

MANIPULACIONES DE TARJETAS MAGNÉTICAS EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

*Alberto Suárez Sánchez**

INTRODUCCION

No es necesario resaltar el ostensible y voluminoso incremento de la utilización de las tarjetas de crédito y débito en el tráfico mercantil, económico y financiero en las últimas décadas, por su triple función como instrumento de pago, crédito, garantía y obtención de dinero efectivo, pues los cajeros automáticos facilitan la extracción de dinero a los clientes de bancos e instituciones de ahorro y crédito las veinticuatro horas de los siete días de la semana, gracias a tales tarjetas que están provistas de una banda magnética que registra datos personales del cliente y la clave secreta o número personal secreto de identificación (PIN).

Sin embargo, son varias las hipótesis de utilización indebida de tarjetas magnéticas que invaden el mercado: a) adquisición engañosa de tarjeta de crédito o débito; b) utilización abusiva por el titular de la tarjeta magnética; c) utilización de la tarjeta falsa en cajero automático; d) utilización de la tarjeta obtenida ilícitamente o extraviada por su titular; y e) utilización abusiva de tarjeta por la persona tenedora de la misma. Esto, sin perjuicio de que puedan darse otras modalidades de utilización indebida de tarjetas de crédito o débito.

* Profesor de Derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

Las distintas modalidades de utilización abusiva de tarjetas magnéticas han dado lugar entre la doctrina y la jurisprudencia a una gran controversia, causada de manera especial por la variada y abundante cantidad de tarjetas que son usadas en el moderno tráfico comercial que auspicia la aparición de numerosos comportamientos ilícitos de diversa adecuación en el Código Penal y que no permite un tratamiento unívoco¹.

A continuación me referiré a cada una de las modalidades de empleo ilícito de las tarjetas magnéticas.

1. ADQUISICIÓN ENGAÑOSA DE LA TARJETA DE CRÉDITO O DÉBITO

Si el sujeto utiliza maquinación fraudulenta, como aparentar una falsa solvencia económica, para inducir en error a la entidad crediticia y obtener la tarjeta de crédito o débito, y la asignación de un cupo crediticio, con el propósito desde el principio de adquirir bienes, servicios o dinero, a sabiendas desde entonces de que no realizará el pago correspondiente por su incapacidad económica, o porque su finalidad es la de perjudicar a la entidad emisora de la tarjeta, no hay duda de que es autor del delito de estafa si luego de adquirida la tarjeta la usa para obtener bienes o servicio, y/o la utiliza en cajeros automáticos, y no cumple el pago respectivo.

Se dan todos los elementos del tipo objetivo del delito de estafa, porque al utilizar el titular la tarjeta y no pagar el importe respectivo a la entidad bancaria o crediticia que la ha emitido, la que debe pagar la suma respectiva a quien entregó el producto o prestó el servicio que constituye el negocio jurídico que da lugar a la suscripción del respectivo comprobante de pago, el autor utiliza el artificio o engaño que conduce a error a la víctima y obtiene el provecho patrimonial con perjuicio para el emisor de la tarjeta. Concurren los elementos del tipo objetivo, así:

- a. Se da la maquinación fraudulenta porque el beneficiario de la tarjeta de crédito o débito y del cupo de crédito respectivo aparenta una solvencia económica a fin de ocultar la incapacidad de pagar el crédito o disimula el deseo de no pagar en el futuro, pues desde el principio sabe a ciencia cierta que no pagará lo que obtuviere a través de la utilización de la tarjeta.
- b. El autor dirige el ardid a hacerle creer al emisor que estará en condiciones de pagar el crédito adquirido por el uso de la tarjeta de crédito o débito, el que bajo tal convencimiento procede a expedir la tarjeta y a otorgar el crédito.

