo) y como tales documentos son susceptibles de falsedad y les son aplicables la doctrina de esta Sala sobre el delito tipificado en los artículos 390 y siguientes del Código Penal.

QUINTO. - *El registro del tacógrafo como documento oficial*



La larga cita de disposiciones del derecho comunitario y del derecho nacional realizada en el fundamento jurídico segundo nos pone en el camino de determinar la calificación jurídica que deban merecer el documento que genera el tacógrafo.

Siguiendo la doctrina establecida en la STS 835/2003, de 10 de junio y reconociendo una vez más que el mantenimiento en el artículo 390 CP de la distinción entre distintas clases de documentos resulta perturbadora porque no siempre resulta sencillo deslindar las distintas categorías, esta Sala viene manteniendo de forma persistente que en el caso de los "documentos oficiales" puede establecerse una delimitación distinguiendo entre documentos oficiales por la persona o ente que los crea y documentos oficiales por destino. En la primera categoría se incluyen los que provienen de las distintas Administraciones Públicas para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir los fines institucionales (S.T.S. 8-11-99) que le son propios; o bien todos aquellos que se realizan por la Administración para que produzcan efectos en su ámbito y los que provienen de organismos en los que esté prevista una intervención o inspección por parte de la Administración pública (S.T.S. 10.10-97). En cuanto a documentos que tienen origen privado pero que se califican de oficiales por su destino son aquéllos que están destinados a su incorporación a un proceso o expediente administrativo, si bien esta Sala también ha afirmado que para calificar su naturaleza habrá de atenderse al momento en que se realiza la maniobra mendaz, de forma que el documento se calificará como privado cuando la falsedad se realice antes de la incorporación al expediente judicial o administrativo y como oficial cuando ésta se produzca una vez incorporado.

También hemos dicho que esta distinción tiene su justificación en que, si el documento se califica como privado cuando la falsificación se produce antes de la incorporación al ámbito administrativo o judicial, se debe a que cabe suponer que el autor realizó la maniobra mendaz sin tomar en consideración el destino final del documento, de ahí que este criterio distintivo tenga una excepción: Se calificará de oficial el documento cuando éste se confeccione o realice con el único y exclusivo fin de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas.

Precisamente esto último es lo que ocurre en este caso. La larga cita de normas realizada en el fundamento jurídico segundo evidencia que la obligatoriedad del tacógrafo para determinados vehículos constituye una exigencia del derecho de la Unión Europea y no tiene más finalidad que favorecer la seguridad vial, posibilitando el control administrativo del transporte por carretera, especialmente en lo relativo a velocidad y tiempos de descanso (En igual sentido STS (Contencioso), sec. 3ª, 61/2006, de 17 de octubre).

No cabe duda que el tacógrafo puede cumplir otras funciones, como contribuir a un control empresarial interno sobre la actividad de los conductores, pero se trata de utilidades complementarias que no están en la génesis de las leyes y normas administrativas que han establecido la obligatoriedad del tacógrafo. Este instrumento y sus mediciones no tienen más finalidad que el control policial y administrativo de ahí que los documentos que genera deban ser reputados "documentos oficiales", a los efectos jurídico-penales.

Esta misma calificación se intuía en otra sentencia de esa Sala (776/2013, de 16 de julio), en la que reconociendo las dificultades dogmáticas en la categorización del documento, afirmó su naturaleza privada porque en el caso allí enjuiciado la manipulación del tacógrafo no estaba destinada a la finalidad originaria y genuina de esos discos, sino a ser presentada en un procedimiento judicial para desacreditar otras alegaciones, en perjuicio de la otra parte del proceso.

Por tanto, cuando la manipulación no tiene más finalidad que se registren datos incorrectos para sortear los controles administrativos, que será el supuesto más frecuente en la práctica, la naturaleza oficial del documento resulta indiscutible.

SEXTO. - Falsedad por simulación del documento

En el caso que centra nuestra atención el mecanismo mendaz consistió en la instalación de un imán que generaba registros de inactividad del camión cuando estaba en funcionamiento. Lógicamente los datos registrados por el tacógrafo digital no se correspondían con la realidad y así lo pudieron comprobar los agentes cuando extrajeron el correspondiente ticket que documentaba los datos registrados en el aparato.

En atención a los distintos tipos de conductas falsarias establecidas en el artículo 390.1 del Código Penal, el recurso nos pone en la tesitura de determinar si en el presente supuesto el documento generado por el tacógrafo constituye una falsedad ideológica no punible (artículo 390.1.4º CP) o un supuesto de falsedad por simulación (artículo 390.1.2º CP).

En el artículo 390.1.2º del Código Penal se describe como una de las modalidades del delito de falsedad documental "*simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad*". Simular equivale a crear un documento que, en su estructura y forma, tenga una apariencia de veracidad. Para que la simulación sea punible se requiere la existencia del documento simulado y que éste induzca a error



sobre su autenticidad. La autenticidad supone la aptitud para ser considerado auténtico en el tráfico jurídico, pero el sentido de lo auténtico puede referirse a que el contenido responda a la realidad o que haya sido suscrito por quienes se dice que han intervenido, por más que el contenido de sus manifestaciones no sea cierto.

