

su omisión no puede conducir a otra cosa que a la afirmación de que su omisión agravada (ex art. 489 bis, 3.º) es de naturaleza *dolosa* (dolo *eventual*), ya que (también ex art. 489 bis, 3.º), no es un *garante* en virtud de la conducta precedente (fortuita) por él realizada y, por lo tanto, no cabe ni siquiera plantearse la presencia de una *omisión impropia*.

Distinta es, en cambio, la calificación que me merece el conductor imprudente de la segunda hipótesis más arriba enunciada. Pues, de la interpretación que del término «accidente» he llevado a cabo anteriormente, se deduce que él sí es un *garante* de los bienes jurídicos puestos en peligro por su conducta precedente (no sólo peligrosa, sino imprudente) y que, por lo tanto, toda vez que de su omisión posterior de auxilio pueda predicarse que ha incrementado el riesgo de producción del resultado finalmente sobrevenido (en el ejemplo: muerte del niño), habrá de concluirse su responsabilidad a título del correspondiente delito doloso (dolo eventual) de resultado (homicidio o lesiones) en comisión por omisión.

IV. CONCLUSIONES

De toda la anterior exposición, extraigo las siguientes conclusiones:

1.ª El artículo 489 bis, 3.º CP contiene un delito de omisión del deber de socorro (*omisión propia*) agravada, aplicable a todo supuesto de causación fortuita de una situación de peligro inmediato para la vida o la integridad personal de otro seguida de la omisión del deber de auxilio que, en tales casos, impone el ordenamiento jurídico.

2.ª El artículo 489 bis, 3.º no se refiere a supuestos de causación imprudente de dicha situación de peligro, no incluibles en el término «accidente» a que el citado precepto se refiere. La conducta precedente peligrosa que excede de los límites del *riesgo permitido* (y que, en consecuencia, merece el calificativo de imprudente) da origen a la existencia de un *deber de garantía* para su autor que, de incumplirse, genera en éste una responsabilidad a título de comisión por omisión del correspondiente delito de resultado (homicidio, lesiones) siempre que, efectivamente, aparezca un resultado lesivo como concreción del peligro latente en aquella conducta precedente, y que ese resultado le sea *objetiva y subjetivamente* imputable a título de dolo (eventual).

3.ª En consecuencia, el artículo 489 bis, 3.º no supone el rechazo de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* —como parece ser la opinión dominante en nuestra doctrina— sino su limitación a supuestos de conducta precedente antijurídica. Limitación ésta que, por lo demás, entiendo plausible desde el punto de vista político-criminal (*).

(*) Estando ya entregado a la imprenta este trabajo, ha aparecido recientemente un artículo de J. M. ZUGALDÍA sobre el mismo tema (vid. CPCr., número 24, 1984, págs. 571 y ss.) que, lamentablemente, no he podido tener en cuenta; lo que, en este caso, habría sido muy interesante dadas las conclusiones absolutamente divergentes a que llega el mencionado autor respecto de las por mí obtenidas: exclusión en el art. 489 bis, 3.º, del «accidente» fortuito y limitación de la aplicación de dicho precepto al imprudentemente ocasionado.

El uso ilícito del transporte

Por el Prof. Dr. ENRIQUE MAPELLI

Experto en Derecho Aeronáutico

SUMARIO: 1. Concepto del polizón.—2. Ilícitud en el comportamiento del polizón: a) Obligación de todo viajero. Ser portador de un título de viaje. b) Actuación clandestina. c) Actuación pasiva. d) Utilización de lugar adecuado en el vehículo. e) Utilización de lugares inadecuados.—3. Tratamiento jurídico del polizón según el medio de transporte utilizado: a) Buques. b) Aeroplanos. c) Ferrocarril. d) Mecánicos por carretera.—4. Estudio especial de la estafa.—5. Conclusiones.

I. CONCEPTO DEL POLIZON

La palabra polizón, que procede del francés «*polisson*», vagabundo, y éste del latín «*politio-onis*», ha sido empleada tradicionalmente en el transporte marítimo. Con posterioridad y, de acuerdo con una corriente generalizada en cuanto no sólo a vocablos sino instituciones y regulaciones, fue también de uso en el transporte aéreo. En el transporte terrestre ferroviario no ha sido utilizada ni tampoco, más tarde, en el transporte por carretera, sin que, según nuestra opinión, que más adelante será desarrollada, existan razones que poderosamente se opongan a ello.

Para la Real Academia Española (1) polizón es el sujeto ocioso y sin destino, que anda de corrillo en corrillo y —segunda acepción, que es la que nos interesa— el que embarca clandestinamente. El Diccionario Oficial se refiere tan sólo a la clandestinidad del embarque. Desde el punto de vista del Derecho el concepto deberá ser otro muy diferente. Polizonte, masculino, tiene un sentido despectivo y se refiere al agente de policía, vocablo, pues, que carece de interés para nosotros que hemos, tan sólo, de referirnos al polizón.

Apartaremos de nuestro estudio la utilización de un transporte que no tenga la consideración de transporte público colectivo. Para nosotros no es polizón el que penetra en un vehículo particular, mediante el que no se explota un transporte público. Puede tratarse de un automóvil, de una embarcación o de un aeroplano o, incluso, de una

(1) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 1984, tomo II, 1.ª columna, pág. 1083.

caballería. La utilización de estos medios de transporte, meramente privados, con los que no se explota autorización ni concesión alguna de transporte público, no constituirá a quién lo hace en polizón. Su encaje en el territorio del Derecho es ajeno a nuestro estudio referido, pues, a los medios de transporte público.

La utilización de cualquier modo de transporte público —terrestre, marítimo, fluvial, lacustre, aéreo— está sometida a dos requisitos fundamentales íntimamente ligados entre sí:

a) Estar en posesión de un título que reglamentariamente se encuentre establecido.

b) Abonar el importe de la tarifa correspondiente o encontrarse exento de tan primordial y general obligación de acuerdo con las normas legales que sean de rigor.

Utilizar un transporte público sin que sean observadas las dos prescripciones elementales que han quedado citadas supone una irregularidad que, si concurre malicia, puede transformarse en polizón al que tal hiciere. Dicha utilización puede verificarse mediante diversos procedimientos que si bien son dirigidos hacia el mismo fin y pueden, incluso, tener consecuencias legales análogas, difieren entre sí sustancialmente. Dichos procedimientos pueden ser los siguientes:

a) Ocupar correctamente un lugar en el vehículo dedicado al transporte público careciendo de todo título para ello.

b) Realizar los actos necesarios a fin de eludir los controles y la vigilancia de los empleados y agentes del porteador.

c) Utilizar un título de transporte manipulado en cuanto a la fecha, el recorrido o cualquier otro dato que sea necesario para que pueda engañar a los empleados y agentes del porteador.

c) Utilizar un título de transporte en el que no ha sido alterado dato alguno pero a sabiendas de que no es el correcto que corresponde al viaje que se está llevando a cabo o se pretende realizar.

d) Ocupar lugares del vehículo en los que no se debe viajar (lavabos, topes de los trenes, techos de los coches, alveolos del tren de aterrizaje en las aeronaves, etc.).

e) Continuar la realización de un viaje una vez que ha concluido el derecho atribuido al título en cuya posesión se está.

f) Utilizar pases o billetes de favor que no corresponden a la verdadera personalidad del viajero.

h) Fingir estar dotado de autoridad o funciones a las que se les concede la posibilidad de realizar viajes sin estar provisto de los títulos de transporte habituales.

La relación que acabamos de exponer no pretende ser exhaustiva. Su propósito es tan sólo el de ofrecer el panorama muy variado que, en la práctica, concurre en cuanto al ilícito uso de un medio de transporte por parte de la persona. La calificación que cada uno de los supuestos pueda merecer será diferente ya que, en efecto, muy diferente es el viajar escondido en el hueco del tren de aterrizaje de una aeronave y el continuar el viaje en el ferrocarril una vez que ha concluido el trayecto para el que se obtuvo el billete, es decir, rebasada

la estación del respectivo destino. Pero en lo que estrictamente se refiere a la ilicitud del uso de un transporte de personas las circunstancias cambiantes no harán que la calificación jurídica otorgada a la actuación sea diferente.

En definitiva, el objetivo, el fin, del sujeto actuante será el mismo, o sea el de utilizar un vehículo adscrito a un servicio público sin estar en posesión del título que da derecho a ello y habiéndose librado irregularmente del pago de la tarifa reglamentariamente establecida.

Es preciso tener en cuenta la distinta configuración de los vehículos y, sobre todo los sistemas de control que los explotadores del transporte tengan establecidos. Concretamente pensemos en aquéllos —autobuses, ferrocarriles de cercanías, puentes aéreos entre grandes núcleos de población— en los que el sistema de cobro y expedición del título de transporte se realiza en el interior del vehículo, durante la marcha del mismo, incluso cuando ya parte del recorrido ha tenido lugar, pues el trabajo de los cobradores y agentes del porteador no es posible que se realice respecto de todos los viajeros al mismo tiempo. Consecuencia de ello, el penetrar en el vehículo sin estar provisto de título alguno y sin haber satisfecho la cifra prescrita en la tarifa que sea de aplicación, no constituye infracción alguna. Tampoco lo es el haber realizado un número de kilómetros en tales condiciones, ya que hasta que tiene lugar la presencia del agente del transportista no aflora la verdadera conducta del viajero, es decir, la intención del mismo. Esta conducta, en el supuesto de que fuere ilícita en el futuro, es algo que tan sólo cabría deducir conociendo los impenetrables propósitos del viajero.

En el momento presente de nuestra exposición interesa fijar definitivamente el vocablo que debe aplicarse como denominación de la indicada conducta. Ya hemos advertido que en el transporte marítimo el término polizón ha sido el que tradicionalmente ha venido usándose. En el Convenio Internacional de Bruselas sobre polizonaje de 10 de octubre de 1957, que aún no ha entrado en vigor (2), se contiene una precisa definición del polizón. Más adelante esta palabra se utiliza también en el transporte aéreo y la Sección 3.^a del Capítulo VII de la Ley Penal y Procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 expresamente se rotula «polizonaje» (3). Usualmente la denominación de polizón se atribuye con carácter generalizado a las personas que actúan utilizando clandestinamente las aeronaves destinadas a un servicio público de transporte.

Sin embargo, en el transporte terrestre, la denominación de polizón no se ha utilizado a pesar de que, en lo que al transporte ferroviario atañe, la regulación de la materia ha sido más minuciosa y habiéndose vertido sobre ella una nutrida jurisprudencia a la que, más adelante,

(2) Vid.: Comité Maritime International. XXV Conference. Athens 1962. Imprimeries Générales Lloyd Anversols, Ambers, pág. 150.

(3) Ley 2.091/1964 de 24 de diciembre 1964. «Boletín Oficial del Estado», núm. 311. de 28 diciembre.

habremos de referirnos. La legislación española (4) se refiere al «viajero que no presente el billete que le da derecho a ocupar un asiento en el tren». La legislación internacional (5) se refiere «al viajero que no pueda presentar un billete válido». Ni un texto ni otro emplean la palabra polizón.

Nosotros estimamos que la misma —la palabra polizón— es lo suficientemente expresiva y definitoria como para que, sin equívocos de ninguna clase, sea definitivamente utilizada para denominar a la persona que usa un medio de transporte, sea terrestre, marítimo, fluvial, lacustre o aéreo, sin estar provista del título adecuado y pretendiendo no abonar el importe establecido en la tarifa correspondiente. En cuanto a ella, pues, no deben hacerse distingos en lo que atañe al medio de transporte seleccionado por el sujeto para su actuación ilícita. De acuerdo con este criterio, de ahora en adelante utilizaremos, sin las diferencias anotadas respecto del medio de transporte, la palabra polizón.

A nuestro juicio existe una circunstancia que, en general, no debe suponer alteración de la conceptualización del polizonaje. Nos referimos al equipaje. Todo pasajero, por el hecho de haber convenido un contrato de transporte, salvo excepciones muy especiales, tiene derecho a poder llevar consigo un determinado equipaje. También se le concede la franquicia de ciertos kilos de equipaje o de ciertas unidades de bulto que también lo sean. El hacer uso de esta concesión no supone el pago de cantidad alguna suplementaria sobre la tarifa abonada por el transporte de la persona; el no portar equipaje, sea o no de mano, no supone que el pasajero goce de reducción alguna en cuanto al precio de su billete.

Si el polizón lleva o no equipaje, ello, en principio, es indiferente. No obstante, en determinados casos, puede suponer una agravación de la situación. Mencionemos, por ejemplo, el transporte llevado a cabo en lugar inadecuado, pudiendo ello poner en cuidado la situación del vehículo, la seguridad del mismo.

El tratamiento jurídico que al polizonaje se otorgue debe tener en cuenta la protección de determinados bienes y derechos. Entre ellos, como los más principales, cabe señalar los siguientes:

a) La seguridad del transporte. En el transporte aéreo el peso al despegue es tenido en cuenta para la confección del plan de vuelo correspondiente, pudiendo influir en el mismo la ignorancia de que una persona, el polizón, se encuentra a bordo; en el transporte ferroviario, la situación del polizón en determinados lugares puede afectar a las maniobras ferroviarias o a sus manejos.

b) La seguridad personal del propio polizón, que debe ser ade-

(4) Vid.: Art. 95 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1878.

(5) Vid.: Art. 8 del Convenio Internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) firmado en Berna el 7 de febrero de 1970. Instrumento de ratificación por España de 13 de julio de 1974 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 21, de 24 de enero de 1975).

cuadramente protegida y que, sin duda, se encuentra en grave peligro cuando viaja, por ejemplo, en el techo de un vehículo automóvil o en el tope de un vagón de ferrocarril.

c) Razones de orden público. El polizonaje llevado a cabo en barcos o aviones que se trasladan al extranjero suponen quebrantamiento de las normas adecuadas sobre sanidad y emigración. El traslado al extranjero está sometido a reglamentaciones administrativas que no son, normalmente, tenidas en cuenta por el polizón.

d) La economía de la empresa de transporte. El transporte de personas se lleva a cabo cumplimentando, en efecto, un servicio público, pero aguardando por parte del que lo usa, la remuneración correspondiente que compense los gastos de explotación y se integra también con una cantidad en concepto de beneficio. Ello salvo cuando las tarifas estén construidas con precios políticos, es decir, ajenos al fin de lucro e incluso por bajo de los costes de explotación pero atendiendo a otras razones. También en este caso el usuario del transporte debe abonar por la utilización del mismo la cantidad que se encuentre establecida en las tarifas de explotación.

Es cierto que cuando el vehículo en que viaja el polizón lleva plazas vacantes y que cuando el polizón utiliza un lugar inadecuado que, en ningún caso, sería propio de un viajero, no se ha restado ingreso alguno a la empresa porteadora. Los ingresos que dicho porteador ha percibido por la expedición en la que, ilícitamente, se ha enrolado el polizón, no se ha mermado. De ello podría inferirse que no existe perjuicio económico para el transportista. Sin perjuicio de que sobre ello volvamos más adelante, debemos opinar que, aun en tales circunstancias, se ha cometido un fraude de contenido económico. El transporte se realiza para obtener una contraprestación: el pago de la tarifa. Si se obtiene la traslación personal, el fraude se habrá consumado. Hay un perjuicio económico potencial para el porteador, quien, si el comportamiento del polizón hubiera sido correcto, habría obtenido por parte de éste el importe de la tarifa fijada para el viaje en que tomó parte.

A la vista de cuanto llevamos expuesto puede ser definido el polizón como aquella persona que, sin estar en posesión de un título legítimo, utiliza los servicios de un transporte público burlando los controles establecidos o valiéndose de maquinaciones y engaños, no satisfaciendo el importe fijado por la tarifa que sea de aplicación.

2. ILICITUD EN EL COMPORTAMIENTO DEL POLIZÓN

De conformidad con el concepto que ha quedado elaborado del polizón, éste habrá de burlar los controles establecidos o habrá de valerse de maquinaciones o engaños a fin de no satisfacer el importe del billete correspondiente al transporte. Esta actuación es lo que determina la ilicitud de su conducta. El adjetivo lícito corresponde a lo justo, a lo permitido, a todo aquello que se realiza según justicia y

razón. La actuación del polizón no se adecúa a ello y deviene en ilícita. Tal actuación puede estar determinada por las siguientes modalidades:

a) Obligación de todo viajero de ser portador de un título de viaje.

Doctrinalmente el contrato de transporte referido a la persona y el contrato de pasaje han de ser considerados como consensual (6) aunque, en la práctica siempre se expide un documento, llamado billete, en el que reposan las más sustanciales condiciones de dicho contrato y que sirve para acreditar a favor del pasajero en cuanto al uso del servicio estipulado.

En lo que al transporte aéreo internacional se refiere podemos citar el párrafo 2.º del artículo 3.º del Convenio de Varsovia (7), que dice: «El billete de pasaje hace fe, salvo prueba en contrario, de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte. La ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que quedará sujeto a las reglas del presente Convenio. Sin embargo, si, con el consentimiento del transportista, el pasajero se embarca sin que se haya expedido el billete de pasaje, o si este billete no comprende el aviso sobre limitación de responsabilidad, el transportista no tendrá derecho a ampararse en las disposiciones que regulan dicha limitación».

En el transporte aéreo doméstico, la obligatoriedad de extender el billete es absoluta. Así lo establece el artículo 92 de la Ley sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960 (8), que dice: «En el contrato de transporte de viajeros el transportista extenderá inexcusablemente el billete de pasaje, que contendrá los siguientes requisitos: 1.º Lugar y fecha de emisión. 2.º Nombre y dirección del transportista. 3.º Punto de salida y destino. 4.º Nombre del pasajero. 5.º Clase y precio del transporte. 6.º Fecha y hora del viaje. 7.º Indicación sumaria de la vía a seguir, así como de las escalas previstas». Esta obligación de extender, en todo caso, un billete de pasaje se refuerza en el artículo 93 de la mencionada Ley sobre navegación aérea que establece que el billete de pasaje es un documento nominativo e intransferible y únicamente podrá ser utilizado en el viaje para el que fue expedido y en el lugar del avión que, en su caso, determine.

En cuanto al transporte marítimo, el Código de comercio regula el

(6) FERNANDO SÁNCHEZ CALERO nos dice que el contrato de pasaje sigue la regla general del transporte de ser consensual. A efectos probatorios se emite el billete de pasaje, que sirve para legitimar al pasajero que tiene derecho a la prestación del porteador. (Vid.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 562).

(7) Vid.: Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 («Gaceta de Madrid» de 21 agosto 1931), modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 («Boletín Oficial del Estado» núm. 133, de 4 de junio de 1973). Ambos textos publicados en «Convenios multilaterales sobre tráfico aéreo», por ENRIQUE MAPELLI y ROBERTO COMES, 3.ª ed., Madrid, 1975.

(8) Vid.: Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176, de 23 de julio de 1960.

que se ha denominado «contrato de pasaje» (9), prescribiendo en su artículo 695 que el derecho al pasaje, si fuese nominativo, no podrá transmitirse sin la aquiescencia del capitán o consignatario. De este precepto se deduce que no es esencial ni aún siquiera obligatorio el que el contrato de pasaje se extienda por escrito, aunque ello sea lo normal refiriéndose el Código a las consecuencias que se derivan cuando este contrato, además de escrito, es nominativo, requisito que, como se ha visto, es obligatorio en el transporte aéreo doméstico.

Las normas que rigen en el transporte ferroviario requieren la expresión escrita del contrato. Así lo encontramos establecido en la Tarifa General de Viajeros de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, RENFE (10). Se establece que cada viajero deberá ser portador de un título de transporte valedero para la clase y tren que ha de utilizar y que todo viajero abonará antes de emprender el viaje, el precio del mismo, a cambio de un billete en que consten, al menos, las siguientes indicaciones: Nombre del porteador (RENFE), fecha de utilización del billete, los puntos de origen y de destino del viaje, clase de plaza que le corresponde ocupar y precio satisfecho o referencia al cuadro de precio aplicable, en caso de omisión de este dato. El importe de los suplementos podrá figurar en el mismo billete o en documento aparte, con las indicaciones que se estimen precisas.

Añade la Tarifa General de Viajeros de RENFE que, por excepción, quedan relevados de la obligación de pagar el importe del viaje en el punto de origen, los viajeros que tomen el tren en estaciones de servicio limitado o apeaderos que no expendan billetes para determinados trenes, si bien deberán solicitarlo del interventor en ruta. RENFE podrá prescindir de figurar algunos de los requisitos mencionados, si bien en ningún caso de los referentes a precio, fecha, procedencia, destino y clase a ocupar (excepto cuando se trate de clase única).

En el transporte por carretera es de tener en cuenta la Real Orden de 22 de junio de 1929 (11) que, en su artículo 106 dispone que toda percepción por precio de viaje estará sujeta a tarifa, y de ella se dará siempre al viajero un billete o cupón en que, entre otros datos, figurarán como esenciales los siguientes: entidad explotadora, día, mes y

(9) Cuando se trata de transporte marítimo se habla de «contrato de fletamento» al referirse a las cosas y de «contrato de pasaje» en lo que a las personas se refiere. Si bien la terminología «contrato de fletamento» no parece adecuada para el transporte por tierra, utilizándose a veces en el transporte aéreo, no creemos que exista motivo alguno para que la denominación «contrato de pasaje» no sea extendida a todo otro medio de traslación.

(10) Esta Tarifa General de Viajeros fue aprobada por el Consejo de Administración de la RENFE en fecha 27 de septiembre de 1977 y resulta aplicable desde el 1 diciembre de 1977. No aparece publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

(11) Este precepto debe entenderse que se encuentra en vigor ya que no se opone al Reglamento de 9 diciembre de 1949. La Ley de 27 de diciembre de 1947 deroga las disposiciones que se oponen a la misma. Dicho Reglamento es el desarrollo de esta Ley.

año, coche para que se ha de utilizar, puntos de salida y término, clase y precio. En los puntos en que exista despacho de billetes, éstos se expenderán por orden de petición, y el viajero tendrá que estar provisto del correspondiente que le autorice a ocupar asiento; y si la falta se nota en ruta, satisfará doble precio desde el origen de la línea hasta el punto en que termine el viaje. En las paradas en que no haya local ni empleado de la empresa dará el billete en ruta al viajero el cobrador del coche.

El Código de comercio, como se sabe, es aplicable para todo contrato mercantil de transporte terrestre, es decir tanto el que se realiza por ferrocarril como por caminos ordinarios. En su artículo 352 preceptúa que las cartas de porte o billetes en los casos de transporte de viajeros, podrán ser diferentes, unos para las personas y otros para los equipajes; pero todos contendrán la indicación del porteador, la fecha de la expedición, los puntos de salida y llegada, el precio, y, en lo tocante a los equipajes, el número y peso de los bultos, con las demás indicaciones que se crean necesarias para su fácil identificación.

Del ligero repaso de preceptos que hemos verificado en cuanto a los distintos modos de transporte, se deduce, en efecto, que el contrato de transporte de personas es de naturaleza consensual pero que regularmente se ha de expedir, contra el pago de su importe, un documento denominado billete de pasaje, cuyo billete es el que legitima a la persona para penetrar en el vehículo mediante el que se explota el transporte y llevar a cabo la traslación desde un punto a otro. El polizón no estará provisto de este documento denominado billete o lo estará de manera incorrecta. La corrección es la que determina la legitimidad y su incorrección la clandestinidad.

b) Actuación clandestina.

Hemos visto que el Diccionario oficial de la lengua atribuye clandestinidad al polizón. La Ley Penal y Procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 también emplea la palabra clandestino (el que clandestinamente entre sin billete en una aeronave comercial, dice su artículo 64) e igual clandestinidad se exige para la sanción del polizón en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante de 22 de diciembre de 1955 (arts. 70 y 72) (12).

La actuación, pues, del polizón para que se le atribuya tal carácter debe ser clandestina, es decir, que implique un actuar secreto, oculto, encubierto, con el deliberado propósito de eludir la ley que, en este caso, pretende el directo objetivo de no satisfacer el importe del viaje que se realiza. La astucia del polizón no será empleada sino para ese fin.

Ya hemos visto anteriormente que pueden ser muchos y muy variados los procedimientos que utilice el polizón. Este, en principio, deberá de carecer de legítimo título —billete de pasaje— que le da derecho al viaje. Opinamos que la persona que hurta un billete en el que no se exige la condición de nominativo e intransferible, no es, al uti-

(12) Ley de 22 de diciembre de 1955, Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. («Boletín Oficial del Estado», núm. 359, de 25 de diciembre).

lizarlo en la fecha y para el pasaje que en el mismo se expresan y para los que atribuye derecho, un polizón. Tal manera de actuar podrá ser sancionada como hurto, robo o en la forma en que corresponda, pero no implicará las medidas a que el polizón es acreedor en Derecho. Esta opinión la sustentamos tanto para el caso de que la sustracción del billete se haya realizado de otra persona como de las oficinas y depósitos de documentos del propio transportista. Hay ilicitud, no cabe duda, en la conducta del viajero y esta ilicitud debe ser adecuadamente sancionada; pero exhibe un título que por sí mismo es válido y ello le desprovee de la condición de polizón.

A diferente conclusión debe llegarse cuando el billete sea nominativo como puede ocurrir en el transporte marítimo y en el aéreo internacional y como necesariamente ocurre en el transporte aéreo doméstico. En este caso, la persona portadora del título no es aquélla que únicamente puede hacerlo por tratarse de un título intransferible. Carece, pues, de la legitimación necesaria para usar el medio de transporte en el que se encuentra, su actuación es clandestina y, por tanto, dicha persona es un polizón, con todas sus consecuencias y sin perjuicio de la calificación legal que pueda corresponder por la concurrencia de sus dos ilícitas conductas, el hurto o robo del billete y el uso clandestino del medio de transporte.

La clandestinidad consiste en la maquinación fraudulenta del polizón conducente a su objetivo primordial que, como venimos repitiendo, no es otro que eludir el pago del importe fijado para el viaje que realiza.

c) Actuación pasiva.

En determinados medios de transporte y para vehículos y recorridos que así lo aconsejan, los transportistas no exigen ni el previo pago del importe tarifario ni el que el viajero se encuentre en posesión de título alguno que le legitime como tal. El billete se adquiere durante el recorrido —«en ruta», según determinada terminología usual— abonándose, entonces, al agente del transportista, el importe correspondiente (13). Ello es frecuente en transportes de cercanía entre ciudades y también en aquéllos que se hacen por vía del aire entre grandes núcleos de población.

En tales casos el presunto polizón lo es tan sólo con arreglo a su propósito que únicamente él conoce y su condición legal de polizón puede no adquirirla si los controles adecuados no le localizan. El viajero carece de título legítimo, pero este título no ha sido exigido

(13) Recordemos que la Tarifa General de Viajeros de la RENFE de 27 de septiembre de 1977, estipula que, por excepción, quedan relevados de la obligación de pagar el importe del viaje en el punto de origen, los viajeros que tomen el tren en estación de servicio limitado o apeadero que no expendan billetes para determinados trenes, si bien deberán solicitarlo del interventor en ruta. Análoga disposición en el artículo 106 de la Real Orden de 22 de junio de 1929, aplicable a los transportes por carretera.

para nadie, encontrándose, pues, aunque carezca de billete, en regular situación (14).

A veces el costo que para las empresas porteadoras comporta el establecimiento de unos rigurosos servicios de control o de inspección es más elevado que las consecuencias económicas derivadas de conductas poco escrupulosas por parte de determinados pasajeros. Se realizan pocas comprobaciones y el cobro es lento y ocasionador de que, a veces, sea el propio viajero el que tenga que realizar por su parte actividades que tiendan a satisfacer el importe del trayecto que realiza.

Recordemos que, como dice Groizard (15), siendo el engaño elemento esencial, claro es que hay que suponer para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación más que un producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia.

En efecto, la falta de vigilancia por parte del porteador, la carencia de verificaciones, más aún, el establecimiento de unos ágiles sistemas que tan sólo redundan en su beneficio, pueden suponer, respecto de personas cuya conducta esté proclive a lo ilícito, que actúen a manera de polizón, al menos en sus propósitos, aunque, en la realidad, si se enfrentan con el control o con la vigilancia del transportista su actuar aparezca como completamente correcto.

Adelantándonos a lo que más adelante expondremos, podemos decir que tales actuaciones, si en la práctica fueran posibles, en el transporte marítimo o aéreo no supondrían alteración de su calificación legal, ya que las leyes reguladoras de ambos medios de traslación configuran el polizonaje de manera autónoma y al margen de otros ilícitos penales; en cambio sí que podrían tener trascendencia en lo referente a los transportes terrestres ya que la doctrina y la jurisprudencia han incardinado al polizón como autor de un delito o falta de estafa.

d) Utilización de lugar adecuado en el vehículo.

Cuando el polizón penetra en el vehículo, después de haber burlado los controles establecidos para el acceso al mismo, queda tan sólo sometido a la eventualidad de que puedan o no llevarse a cabo comprobaciones durante el curso del viaje. Las maquinaciones utilizadas pueden ser varias y, algunas de ellas, constituir una compleja ilicitud. Tal es el caso de utilizar billetes ya caducados enmendando la fecha que en ellos conste, utilizar un documento que otorgue transporte gratuito

(14) Debe aclararse que el servicio aéreo Madrid-Barcelona-Madrid que, en España, se explota con el rótulo de «puente aéreo» y en el que se viaja con billete y previo pago del mismo, no es un genuino puente aéreo. En éstos el avión vuela una vez que se encuentra completo y, siempre, lo esté o no, cuando es la hora previamente establecida para la realización del servicio.

(15) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 128. Citado por JOSÉ ANTON ONECA, voz «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, pág. 63.

en virtud de funciones que ya no corresponde ejercer al polizón, penetrar en una aeronave utilizando tarjeta de embarque que se ha encontrado extraviada, etc., etc. En todos estos supuestos el bien protegido por la previsión legal que produzca la acción del polizón es, con carácter general, la economía del transportista y, tan sólo en algunos supuestos individuales —el caso de aeronaves— la seguridad del viaje. La seguridad del propio polizón no se encontrará comprometida ya que el desplazamiento lo realiza en un lugar adecuado en el que existirán las precauciones que el transportista viene obligado a otorgar a todos los usuarios.

Esta modalidad de polizonaje está sometida, quizá más agudamente que las otras, a la posibilidad de ser descubierta y, en cierta medida, la negligencia del porteador y de sus agentes puede contribuir a la ilícita conducta del polizón. Sus controles de acceso no han sido debidamente ejercidos o los documentos de transporte —billetes— no han sido examinados con el escrúpulo o cuidado con que debieran. En los casos de transporte terrestre en que el polizonaje es encuadrado dentro de la estafa, ello puede tener cierta relevancia que será diferente según cada supuesto.

e) Utilización de lugares inadecuados.

Viajar, como polizón, en lugares del vehículo, escondidos, no destinados a la normal utilización del pasaje tiene implicaciones que deben ser consideradas. En primer lugar, se agrava la situación de peligro del polizón y muy probablemente del propio vehículo y de la expedición. Estas seguridades deben salvaguardándose con la adecuada sanción de quien provoca el eventual peligro. De otro lado, la vigilancia del transportista se hace más difícil ya que ésta, mediante los controles correspondientes, recae normalmente sobre los lugares en que debe ubicarse el público.

El Tribunal Supremo de Justicia, en su Sentencia de 27 de junio de 1963 (16), tiene declarado que viajar en el tope del tándem de la máquina, lugar que no es adecuado para ello, ni puede ser vigilado por el revisor del tren, denota la astucia similar al engaño para defraudar a la empresa transportista, pues siempre resultará que se traslada de un sitio a otro sin ocupar el lugar señalado para los viajeros, pero sí consiguiendo su fin sin abonar ninguna cantidad por el beneficio económico que indudablemente recibía al trasladarse de un punto a otro.

La Organización de la Aviación Civil Internacional, OACI, da un tratamiento especial al daño que pueda experimentar el polizón que se coloca en lugares inadecuados de la aeronave. En uno de sus Anexos, el dedicado a la Investigación de Accidentes de Aviación (17) se establece que es accidente todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave, que ocurrirá dentro del período comprendido entre el

(16) Vid.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 3.296, año 1963.

(17) Vid.: Normas y métodos recomendados internacionales. Anexo 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. «Investigación de Accidentes de Aviación». 6.ª ed., marzo 1981. Texto español. Capítulo I. Definición: «Accidentes».

momento en que una persona entra a bordo de la aeronave con intención de realizar un vuelo, y el momento en que todas las personas han desembarcado, durante el cual cualquier persona sufre lesiones mortales o graves a consecuencia de hallarse en la aeronave, o por el contacto directo con cualquier parte de la aeronave, incluso las partes que se hayan desprendido de ella o por exposición directa al chorro de un reactor, excepto cuando las lesiones obedezcan a causas naturales, se las haya causado una persona a sí misma o hayan sido causadas por otra persona o se trate de lesiones sufridas por pasajeros clandestinos escondidos fuera de las zonas destinadas normalmente a los pasajeros y la tripulación.

La exclusión de los daños del polizón que viaja en tales condiciones se debe a que la investigación del suceso no tiene porqué seguir los cauces propios de un accidente de cuyo resultado hayan de ser obtenidas enseñanzas ejemplarizadoras para el futuro.

El polizón que viaja en lugar no destinado a pasajeros reviste un mayor carácter de gravedad y el derecho del transportista debe ser más eficazmente protegido. Ya hemos dicho que las vigilancias se establecen para los lugares de uso común. La clandestinidad es mayor en estos supuestos, como mayor es la malicia del sujeto que necesariamente ha tenido que actuar con ocultación y astucia muy difíciles de combatir por parte del transportista. Pero también es claro que no es sólo el bien económico de éste el que debe salvaguardarse con la corrección que merezca este tipo de polizonaje. Hay, insistimos, dos situaciones de peligro, una personal que afecta a la seguridad del polizón, seguridad que gravemente se pone en entredicho si se coloca en el techo de un autobús, en la sala de máquinas de un buque o en el alveolo del tren de aterrizaje de un aeroplano. La otra situación de peligro afecta objetivamente al vehículo que puede ver comprometida la normalidad de su operación con la existencia de un cuerpo extraño —el del polizón— en un lugar que debería encontrarse libre de él. Ello se agrava con especialidad en el transporte aéreo.

Parece, pues, que esta actuación ilícita debe ser contemplada con mayor severidad que las anteriores.

3. TRATAMIENTO JURIDICO DEL POLIZON SEGUN EL MEDIO DE TRANSPORTE UTILIZADO

Razones, ya apuntadas, que atañen al bien jurídico protegido —económico del transportista, tan sólo en algunos casos; económico del transportista más razones de orden público y de seguridad en el transporte— determinan que la regulación jurídica del polizón no sea uniforme para todos los medios de transporte. Está clara en lo que se refiere al transporte marítimo y al transporte aéreo ya que leyes especiales de manera autónoma corrigen estos comportamientos ilícitos. En lo referente al transporte terrestre, al no existir una norma sancionadora específica, se ha recurrido a la incardinación dentro de la fórmula

de la estafa, ofreciendo ello graves dificultades en algunos casos y, desde luego, serios reparos por parte de sectores muy autorizados de la doctrina. Cualesquiera que sean estas dificultades y estos reparos debe pensarse que situar completamente fuera del ámbito penal el comportamiento del polizón es favorecer la actuación del mismo, ya que la mera reclamación, por la vía civil, del importe defraudado al no haber satisfecho el precio del billete, es una actuación que en la mayoría de los casos habrá de resultar no sólo ineficaz sino notoriamente inútil.

Seguidamente expondremos, sin extensión innecesaria, las diversas regulaciones que merece la actuación del polizón según cuál sea el medio del transporte utilizado por el mismo. Nos detendremos más en el examen del transporte terrestre ya que es éste, al no existir una concreta y específica previsión jurídica referente al dicho polizón, en el que se ofrecen mayores dificultades.

a) Buques.

La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 distingue diversos supuestos a efecto de su corrección, a saber:

1. El embarque clandestino en puerto español con destino a otro puerto extranjero.

2. El embarque clandestino en puerto extranjero con destino a otro puerto español.

3. El embarque clandestino en puerto español con destino a otro puerto español.

4. El cómplice de los delitos anotados anteriores con los números 1 y 2.

5. El encubridor de los delitos anotados anteriormente con los números 1 y 2.

6. El cómplice o encubridor de los hechos anotados anteriormente con los números 1 y 2, si su actuación se hubiera realizado mediante la entrega de dinero.

7. El capitán que consienta el embarque con plaza a bordo a individuo que no estuviere legalmente contratado o que haga figurar en el rol a individuos que no formen parte de la dotación.

Estas actuaciones reciben sanciones más o menos graves según la naturaleza de cada una de ellas y oscilan, dichas sanciones, entre las penas de arresto mayor y multa de hasta veinte mil pesetas, hasta la sola multa de mil pesetas (18).

El artículo 71 de la Ley citada prescribe que el polizón será entregado a la autoridad de marina del primer puerto español a que arribe el buque con las diligencias instruidas a bordo para la comprobación del delito y justificación, en su caso, de los gastos de manutención. Si el buque arribase a puerto extranjero la entrega se hará al Cónsul de España, y si no lo hubiere quedará a bordo el delincuente hasta llegar a puerto en que exista autoridad competente para la entrega.

La aplicación de la Ley española penal y disciplinaria de la marina

(18) Ver arts. 70, 72 y 78 de la citada Ley de 22 diciembre 1955.

mercante y muy especialmente las sanciones que en ella se establecen, teniendo en cuenta su carácter penal, ofrecerá notorias dificultades cuando el Cónsul de España en país extranjero reciba al polizón junto con las diligencias instruidas a bordo, persona y documentos que habrá de poner a disposición de la autoridad local competente, cuya legislación pudiera ser muy otra que la española de referencia.

Ello se trata de solucionar mediante el Convenio internacional firmado en Bruselas el 10 de octubre de 1957, sobre pasajeros clandestinos. Sin embargo, su aplicación aún no resulta posible ya que no sólo no ha sido ratificado por España sino que ni aún siquiera ha entrado en vigor al no haberse cumplido los requisitos que para ello se prescriben en el párrafo 1 de su artículo 8 (19).

En este Convenio se define al polizón como aquella persona que, en cualquier puerto o vecindad del mismo, se oculta en un barco sin el consentimiento del naviero o del capitán y que se halla a bordo después de que el barco ha zarpado del puerto. Se llama puerto de embarque aquél en que el polizón sube a bordo del barco en que es encontrado. Puerto de desembarque es aquél en que el polizón es entregado a la autoridad adecuada.

Si en un viaje de un barco matriculado en, o que lleva bandera de un Estado contratante (que forme parte del Convenio de referencia) se encuentra a un polizón en un puerto o en el mar, el Capitán puede entregarlo a la autoridad adecuada en el primer puerto de un Estado contratante en que toque el buque después de que se encontró al polizón.

Cuando un polizón es entregado a la autoridad adecuada en el puerto de desembarque:

1. Esta Autoridad puede devolverlo a cualquier Estado al que dicha Autoridad considere que pertenece el polizón, reconociéndolo así dicho Estado.

2. Pero si este Estado no lo considera como nacional suyo o se niega a aceptar su regreso, o cuando la autoridad adecuada considera que el polizón carece de nacionalidad, entonces, dicha Autoridad puede devolver el polizón al Estado en el que, según ella, se halla el puerto de embarque del polizón.

3. Sin embargo, si el polizón no puede ser devuelto en la forma señalada en 1 y 2, la autoridad adecuada puede devolverlo al Estado en que se encuentra el último puerto donde tocó el barco antes del momento en que se encontró el polizón.

4. Finalmente, si nada de lo anterior es posible, la autoridad adecuada puede devolverlo al Estado contratante de la bandera del barco donde se encontró el polizón. El costo de manutención de un polizón en el puerto de desembarque, así como el de devolverlo a la nación a que pertenece, será abonado por el naviero, sin perjuicio de recuperarlo, si lo hubiera, del Estado a que el polizón pertenece.

(19) Vid.: Nota 2 al pie de la pág. 2.519 de la obra «Código de las Leyes Marítimas», de AURELIO MENÉNDEZ y JUAN LUJES IGLESIAS PRADO. Edición «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1980.

Ni el Convenio Internacional de Bruselas de 10 de octubre de 1957 que, insistimos, no ha entrado en vigor, ni la Ley de 22 de diciembre de 1955, aluden al costo del pasaje correspondiente al recorrido clandestino que el polizón ha realizado. Uno y otro hacen referencia a los costos de manutención. Hay que tener en cuenta que la actuación ilícita del polizón tiene como primordial finalidad la de trasladarse de un lugar a otro no satisfaciendo a la empresa que realiza el viaje el importe que legalmente se ha establecido como compensación a la prestación de su servicio. Hay, asimismo, que tener en cuenta que el viaje clandestino puede haber sido abortado por el desembarco del polizón en el propio lugar donde su embarco se realizó o que, desembarcando en un puerto intermedio o aún en el de destino, haya sido devuelto a origen. Aunque todo ello sea así, el naviero, transportista en definitiva, ha prestado unos servicios que le deben ser compensados además de los predichos gastos de manutención. Y le deben ser compensados aún en el supuesto de devolución del polizón al lugar donde éste embarcó y, por tanto, aunque no haya conseguido su propósito.

Es muy posible que el polizón sea insolvente, en cuyo caso todo lo anterior será una mera declaración sin contenido práctico alguno, pero en el supuesto de que su solvencia económica le permita compensar adecuadamente al transportista debe hacerlo de manera cumplida y no exclusivamente en lo atinente a los gastos de manutención.

b) Aeroplanos.

Como ya hemos adelantado, la Ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964, en la Sección III de su Capítulo VII, se ocupa del delito de polizonaje. En este Capítulo VII aparecen agrupados los que se denominan «delitos contra la propiedad» y, entre ellos, además del polizonaje, aparecen los de robo y los de daños.

No obstante, en el transporte aéreo, el bien jurídico que con la previsión legal trata de protegerse, no es el de la economía de la empresa aérea aunque, sin duda, esa economía aparezca quebrantada con el uso ilícito de sus servicios de transporte, o sea sin que se abone el importe reglamentariamente establecido para los mismos.

Sin embargo, en el transporte aéreo, existe la necesidad de proteger la seguridad de la operación de vuelo. Esta operación se realiza después de una minuciosa preparación en la que se tiene en cuenta la carga y el peso con los que el viaje se inicia. Cualquier alteración fraudulenta de estos datos supone imprecisión en el momento en que se elabora el correspondiente plan de vuelo. La introducción de una persona sin que la misma pase por los controles establecidos pone en entredicho la seguridad de la operación de vuelo. Si la introducción del polizón, además de ser clandestina, se realiza para verificar el viaje en lugares inapropiados este compromiso para la operación de vuelo puede resultar más agudo. La introducción del polizón en departamento del avión delicados y reservados técnicamente para su correcto funcionamiento es un hecho de suma gravedad que debe ser adecuadamente evitado mediante una severa protección penal.

El artículo 64 de la citada Ley penal y procesal de la navegación aérea establece que el que clandestinamente entre sin billete en una aeronave comercial con el propósito de hacer viaje, o continúe a bordo también clandestinamente con el mismo fin, una vez recorrido el trayecto a que diere derecho el billete adquirido, será castigado con la pena de arresto mayor o multa hasta veinte mil pesetas. Los tripulantes de la aeronave o empleados del aeropuerto que cooperen a la comisión del delito serán sancionados con las penas señaladas a los autores del mismo.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que, en 1964, fue promulgada la Ley penal y procesal de la navegación aérea, así como la evolución económica experimentada desde entonces, la multa de veinte mil pesetas establecida en dicha Ley para sancionar al polizón, nos parece totalmente inadecuada. La cuantía de dicha multa no ha sido alterada desde entonces y al no ser concurrente con la pena de arresto mayor, también prevista para sancionar este delito, sino alternativa, si el órgano sancionador opta por la multa el castigo puede considerarse como mínimo, más aún teniendo en cuenta el importe de un billete aéreo que, si se trata de largo recorrido, puede ser considerable.

La clandestinidad es sancionada de la misma forma tanto en el caso en que se entre sin billete en la aeronave con el propósito de hacer viaje, como si se continúa en ella, clandestinamente, cuando el derecho que se tenía a viajar ha concluido. Ello es lógico ya que, precisamente, el tener billete para un trayecto no legítima en absoluto para la realización de trayectos subsiguientes, siempre que persista la clandestinidad.

La nota característica del delito, tal como aparece configurado en la Ley penal y procesal de la navegación aérea, puede quedar sintetizada de la forma siguiente:

1.—Que el acceso a la aeronave o la continuación en ella cuando se tenía derecho a dicho acceso se realice clandestinamente.

2. Que el propósito de quien tal haga sea el de realizar viaje. Si el propósito fuere otro, tal como cometer un hurto o el de apoderarse ilícitamente del aparato, los hechos quedarían incardinados en otras figuras delictivas pero no en esta del polizonaje que estamos contemplando.

De la misma forma que el polizón, se sancionan los tripulantes de la aeronave y los empleados del aeropuerto que cooperen a la comisión del delito. Dentro del concepto de tripulante deberán comprenderse tanto los que se denominan técnicos como auxiliares. El artículo 56 de la Ley sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960 establece que el personal de vuelo es el destinado al mando, pilotaje o servicio de a bordo de la aeronave y que constituye su tripulación. El personal del aeropuerto estará comprendido en la definición del artículo 57 de la propia Ley, que es la siguiente: El personal de tierra comprende a los directivos, técnicos y auxiliares de aeropuertos, aeródromos e instalaciones que apoyen directamente a la navegación aérea.

En cuanto al personal tripulante que coopere a la defraudación de que es objeto el transportista por parte del polizón, normalmente será dependiente del propio transportista; en cambio, los empleados del aeropuerto que tal hagan podrán ser dependientes del transportista o de la autoridad del aeropuerto o de otra empresa —encargada de la limpieza, del suministro de alimentos, etc.— e incluso de otra compañía aérea que se aproveche de su conocimiento y de su libertad de movimiento dentro de las instalaciones aeroportuarias. Si bien, a efectos penales, la Ley penal y procesal de la navegación aérea no hace distinciones sobre si tales cooperadores son o no dependientes del transportista defraudado, en cambio ello podrá tener trascendencia dentro del marco de las relaciones laborales. Si lo fueren, la conducta de los cooperadores, al contribuir a la defraudación, puede constituir una deslealtad sancionable por la empresa, con independencia de la que recaiga en el aspecto penal.

Como de su nombre se deriva, la Ley de 24 de diciembre de 1964 es penal y procesal. Quiere ello decir que, dentro de sus preceptos, existen los que, sustantivamente, definen y sancionan los hechos ilícitos, entre los que se encuentran el polizonaje, y también aquellos meramente formales que se refieren a la composición de los Tribunales que han de enjuiciarlos y sancionarlos.

Los preceptos materiales no parecen ofrecer duda en cuanto a su vigencia. En cambio sí ofrecen ciertas consideraciones en ese orden los meramente procesales.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 117 de la Constitución dispone (punto 3) que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan y (punto 5) que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará —añade— el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de los estados de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución, prohibiéndose los tribunales de excepción.

La Ley de 24 de diciembre de 1964 en su artículo 80 establece que el Tribunal aeronáutico —el competente para juzgar al polizón— se compondrá de un Presidente con categoría de General y cuatro vocales con la de General o Jefe. Parece que este Tribunal Aeronáutico no cumple el principio de unidad jurisdiccional establecido en la Constitución y al que nos hemos referido.

c) Ferrocarril.

En el transporte ferroviario el tratamiento jurídico de la persona que fraudulentamente viaja sin estar en posesión del título que para ello le legitima, difiere sustancialmente de cuanto hemos expuesto en relación con los transportes marítimos y aéreos. Y ello no sólo en cuanto a la valoración penal de los hechos, de lo que nos ocuparemos

en el epígrafe subsiguiente, sino por la articulación que el legislador ha arbitrado a efectos de que la situación del polizón pueda ser oportunamente regularizada. La primera meditación que se ofrece es si dicha regularización enerva las consecuencias jurídico-penales del polizaje o no.

El Reglamento de Policía de Ferrocarriles aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1878 dispone en su artículo 95 que el viajero que no presente el billete que le da derecho a ocupar un asiento en los trenes o que teniéndolo de clase inferior ocupe uno de los de superior, pagará en el primer caso el doble de su precio, según tarifa, y en el segundo dos veces la diferencia de su importe, a contar desde la estación en que verificó su entrada en los trenes hasta el punto donde termine el viaje. Al no justificar el viajero el punto de su entrada en el tren, el doble precio se evaluará por la distancia recorrida desde el sitio en que haya tenido lugar la última comprobación de billetes.

Las consecuencias económicas previstas en el precepto que se ha dejado transcrito pueden resultar muy escasas, más aún cuando las posibilidades de fraude se han visto aumentadas en determinados servicios ferroviarios, especialmente los llamados de cercanías, en los que pueden usarse del transporte sin proveerse previamente del billete adecuado. El legislador ha salido al paso de dicha situación estableciendo la percepción de una cantidad mínima con independencia de cuál fuere el doble del billete o del trayecto o de la diferencia de clase, siempre que esta suma duplicada resultare inferior al mínimo de referencia.

A tal efecto se promulgó el Decreto de 2 de abril de 1959 (20) que contiene un preámbulo realmente desafortunado. En él se dice que «el progresivo aumento de la afluencia de viajeros en las líneas ferroviarias, especialmente en los servicios de cercanía de los grandes núcleos urbanos, con la consiguiente dificultad para realizar una eficaz intervención en ruta, hace que la pequeña cuantía de la posible sanción, unida a la escasa posibilidad de que se haga efectiva, favorezca el que, de un modo deliberado, determinados viajeros se habitúen a hacer uso del ferrocarril sin el pago del debido billete».

A nuestro juicio este Decreto es digno de la mayor reprobación. En primer lugar, no modifica los artículos 95, 96 y 97 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles sino que autoriza para que sean modificados siempre que ello convenga, lo cual resta estabilidad a los preceptos y transfiere a un órgano legislativo inferior la potestad reglamentaria. Reconoce la impotencia de la organización del ferrocarril para evitar los fraudes y confía tan sólo en la represión para que éstos sean evitados, cuando puede pensarse que precisamente esa impotencia de los controles ferroviarios son la que fomenta el fraude. Y, por último, prejuzga muy aventuradamente que la percepción del recargo pecu-

(20) Decreto 475/59, de 2 de abril de 1959 autorizando a modificar los artículos 95, 96 y 97 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles. («Boletín Oficial del Estado», núm. 82, de 6 de abril de 1959).

niario sea la única sanción que puede recibir el polizón olvidando la teoría de que su actuar pueda ser constitutivo de estafa.

En la Tarifa General de Viajeros de RENFE (21) se establece que por los cobros que deban verificarse independientemente del despacho de billetes, bien en la estación de origen o en ruta, se entregará a los viajeros el suplemento respectivo, entendiéndose que la negativa al pago legal será considerada como defraudación, tanto cuando el viajero vaya sin billete u ocupe plaza superior a la de su clase, como cuando recorra más distancia que aquélla a que tenga derecho. De mediar esta negativa, los agentes de la RENFE someterán la cuestión al Interventor de Zona o, en su ausencia, a la autoridad que se halle presente, obligándose al viajero infractor a que abandone el tren, si insiste en su negativa, quedando facultado el agente de RENFE que disponga dicha medida para determinar la parada entre las previstas en el itinerario del tren en que deba tener lugar dicho abandono, sin perjuicio de proceder contra el viajero en la forma en que haya lugar.

Recojamos también lo que dispone el Convenio Internacional sobre Transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril de 7 de febrero de 1970 (CIV) (22) sobre la materia. Dice su artículo 8 que el viajero que no pueda presentar un billete válido estará obligado a pagar un recargo además del precio del viaje. Este recargo se calculará conforme a los reglamentos del ferrocarril en que exija el pago del mismo. Los billetes que hayan sufrido una modificación ilícita serán considerados como no válidos y retirados por el personal de servicio. El viajero que rehúse el pago inmediato del precio del viaje o del recargo podrá ser excluido del viaje. El viajero no excluido no podrá exigir que sus equipajes sean puestos a su disposición en una estación que no sea la de destino.

Este precepto internacional no hace referencia alguna a consecuencias penales de la actuación del polizón ya que ello entra en el área privativa de la soberanía de cada país signatario del Convenio y puede, en efecto, no tener un tratamiento uniforme.

El polizón viaja y lo es porque carece de título de transporte que le legitime como viajero. No ha formalizado contrato de transporte alguno con el porteador, la empresa ferroviaria. Sin embargo, cualquiera que sea su propósito sobre ello, se le otorga la oportunidad de regularizar su situación en cuanto al ferrocarril, satisfaciendo el doble de lo defraudado o una cantidad mínima convencional. El acceder a la propuesta que en tal sentido le hagan los agentes ferroviarios supone, de una parte, que ha formalizado el contrato de transporte y que nacen para el polizón todos los derechos contractuales que corresponden a cualquier viajero. Por otro lado, para el ferrocarril determina un enriquecimiento ya que no sólo percibe el importe de la tarifa reglamen-

(21) Tarifa citada. Capítulo VI. Disposiciones especiales. Número VI-3.

(22) Convenio Internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) firmado en Berna el 7 de febrero de 1970. Instrumento de ratificación por España de 13 de julio de 1974. «Boletín Oficial del Estado», núm. 21. de 24 de enero de 1975.

tariamente establecida sino otro tanto sobre ella o un mínimo si esta cantidad es de poca monta. El enriquecimiento del ferrocarril puede suponerse que es la compensación económica respecto del riesgo que ha padecido de no percibir la indicada tarifa.

Lo que sí debe quedar establecido es que las consecuencias penales que se deriven de la situación del polizón, si las hubiera, no desaparecen porque pague el doble de la tarifa o no. La estafa habrá o no existido. En caso positivo no desaparece porque abone el duplo o el mínimo ya que la vida del ilícito es completamente independiente de que regularice su situación con el porteador y, desde luego, evite el ser bajado del vehículo en que se encuentra y en el que desea continuar su viaje hasta el destino proyectado.

d) Mecánicos por carretera.

Las disposiciones que regulan esta materia en el transporte por carretera son muy parejas a las del ferrocarril que han quedado expuestas. Ya hemos citado el artículo 106 de la Real Orden de 22 de junio de 1929, según el cual en los puntos en que exista despacho de billetes, éstos se expenderán por orden de petición y el viajero tendrá que estar provisto del correspondiente que le autorice a ocupar asiento; a falta de él, estará obligado a descender del coche, y si la falta se nota en ruta, satisfará doble precio desde el origen de la línea hasta el punto en que termine el viaje.

4. ESTUDIO ESPECIAL DE LA ESTAFA

Según el artículo 528 del Código penal cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaños bastante para producir error a otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

El artículo siguiente, 529, establece que son circunstancias que agravan este delito las siguientes:

1.º Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.

3.º Cuando se realice con empleo de firma en blanco.

4.º Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.º Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con circunstancias personales de la víctima.

6.º Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

7.º Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.

8.º Cuando afecte a múltiples perjudicados.

Se trata de establecer si los hechos realizados por el polizón de un medio de transporte terrestre pueden o no ser incardinados dentro de la previsión del artículo 528 del Código penal que hemos dejado transcrito y habida cuenta de que su eventual conducta penal —nos referimos a los medios de transporte terrestre— no está prevista en ningún precepto de índole especial, según ocurre en los medios de transporte marítimos y aéreos.

Una constante y muy reiterada jurisprudencia referida a la anterior redacción del precepto penal que define la estafa ha admitido, sin duda, la comisión de este delito por parte del polizón. La doctrina no ha prestado con unanimidad su apoyo a esta tesis. El problema de si hay un daño patrimonial cuando un sujeto penetra en un local de espectáculo o viaje en un vehículo, dice Rodríguez Devesa (23), sin estar provisto de billete o entrada correspondiente (títulos de legitimación) ha de resolverse con arreglo a este criterio. Si no se ocasiona una disminución del patrimonio existente en el momento de realizar el hecho, o sea, si no se originan gastos adicionales a quien da el espectáculo u organiza el viaje, no puede hablarse de estafa por falta de perjuicio patrimonial, aunque haya mediado engaño, porque el engaño por sí mismo es un nada jurídico penal. Esto es particularmente claro en el polizonaje, es decir en el caso de viajeros sin billete que al utilizar los servicios del ferrocarril u otros de transporte no ocasionan ninguna merma en el patrimonio de las compañías que los explotan.

Adelantamos que la opinión de Rodríguez Devesa no es compartida por nosotros que estimamos que siempre existe un perjuicio patrimonial para el porteador causado por la actuación del polizón.

Cuello Calón (24) ha definido la estafa como el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño. Sujeto activo de la estafa puede ser cualquiera, salvo aquellos con cuya actuación se comete otro tipo de delito. Sujeto pasivo es la persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no siempre se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial. No importa que sea desconocida la persona defraudada. El interés aquí protegido es el conjunto de bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de «propiedad». El bien jurídico protegido en este delito, precisa Muñoz Conde (25) es el patrimonio, o mejor dicho cualquier elemento del patrimonio ajeno, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc. Al mismo tiempo se lesiona con la estafa la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el

(23) Vid.: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Madrid 1975, pág. 445.

(24) Vid.: EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. 18.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1975, tomo II, pág. 928.

(25) Vid.: FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla 1983, Editorial Universidad de Sevilla, pág. 243.

tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contratadas y que si, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero, si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político criminal perseguida con la tipificación del delito sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado, para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativa de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie, como en el polizonaje o la entrada gratuita en espectáculos.

Como ha podido verse, la opinión de Muñoz Conde abunda en considerar ajeno el polizonaje al delito de estafa.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 528 del Código penal para que exista estafa ha de concurrir ánimo de lucro por parte del sujeto activo, se ha de utilizar engaño bastante y este engaño ha de ocasionar errónea ilusión en otro induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

Siendo el engaño elemento esencial, dice Groizard (26), claro es que hay que suponer para admitir su eficacia determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia.

Este razonamiento debe ser tenido en cuenta respecto de los laxos sistemas de control que existen en determinados transportes, incitadores por sí sólo de la defraudación por parte de determinados pasajeros. Pero también debe tenerse en cuenta que el progreso dinámico del transporte y la agilidad con que todas sus operaciones deben llevarse a cabo, agilidad que, en definitiva, tiende a la eficacia del servicio público que se realiza y que favorece al propio usuario, no deben ser freno para la sanción de los fraudes. La buena fe debe fortalecerse con la adecuada corrección de las conductas ilícitas.

En cuanto al error el propio Antón Oneca (27) nos advierte que consiste en una representación mental que no corresponde a la realidad. En el caso del pasajero sin billete, habrá estafa cuando el sujeto haga creer al empleado que está provisto del billete oportuno, mediante la exhibición de uno no válido o afirmando que ya le ha sido revisado, o, mostrando un pase, se hace pasar por titular sin serlo realmente. Fuera de estos y análogos casos —sigue Antón Oneca— no debè calificarse

(26) GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Salamanca 1897, tomo VII, pág. 128 Citado por JOSÉ ANTÓN ONECA, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Voz: «Estafa», pág. 63.

(27) JOSÉ ANTÓN ONECA, *Op. cit.*, págs. 65 y 66.

la estafa porque la conducta del pasajero clandestino no ha causado error a ninguna persona. Frente a esta opinión se ha sostenido el error del cobrador o revisor porque éste tendrá la idea de que «todo iba en orden», de que todos los pasajeros irían provistos de billete, idea equivocada a cuyo mantenimiento habría dado lugar el polizón. También esta opinión ha tenido adherentes, y es la dominante en nuestra jurisprudencia. Pero el revisor no piensa que todo va en orden, sino que, por el contrario, ejercita una función basada en la desconfianza, que sería absolutamente innecesaria si todo fuera en orden. Más admitiendo, en último caso, que la representación del revisor fuera equivocada, lo evidente es que la conducta del polizón será objeto de la ignorancia del empleado, pero no su causa.

La cuestión cardinal parece centrarse en que la disposición patrimonial del engañado debe haber producido un perjuicio en el propio engañado o en un tercero, perjuicio que debe tener un carácter patrimonial. La estafa se consuma, según Muñoz Conde (28), con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. El perjuicio no desaparece por el reintegro de la cantidad defraudada; esto sólo, dice Cuello Calón (29), puede tener influjo en la responsabilidad civil proveniente del delito, pues el perjuicio debe referirse al momento de su comisión. Tampoco altera la naturaleza de esta infracción la indemnización posterior al hecho. La falta de perjuicio en el patrimonio ajeno excluye este delito.

Para Antón Oneca (30), el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio, ya del engañado que realiza el acto de disposición, ya de sujeto distinto. ¿Qué se entiende por patrimonio? Según la opinión dominante, está constituido por el conjunto de valores económicos pertenecientes a una persona. Significa el perjuicio un empeoramiento, valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto. Donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa. Si partimos del concepto económico, la estafa es un delito contra el patrimonio en general; lo importante es si esa generalidad ha sufrido mengua a consecuencia del acto de disposición. Basados en el concepto jurídico, sigue Antón Oneca, el bien protegido no es la totalidad, sino una parte concreta del patrimonio, una cosa mueble o inmueble, un derecho personal o real. Superpuestos ambos conceptos, vemos que no coinciden: conforme al primero, el delito se extiende por un lado; conforme al segundo, se extiende por el otro. Si aceptamos el económico, habrá estafa siempre que disminuyan los valores económicos de esta naturaleza ya sean efectivos, ya en perspectiva aunque no gocen de reconocimiento por parte del Derecho.

La actividad de todo porteador, independientemente de que se trate de la prestación de un servicio público, se realiza para percibir el importe que, con arreglo a tarifas preestablecidas, pertenece al mis-

(28) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*, pág. 248.

(29) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Op. cit.*, pág. 929.

(30) JOSÉ ANTÓN ONECA, *Op. cit.*, pág. 67.

mo. Dicha actividad tienen un contenido eminentemente económico y la utilización de los servicios del porteador por parte de cualquier usuario engendra para aquél el legítimo derecho a percibir el precio fijado. No satisfacer dicho precio y utilizar el servicio de traslación supone defraudar el derecho del transportista.

Las tarifas se confeccionan con la integración de determinados factores entre los que figuran no sólo el lucro que razonablemente ha de obtener el transportista como compensación a la actividad mercantil que realiza, sino también la suma de los costes que se derivan de la explotación. No abonar el valor del billete supone, pues, no sólo no remunerar la lícita actividad del transportista sino perjudicarlo emergentemente, ya que se ha consumido parte de aquello que el transportista ha tenido que proporcionar pagándolo de su propio peculio.

No es admisible el razonamiento de que, habiendo plazas libres en la expedición de referencia, el uso que ha hecho el polizón de los servicios del transportista, no ha supuesto merma alguna para éste. Ello es un argumento inválido. El polizón desea viajar y si no actuara como tal polizón sino como viajero normal, habría obtenido el necesario billete y habría abonado su importe. El polizón ha restado al porteador un viajero de pago: él mismo. Es precisamente en el valor del billete en lo que consiste la defraudación y, por ende, el perjuicio económico del porteador. El polizón viaja y no paga; si no fuera polizón, pagaría. Está mermando el ingreso del transportista; hayan o no plazas libre en el vehículo que sirve de medio de transporte al polizón.

El transportista ha elaborado un producto —asiento kilómetro— para venderlo. El utilizar dicho producto, apropiándose, aunque no impida a otra persona la venta, es una clara defraudación para el transportista que no lo hubiera elaborado sabiendo que sus servicios iban a ser utilizados sin satisfacer la remuneración establecida a su favor.

Independientemente de cuanto se lleva expuesto, hay otras razones para opinar que la actuación del polizón en el transporte terrestre debe ser adecuadamente sancionada, aunque este razonamiento no tenga influencia doctrinal en el ámbito penal. Si la conducta del polizón —engaño y maquinación y error del sujeto pasivo— tan sólo son causa de una deuda civil al no haber abonado el precio del transporte o es origen de una sanción administrativa, se está indudablemente fomentando el fraude. En la mayoría de los casos el polizón, por insolvencia o por defecto en el funcionamiento de los mecanismos adecuados, dejará de pagar lo que debe y su actuación no habrá recibido corrección alguna.

Lo que sí puede opinarse, sin reservas, es que, aunque el polizón abone duplicadamente el importe del billete o la cantidad mínima establecida como consecuencia de carecer del título que le legítima para usar del transporte, ello no le libera de la responsabilidad penal en la que haya podido incurrir. De la misma forma el que sea corregido penalmente no le exonerará del pago que del servicio que ha recibido

del transportista como consecuencia de haber realizado una traslación para la que carecía del legítimo título correspondiente.

5. CONCLUSIONES

Se estima que la denominación de polizón debe ser atribuida a toda persona que, sin estar en posesión de un título legítimo, utiliza los servicios de un transporte público con independencia del procedimiento de que se valga, y se trate de transporte marítimo, lacustre, fluvial, aéreo, ferroviario o terrestre por caminos ordinarios.

La figura del polizonaje atiende a la protección de los bienes jurídicos que no son coincidentes en cada uno de dichos transportes, ya que en algunos de ellos concurren circunstancias que a los otros son ajenas. Consecuencia de ello es que la regulación jurídica no deba ser la misma. El estado actual de la cuestión en el derecho positivo español es la adecuada, con independencia de los criterios que pueda recibir cada uno de los preceptos en que se incardina esta conducta.

En lo que atañe al transporte terrestre, la ausencia de una norma específica donde el polizonaje se incluya, tal como ocurre en el marítimo y en el aéreo, ha sido causa de que los hechos del polizón sean estimados como estafa. Aunque es constante la jurisprudencia en tal sentido, la doctrina ha ofrecido serios reparos a ello. Sería de desear, pues, que previas las elaboraciones consiguientes el polizón en el transporte terrestre recibiese el adecuado tratamiento penal mediante una norma específica desgajada del concepto genérico de la estafa aunque habiendo nacido del mismo.

En todo caso, el transportista no debe dejar de percibir el importe del billete del que carecía el polizón como consecuencia de su ilícita conducta. Los recargos que deba abonar por ella no supondrán extinción de la responsabilidad en que haya incurrido el polizón.

El transportista, amparado en una protección penal frente al polizón, no podrá actuar negligentemente, inhibiéndose de vigilancias y controles y haciendo así más factible la comisión del acto ilícito.