1 GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *Fraude informático y estafa*, aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 474.

c. El sujeto obtiene un provecho ilícito cuando usa la tarjeta para obtener productos, servicios o dinero, y no en el momento en que la recibe y obtiene la autorización para usarla, pues el delito de estafa no se realiza en su totalidad por el simple empleo del ardid. Si no se obtiene el provecho porque el titular de la tarjeta no la usa, el comportamiento es atípico.

d. La ilícita utilidad que obtiene el autor causa un perjuicio correlativo para el sujeto activo, que en este caso no lo es quien entrega un producto o presta un servicio sino la entidad emisora de la tarjeta porque ésta hará el pago respectivo. El perjuicio se causa no cuando el embaucador obtiene la tarjeta, sino cuando hace uso del crédito otorgado para pagar la contraprestación de un beneficio recibido por el mismo.

e. Los anteriores elementos se dan de manera concatenada, es decir con relación de causalidad, porque la maniobra engañosa utilizada por el sujeto activo ha producido error y éste determina la futura prestación patrimonial provechosa para aquél y perjudicial para la víctima.

Si para inducir en error a la entidad a fin de que se le expida la tarjeta de crédito o débito el autor presenta ante los funcionarios documentos falsos, se da el concurso entre el delito de estafa y el de falsedad en documento privado, y/o falsedad en documento público, pues es criterio unánime tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales que no se realiza un concurso aparente de tipos o de normas sino un concurso efectivo entre el delito patrimonial y el delito contra la fe pública.

Con todo, puede ocurrir que el sujeto obtenga la tarjeta sin el empleo de maquinación engañosa para inducir en error al emisor de la misma, pues las instituciones bancarias y financieras son cada día más laxas en la exigencia de requisitos y en la confirmación de los datos suministrados por el futuro cliente por razón de la competencia entre ellas, que las lleva a ofrecer tarjetas de crédito o débito a quien no las ha solicitado o a aumentar por su propia iniciativa el cupo del crédito de los titulares, sin consultar de manera previa la capacidad de endeudamiento de su beneficiario.

Si la institución le ofrece la tarjeta a quien no la ha solicitado, no hay duda de que asume el riesgo de que el cliente le cause perjuicio económico en el futuro, además, aquél no ha empleado artificio o engaño para inducir en error al emisor de la tarjeta.

Si el sujeto al solicitar la tarjeta de crédito o débito suministra información falsa sobre su solvencia económica para engañar a la entidad emisora, la que no es diligente en la constatación de la veracidad o incorrección de los datos informados por el peticionario y accede a la expedición y entrega de la misma, asignando al titular un determinado cupo de crédito, también hay que afirmar que aquélla de manera voluntaria asume el riesgo de que el cliente no le pague sus deudas. En tal evento no hay delito de estafa si el deudor no pagare las obligaciones contraídas a través de la utilización de la tarjeta para la adquisición de productos, servicios y dinero, pues el Derecho Penal no puede ocuparse de proteger bienes jurídicos de cuya tutela se despreocupa el titular, que nada hace para salir de un estado de error.

Hoy no se discute por la doctrina que lo que caracteriza a la estafa frente a los demás delitos patrimoniales es su naturaleza de delito de relación entre la víctima y el sujeto activo, y que por tal razón el tipo penal exige que la víctima contribuya de manera efectiva a su consumación², a quien de una u otra manera se le imputa cierta corresponsabilidad³, dado que la víctima tiene deberes de autoprotección el Derecho Penal no ofrece una tutela ilimitada.

Justo la victimodogmática se ocupa de analizar las repercusiones de toda clase que podría tener para el Derecho penal la circunstancia de que un delito pudiera ser a veces consecuencia de la interacción entre víctima y autor⁴, al admitirse que la conducta desplegada por la víctima en la realización de un delito puede generarle cierta corresponsabilidad junto al autor, al no cumplir con las medidas de autoprotección que le eran propias, lo cual en algunos casos daría lugar a extinguir la responsabilidad del autor al negarse la producción del resultado a la conducta que con antelación había creado el riesgo para causarlo⁵, y en otros casos permitiría atenuarla, pues se considera que no se puede atribuir la responsabilidad sólo a uno de los sujetos prescindiéndose de la actuación del otro⁶.

De acuerdo con el enfoque victimodogmático el engaño no puede considerarse suficiente para inducir o mantener en error a la víctima ni conlleva el riesgo necesario para tener significación según el sentido del tipo penal de la estafa, cuando dicho engaño sea evitable de manera fácil por la víctima al activar los mecanismos de autotutela que le sean exigibles para el caso concreto, dado que la negligencia de la víctima en la custodia de sus bienes jurídicos da lugar al incremento del riesgo de lesión inherente a la conducta del autor, el que sólo le es imputable al ámbito de competencia de aquella⁷.

En tales condiciones para que el Derecho Penal pueda ocuparse de sancionar un artificio o engaño de acuerdo al delito de estafa es necesario demostrar que el destinatario de la maquinación fraudulenta colocó las barreras de protección que le eran exigibles, pues si la víctima no hubiese tomado precauciones para evitar el engaño o para exudar del mismo (como salir de la duda, por ejemplo), por una exagerada confianza o negligencia, la producción del resultado le sería imputada a la misma y no a quien creó la situación

-
- 2 SILVA SÁNCHEZ, J. M. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimodogmática", en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. xv, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 29.
 - 3 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa, en Cuadernos de Política Criminal núm, 50, 1993, p. 531.
 - 4 SILVA SÁNCHEZ, La consideración del comportamiento de la víctima... *Op. cit.*, pp. 16, ss.
 - 5 GALÁN MUÑOZ, A. El Fraude y la estafa informática mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 411,
 - 6 SILVA SÁNCHEZ, La consideración del comportamiento de la víctima... *Op. cit.*, p. 21.
 - 7 CHOCLÁN MONTALVO, J. A. El delito de estafa, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p., 119.

de error no superada por la desidia del engañado. De acuerdo con esta postura el delito de estafa no tiene la función de sancionar la producción de daños patrimoniales que hubieran sido evitables de manera fácil por su titular⁸. Se entiende, entonces, que el daño patrimonial causado en tales circunstancias debe ser imputado a la conducta negligente de la víctima del engaño y no al engaño previamente hecho por un tercero, en especial en aquellos supuestos en los que el sujeto receptor del engaño y supuesta víctima del mismo tenía una determinada posición que le obligaría a ser diligente. Por tanto, el daño patrimonial que, en el evento analizado, el titular de la tarjeta y beneficiario del crédito causare, deberá ser imputado a la conducta negligente de la víctima del engaño.

2. UTILIZACIÓN ABUSIVA POR EL TITULAR DE LA TARJETA MAGNÉTICA

En el clausulado fijado en el correspondiente contrato por la entidad emisora de la tarjeta de crédito o débito para la utilización de la misma, se advierte sobre la prohibición de obtener dinero de los cajeros automáticos en exceso del cupo de crédito otorgado; para evitar la superación de los límites de los créditos se programan los cajeros, que en la mayoría de los casos no entreguen más dinero del cupo previsto.

Esta modalidad con dificultad hoy puede tener ocurrencia por la implantación de los denominados sistemas conectados *on line*, que reciben y almacenan de manera instantánea las operaciones realizadas por cada cliente y dan las instrucciones respectivas a todos los terminales de los cajeros automáticos, además de que permiten guardar en su memoria la relación de las tarjetas anuladas por la entidad crediticia que las ha emitido, cualquiera que sea la razón; por tanto estos sistemas impiden el logro de la extracción de dinero del cajero en exceso de la suma autorizada⁹.

A pesar de que la denominada tecnología de punta dificulta en gran medida la utilización de las tarjetas magnéticas por el titular en exceso del límite del crédito otorgado, pueden darse las siguientes situaciones:

- Que el empleado de la institución que ha expedido la tarjeta entregue una suma de dinero superior al crédito concedido, en cuyo caso ha de entenderse que el acreedor ha ampliado de forma unilateral el cupo del crédito para el respectivo periodo (el mes en curso).

8 MUÑOZ CONDE, F. J. Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios, en CDI, núm. XI, CGPJ, Madrid, 1995, p. 149, dice que no hay razón para que el banco que fue flexible en el otorgamiento de un crédito al no analizar la capacidad de pago del deudor se muestre como víctima de un delito de estafa.

9 GALÁN MUÑOZ, El fraude...*Op. cit.*, p. 745.

- Que el titular de la tarjeta vigente la utilice como forma de pago de un producto o servicio. En este caso ha de entenderse que el cliente sólo ha infringido sus obligaciones contractuales al rebasar el límite crediticio otorgado, y ha adquirido una obligación crediticia superior a la autorizada.
- Que el legítimo tenedor de la tarjeta de crédito o débito al utilizarla en un cajero automático, por fallas en el sistema informático, como un error momentáneo en la programación o funcionamiento del mismo, o la transitoria interrupción de la conexión permanente de los terminales al sistema central (sistema *offline*), obtenga la entrega de una suma superior a la autorizada, a sabiendas de que supera el crédito otorgado.

En este caso la conducta es atípica. En efecto, no hay delito de estafa porque al exigir el tipo penal que la inducción o mantenimiento en el error ha de hacerse “a otro” no puede darse tal inducción o mantenimiento en el error respecto de una máquina¹⁰, además en tal caso no se engaña a una persona natural o física, que en situación de error realice el acto de disposición patrimonial perjudicial para la víctima y provechoso para el autor¹¹.

El tipo penal de la estafa exige, de un lado, la producción de dos resultados intermedios: 1) El de la inducción o el mantenimiento a otro en error como consecuencia del empleo del artificio y el engaño; y 2) el de la causación de un perjuicio que se concreta en la realización del acto de disposición patrimonial; del otro lado exige la producción de un resultado final: la obtención del provecho patrimonial. Y, en el caso expuesto no se da el resultado intermedio de la inducción o mantenimiento a otro en error.

No hay hurto en tal evento porque el cajero actúa de acuerdo a la programación hecha por los encargados de su control, es decir, por los funcionarios de la entidad bancaria; dado que el cliente ha utilizado la tarjeta legítima vigente y su clave secreta, ha de concluirse que está autorizado para operar el cajero, y si le es entregada la suma solicitada ello debe ser imputado a la conducta negligente de la víctima, como antes se dijo.

No puede decirse que en tal caso se da la defraudación de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, porque para la tipicidad de esta conducta se requiere que el objeto material entre bajo la posesión del sujeto activo por error ajeno o caso fortuito, del cual se apropia; lo que implica que el autor no ha de realizar ninguna actividad positiva

10 SUÁREZ SANCHEZ, A. La estafa informática, en Derecho Penal y Criminología, núm. 81, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 212.

11 GUTIÉRREZ FRANCÉS, FRAUDE. informático... *Op. cit.*, p. 473, dice que cuando se manipula una máquina cuya finalidad es la de suministrar algún bien o servicio, previo pago de una cantidad, dicha actividad no debe entenderse como engañosa frente a la máquina sino frente a quien preparó el mecanismo automático. Sostiene además, *Ibid.*, 470, que el acto de disposición patrimonial por el titular del bien entregado por la máquina se produce con anterioridad a la efectiva obtención del mismo de parte de quien realizó la manipulación, por lo que la disposición patrimonial la hace el hombre y no la máquina, razón para afirmar que no se trata de un acto de apropiación sino de una auténtica estafa.

encaminada a lograr que la cosa ingrese a su esfera de poder, pues si lo hace se daría otro delito patrimonial, como la estafa o el hurto, por ejemplo. Si el titular de la tarjeta magnética la emplea en cajero automático y obtiene una suma de dinero que excede el cupo de crédito es claro que realiza una actividad encaminada a obtener tal extracción, cuya posesión obtiene no por error ni por caso fortuito. Por tanto, la comentada conducta no es típica de aquella defraudación patrimonial.