Para una parte de la doctrina la autenticidad incluye todos los elementos que sirven para identificar el documento (lugar, fecha, hecho o negocio que documenta y conformidad de ese negocio con la verdad). Se trata de una concepción amplia de autenticidad en el que la autoría es sólo uno de los elementos que contribuyen a la individualización del documento, pudiendo llegar a incluir también su contenido. Para otros autores la autenticidad se limita a la veracidad en el emisor del documento.

La formulación del Código Penal plantea un serio problema porque la simulación de un documento y la suposición falsa de intervención de una persona o la atribución a una persona de manifestaciones inveraces (conductas penadas en el artículo 390.1. 2º y 3º CP), que son falsedades típicas, no son sino modalidades de la llamada falsedad ideológica (art. 390.1º.4º CP), ya que lo que se hace en todos los casos es faltar a la verdad en el contenido del documento. Por ello hace años surgió un vivo debate en la jurisdicción penal en relación con qué se debe entender por falsedad ideológica ya que ésta última, ha quedado despenalizada en el caso de que sea cometida por particulares (artículo 392 y 395 CP).

Esta Sala mantuvo posturas discrepantes en dos sentencias muy relevantes (Caso Filesa STS 1/1997, de 28 de octubre y Caso Argentia Trust, STS 224/1998, de 26 de febrero) En la primera de las sentencias citadas, partiendo de una concepción amplia de autenticidad, se consideró que había falsedad por simulación en el supuesto de la emisión de una factura emitida sin existir la relación comercial que justificara su emisión y en la segunda de las sentencias, desde una concepción más restrictiva, se dijo que una factura emitida por una persona que reconoce su emisión es auténtica, por más que se contenido no responda a la realidad.

A partir del Pleno no jurisdiccional de 26/02/1999 se fijó doctrina que permanece invariable en nuestros días. Esa doctrina se condensa, entre otras, en la STS núm. 817/1999, de 14 de diciembre, en la que se afirma lo siguiente: "un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir -con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido- presupone como realidad objetiva verdadera. Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2 del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4 del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido".

Esta Sala, por tanto, viene adoptando un concepto amplio de autenticidad, conforme con su significado literal, incluyendo en esta modalidad falsaría tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva). (STS 797/2015, de 24 de noviembre, 1212/2004, de 28 de octubre, 1345/2005, de 14 de octubre, 37/2006, 25 de enero, y 298/2006, de 8 de marzo. En ambos casos hay simulación debido a los efectos del artículos 390.1. 2º del Código Penal.

En la misma dirección venimos afirmando que "la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º del C. Penal , de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (SSTS 1302/2002, de 11 de julio; 1212/2004, de 28 de octubre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; y 298/2006, de 8 de marzo y 280/2013, de 2 de abril).

También hemos dicho que "el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en



el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre; y 1100/2011, de 27 de octubre, STS 309/2012, de 12 de abril).

En el caso que centra nuestra atención hay simulación documental punible. La instalación de un mecanismo (imán) en un tacógrafo tiene como efecto el que los datos de registro fundamentales del aparato sean necesariamente falsos en sus aspectos esenciales. Se produce la creación *ex novo* de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva al reflejar unos datos de registro, precisamente aquellos que justifican la propia existencia del tacógrafo, absolutamente falsos y distintos de los reales. La previa manipulación del tacógrafo determina que todo el documento generado sea falso, porque expresa una realidad inexistente, con afectación directa de la función probatoria del documento en cuestión.

Como señalara con acierto la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009 las manipulaciones del tacógrafo más habituales "consisten en impedir de algún modo que la señal generada por los giros de la caja de cambios transmitidos por el emisor de impulsos eléctricos que se coloca en la misma, sea recibida por la VU, con lo que se genera la falsa apariencia de que el vehículo se encuentra en descanso aunque se halle en movimiento. En el tacógrafo digital de este modo se crea un documento previamente inexistente, ya que la actuación manipuladora sobre la VU genera registros o datos electrónicos nuevos y totalmente ficticios"

SÉPTIMO. - En consideración a lo que se acaba de exponer concluimos que los registros generados por un tacógrafo son documentos oficiales a los efectos jurídico-penales. Y la manipulación fraudulenta de un tacógrafo que dé como resultado la alteración de los registros del instrumento, realizada con la finalidad de sortear los controles policiales y administrativos, constituye un delito de falsedad documental, sancionable penalmente conforme al artículo 392 del Código Penal, en relación con el artículo 390.1.2º del mismo texto legal.

En consecuencia, procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Público, revocando la sentencia impugnada con imposición de las mismas penas impuestas en la sentencia de primera instancia.

OCTAVO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1º. **ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia número 267/2018, de ocho de mayo de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. **DECLARAR** de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2452/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación número 2452/2018, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia de 267/2018, dictada el día 8 de mayo de 2018 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona en su recurso de apelación número 381/2018, por un delito de falsificación documental, don Luis Alberto , con DNI NUM001 , nacido en Lerida el día NUM000 de 1979, hijo de Vicente y de Belen , domiciliado en Gerona, sin antecedentes penales. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede la condena del acusado como autor de un delito de falsedad en documento oficial, tipificado en el artículo 392 del Código Penal a las mismas penas establecidas en la sentencia de primera instancia.

FALLO

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

ÚNICO. - Condenamos a don Luis Alberto como autor responsable de un delito de falsificación en documento oficial a las penas establecidas en la sentencia de primera instancia, número 93/2018, de 9 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Girona, condenándole igualmente al pago de las costas causadas en primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina