

CONSULTA NUMERO 4/1993, de 23 de diciembre

**SOBRE CALIFICACION JURIDICO-PENAL DE LAS
MANIPULACIONES FRAUDULENTAS EN LAS TARJETAS
MULTIVIAJE PARA USO DE TRANSPORTES
PUBLICOS URBANOS**

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña eleva Consulta a esta Fiscalía General del Estado con objeto de que se establezcan criterios unitarios sobre la calificación jurídico-penal de los comportamientos consistentes en la manipulación de las tarjetas multiviaje como medio para evitar el abono de los billetes de metro y autobús.

Según refiere la Fiscalía consultante, la conducta, cuya significación jurídico-penal es objeto del presente análisis, consiste en la colocación en el borde lateral de las tarjetas multiviaje, comercializadas para la utilización de los medios de transporte citados, de una etiqueta adhesiva que permite, pese al agotamiento real de dicha tarjeta, su posterior disfrute. De tal modo que las máquinas canceladoras que regulan el acceso al andén de la estación de metro o al interior del autobús no detectan la transformación operada y vuelven a seccionar la tarjeta artificialmente reconstruida como si ésta fuera la genuina —franqueándose por la máquina-tornillo existente al efecto el paso al viajero—, lo que posibilita consiguientemente que el usuario disfrute de mayor número de viajes que los correspondientes al precio satisfecho por el bono adquirido.

Según relata la propia Consulta, la manipulación descrita es manifiestamente burda y apreciable a simple vista e incapaz, por tanto, para eludir los controles de revisores, de tal modo que la tarjeta alterada sólo puede producir los efectos propios de otra vá-

lida en cuanto el control se verifica no por revisores sino por una máquina taladradora.

La tesis mayoritaria expresada en la Junta de la Fiscalía que plantea la Consulta se orientaba hacia estimar que tales conductas podían ser incardinables en el tipo contenido en el artículo 282 del Código Penal, que castiga la intencionada desaparición en cualquier sello, billete o contraseña de la marca o signo que indique haber servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.

Alternativamente, otro sector de la Junta se orientaba hacia subsumir las conductas descritas en los artículos 303 en relación con el 302 del Código Penal. Al indicar en el reverso de la tarjeta «título de transporte» tal criterio se sustentaba en la consideración de que la tarjeta multiviaje es un contrato de transporte público de viajeros, de incuestionable naturaleza mercantil a tenor de lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Comercio y la jurisprudencia (se citan al respecto las Sentencias de fechas 15-3-88 y 5-2-88). Por ello, aún admitiendo su torpeza y tosquedad, la alteración material producida en el documento sería una manipulación que variaría el sentido esencial del documento y en esa medida debería de encuadrarse en el número 6.º del artículo 302 del Código Penal.

Finalmente, un tercer sector de la Fiscalía consultante estima que nos encontramos ante un hecho atípico. Se descarta que la conducta descrita pueda incardinarse en el artículo 282 del Código Penal, en primer lugar al cuestionar que el billete, como expresión de una relación mercantil, constituya una parte de los bienes protegidos por la sección: derechos de propiedad industrial y derivados de éstos como instrumentos para la protección y defensa de los consumidores frente a los fraudes cometidos por la actividad privada en determinados bienes de consumo. De otro lado, también se discute que la acción típica descrita en el tipo «hacer desaparecer» se corresponda con la conducta analizada consistente, como se dijo, en añadir una etiqueta para mantener ficticiamente los efectos del billete.

Quienes sostienen este tercer criterio se amparan, además, en que la expresión «billete» utilizada por el Código en el tipo contenido en el artículo 282 se refiere, no tanto al título de transporte como a las estampillas que a modo de contraseña se incorporan en

determinados productos industriales con la finalidad de ser identificados.

Por fin, este tercer sector objeta a la calificación de falsedad en documento mercantil la escasa entidad de la manipulación que no afecta a una parte esencial del documento, lo que se aviene difícilmente con la jurisprudencia en la materia que exige alteraciones más apreciables y sustanciales. A estas reservas se añade la de que toda falsificación tiene como finalidad última la creación de apariencias de verdad capaces de inducir a error a otros, lo que no acontece en el supuesto analizado, en el que la máquina canceladora aparece como la inevitable destinataria del engaño que generan las maniobras operadas en la tarjeta.

II

Los tipos penales contenidos en los artículos 280 a 282 del Código Penal protegen la propiedad industrial y la claridad y seguridad en el mercado, protección que —vinculada a la naturaleza pluriofensiva del delito de falsedad— dispone de una triple dimensión: a las empresas, por los sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen; protección a los particulares que pretenden adquirir objetos de una determinada procedencia industrial y, finalmente, protección colectiva o al público en general por el peligro que dicha falsificación supone y por la seguridad del mercado en general. El denominador común, el ámbito de tutela penal, alcanza a determinados símbolos que operan a modo de signos de identificación y garantías de individualización calidad, origen y, finalmente, de valor de determinados productos en el tráfico mercantil. Por consiguiente, la *ratio essendi* de los preceptos citados, conforme explicitó la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1901, radica en la protección de la propiedad industrial. Lo que se tutela es el derecho a usar con exclusividad sellos, marcas, billetes o contraseñas en el mercado e impedir que con el nombre de sello o marca de una empresa o establecimiento determinado se distribuyan en el comercio productos que no les pertenezcan sembrando confusión en el mercado.

■ Son escasas las resoluciones jurisprudenciales que han incidido en los preceptos citados, lo que ha sembrado desorientación doctrinal. Si bien la sentencia de 8 de febrero de 1947 admitió que la confección de tickets falsos para el suministro de gasolina encajaba sin esfuerzo en el artículo 280 del Código Penal, admitiendo consiguientemente la sinonimia de los vocablos ticket y billete, el relato fáctico de la resolución ponía de relieve la puesta en circulación de tales cupones de gasolina y la realidad de que la imitación era lo suficientemente perfecta para la finalidad perseguida, constatando, por ende, la finalidad de los preceptos, la protección de la propiedad industrial del ataque indirecto que se ocasione al titular de una marca, sello o contraseña por su falsificación para aplicarla a productos de distinto origen. Por ello la noción de billete no es asimilable al título de transporte sino a aquellas estampillas que a modo de contraseña suelen llevar ciertos productos industriales con finalidad de identificarlos y de precintarlos. La ubicación sistemática conduce a eliminar toda interpretación que no sea la de referirse a los sellos, billetes y contraseñas de los que en la sección se trata.

■ La proposición primera de las realizadas por la Fiscalía de Barcelona se concreta en la ubicación del relato descrito en el artículo 282 del Código Penal. El verbo utilizado por el tipo citado «hacer desaparecer» exige la efectiva destrucción en el billete de una previa y existente marca o signo que indique haber servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición. La operatividad del delito cuya asimilación se pretende requeriría de la existencia de tales marcas o signos indicativos y reveladores del agotamiento de los efectos del bono manipulado. En las tarjetas cuya simulación se analiza no existen tales marcas o signos. El agotamiento progresivo de los cupones multiviaje se efectúa por el taladro gradual de su parte lateral y con la impresión en el cuerpo central de la tarjeta de la fecha del seccionado. Cuando, por extinción de la parte lateral, no es posible la cisura, los resortes de la máquina canceladora impiden el acceso pretendido por el viajero. De lo que se infiere que la conducta consistente en la agregación de papeles, etiquetas o adhesivos a la primitiva cartulina es justamente la contraria a la desaparición exigida por el Código Penal en el artículo 282. Siquiera la aplicación analógica de la norma —en este caso, la proscrita por el art. 4.2 del CC— facilitaría la ubicación propuesta.

III

A) La segunda de las sugeridas por la Fiscalía consultante incardinaba el comportamiento ya descrito como subsumible en un delito de falsedad en documento mercantil. Tal posicionamiento descansa en la necesaria asimilación de la tarjeta multiviaje que se altera, una vez extinguida, como documento de tal clase.

Conforme a reiterada jurisprudencia son mercantiles aquellos documentos que se formen u originen con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o de las demás leyes mercantiles, pero que además tengan validez para dar vida o constatar derechos u obligaciones de carácter mercantil, conteniendo, representando o simbolizando actos de comercio y cuya virtualidad se proyecte para surtir efecto en las operaciones mercantiles. Dicha cualidad era predicable de los bonos multiviaje en tanto que su posesión legitimaba al portador para ejercer los derechos derivados del contrato de transporte mercantil, es decir, mientras restaban por cumplir las obligaciones de traslado que al porteador incumben. El agotamiento de la tarjeta responde al cumplimiento —y por ende su extinción, art. 1.156 del CC— de la última de las obligaciones del transporte de personas dimanantes del billete multiviaje, careciendo éste desde entonces del carácter exigido por la jurisprudencia para surtir efecto en las operaciones mercantiles. De lo que se deriva la dificultad de tipificar los hechos relatados como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 del Código Penal en relación con el artículo 302 del mismo cuerpo legal que, en su párrafo 6.º —el propuesto como solución por algunos de los integrantes de la Fiscalía consultante— establece como modalidad ejecutiva la de hacer en documento verdadero, mercantil en este caso, «cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido».

B) Tampoco son subsumibles los hechos objeto de la Consulta en las falsedades del párrafo 9.º del artículo 302, siempre en relación con el artículo 303 del Código Penal, que castiga la simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. El tipo en este supuesto castiga a quien comete falsedad material consistente en la creación inauténtica, la dación de

vida de un documento absolutamente inveraz haciéndolo aparecer de nuevo en el orden de las relaciones jurídicas. La figura delictiva exige expresamente no ya la simulación del documento sino de capacidad para inducir al engaño, esto es, el revestirlo de las apariencias extrínsecas suficientes para que pueda ser tenido por legítimo.

En consecuencia, doctrina y jurisprudencia son unánimes al descartar de la consideración falsaria en lo penal las falsificaciones groseras —como la estudiada y descrita en los antecedentes de la Consulta— que son incapaces de inducir a engaño y ello por cuanto la confianza social no puede verse empañada por alteraciones de la verdad documental perceptibles no ya por un atento examen sino por una simple inspección. La idoneidad exigida, sea de la aparente legitimidad, ya sea de su veracidad para inducir a error al hombre medio, dispone de traducción en lo procesal, que radica en que tales mutaciones requieran de una pericia acordada al efecto que deviene superflua en la manipulación contemplada cuya falta de fiabilidad se impone por evidencias perceptibles a simple vista.

C) El delito de falsedad documental requiere, por fin, para su efectiva existencia, no sólo el cumplimiento de los elementos integrantes del tipo sino, además, el que la acción respectiva merezca, desde el punto de vista material, la consideración de antijurídica, entendida como un ataque a la fe pública y, en último término, a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos que, en definitiva, constituyen los bienes o intereses protegidos por el tipo penal, siendo constante la jurisprudencia, que estima que no cabe hablar de existencia de delito de falsedad cuando haya constancia de que los intereses citados no han sufrido riesgo alguno.

IV

No se sugiere en la Consulta la posibilidad de incardinar los hechos como constitutivos de estafa. La jurisprudencia viene exigiendo para la existencia de este delito de los siguientes elementos:

Primero. Un engaño precedente o concurrente concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos ofrecidos por la vida real. Así, y con lujosa retórica, la Sentencia de 20 de marzo de 1985 indica que puede revestir innúmeras modalidades e incontables maneras de manifestarse consistente «en la acechanza tendida a la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo», de los que se vale el infractor, para, induciendo a error al ofendido u ofendidos, viciar su voluntad o consentimiento...; elemento que incorpora sin dificultad el supuesto fáctico descrito en la Consulta; a lo que se puede agregar que la dinámica comisiva puede suponer fabulación compleja, aseverativa y positiva, pero también revestir formas sencillas y rudimentarias —siempre que baste para viciar la voluntad de la víctima— (Sentencia del Tribunal Supremo de 20-3-85). Esas formas no pueden integrar un acto falsario en lo penal pero sí que son susceptibles de crear una ficción prevaleciendo del binomio tarjeta-máquina.

Segundo. El engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial, lo que implica un juicio de adecuación, relevancia e idoneidad para producir el error en el sujeto pasivo determinante de la traslación exigida.

El *factum* analizado invita a la distinción entre dos supuestos, en atención a que el control sobre el pago efectivo del importe del viaje o de la validez de los tickets se efectúe únicamente por la máquina canceladora de tarjetas que regula el acceso a los andenes, supuesto habitual del ferrocarril metropolitano, y el caso en que —además de la máquina descrita— pudiéranse atribuir responsabilidades en el ejercicio del control al propio conductor del autobús por su proximidad a la máquina canceladora. Tal distinción es artificiosa. En ambos supuestos son los empleados de la empresa de transporte —los de las taquillas más próximas en el metropolitano y el conductor del autobús cuando es éste el medio utilizado— los destinatarios finales del engaño. En ambos casos la provocación de un error deviene de la conducta del sujeto activo que no accede de modo violento y perceptible al interior del andén o del autobús —con la consiguiente intervención

del conductor del autobús o del personal de taquilla en el metro— sino que al introducir la tarjeta alterada en la máquina canceladora genera, junto a la apertura del dispositivo, el sonido propio de una cartulina legítima y válida que estimula en quienes realizan funciones de vigilancia y supervisión la representación de una idea errónea, la de la vigencia de la tarjeta. Ello es determinante de una relajación de cualquier sospecha de conducta irregular. Si bien es cierto que el dolo en la estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente para producir la operatividad del traspaso patrimonial, se puede manifestar que éste al principio es susceptible de tener un carácter omisivo del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas pueden llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio —sentencia de 15 de junio de 1981, por todas—. Es ésta la ya tradicional doctrina jurisprudencial del dolo de forma o modo omisivo que sanciona el polizonaje con la respuesta penal a título de estafa. El relato fáctico descrito en la Consulta encaja pacíficamente en la reiterada tesis jurisprudencial.

Concurren los restantes requisitos de la estafa: la producción de un error esencial en el sujeto pasivo que desconoce la realidad de la inexistencia del billete vigente; el acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño y del error y que aparece como causa del perjuicio. El acto de disposición penalmente relevante entendido como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que conlleva de modo directo la producción de un daño patrimonial y que en el supuesto abordado se presenta como un acto de permisividad o de tolerancia de los empleados de la compañía encargada del transporte.

La apariencia engañosa se ha encaminado directamente a obtener la prestación de un servicio remunerado para el que se carecía de derecho por falta de pago.

Consecuentemente, el perjuicio patrimonial exigido se colma en cuanto que versa sobre un derecho de crédito no realizado y la utilización del transporte sin la contraprestación exigible representa un enriquecimiento injusto para el usuario y un perjuicio —*lucro cesante*— para la empresa transportista.

De los antecedentes de la Consulta se desprende que concurre, por fin, el elemento subjetivo del injusto representado por el ánimo de lucro, pues el dolo de lucro y no el dolo de daño ha constituido el elemento inspirador de la acción analizada.

Atendida la susceptibilidad de evaluación del perjuicio-beneficio cuya cuantía no alcanzará normalmente el límite dirimente entre el delito y la falta, la conducta objeto de examen constituirá, por regla general, la falta prevista en el número 2.º del artículo 587 del Código Penal.

INSTRUMENTOS