- Si el sujeto agente utiliza una tarjeta legítima que le ha sido entregada por alguna entidad bancaria, financiera o comercial, luego de que ha sido informado de que ha *caducado* o le ha sido *cancelada*, incurre en el delito de estafa si le hace creer de manera errada al receptor de dicha tarjeta que la misma está vigente, el que entrega el dinero, el producto o presta el servicio a quien utiliza de manera fraudulenta una tarjeta respecto de la cual tuvo autorización para hacerlo y causa perjuicio patrimonial a un tercero. Desde luego que si el receptor de la tarjeta magnética no es diligente para averiguar sobre su vigencia y la existencia de cupo de crédito disponible, el daño patrimonial causado debe ser imputado a la conducta negligente de la víctima del engaño y no al engaño previamente hecho por un tercero, de acuerdo con lo ya expuesto.

- Huelga decir que si el titular ignora que la tarjeta ha caducado o que le ha sido cancelada y la utiliza para obtener productos, servicios o dinero, la conducta es atípica por ausencia del tipo subjetivo.

- Si el titular de la tarjeta magnética de crédito o débito cancelada o caducada la utiliza en cajero automático, pueden darse las siguientes situaciones:

a. Que el autor con ignorancia de que la tarjeta le ha sido cancelada o de que está caducada, ante el error del transmitente por fallas en el sistema informático obtiene la entrega de una suma de dinero, la que no devuelve al banco o a la entidad crediticia luego de comprobado el error. La conducta es atípica por los motivos expuestos a continuación.

En este caso no hay delito de estafa por las razones antes señaladas de que no puede inducirse o mantenerse en error a una máquina.

El sujeto no es autor del delito de hurto porque al desconocer que la tarjeta está caducada o cancelada no encamina su conducta a apoderarse de cosa mueble ajena, lo que pone de manifiesto la ausencia del respectivo tipo subjetivo, pues no existe el propósito de obtener provecho ilícito ni la conciencia y la voluntad de apoderarse de una suma de dinero ajena.

A pesar de que luego de retirado el dinero el sujeto se entera de que la tarjeta le había sido cancelada o ha caducado, no se da la defraudación de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito porque el sujeto ha realizado una actividad dirigida a lograr la extracción de una suma de dinero del cajero, y de acuerdo a lo antes analizado para la tipicidad de esta conducta se requiere que el objeto material entre bajo la posesión del

sujeto activo por error ajeno o caso fortuito sin previa realización de maniobra alguna de su parte.

b. Que el titular de dicha tarjeta con conocimiento de que la misma ha sido cancelada o está caducada la use en cajero automático, en el que luego de pulsar la clave secreta solicita la entrega de una suma de dinero que le es dada porque en ese momento se ha presentado un error en el sistema y el aparato no rechaza la operación ni retiene la tarjeta.

En este caso el sujeto es autor del delito de hurto simple (art. 239 CP) porque se apodera de una cosa mueble ajena (el dinero) con fines de lucro. Si bien es cierto que la tarjeta es auténtica también lo es que ha perdido su vigencia y que no está autorizado su tenedor para operar el cajero, porque el banco o la entidad que la expidió de manera unilateral dio por terminado el contrato respectivo y no es su voluntad otorgar crédito a quien fue su titular. Situación esta diferente a la del titular de la tarjeta no caducada ni cancelada que la usa para retirar dinero del cajero automático excediendo el cupo de crédito, quien sí tiene vigente la autorización de utilizarla.

En el supuesto planteado no se da el delito de hurto calificado por la superación de seguridades electrónicas u otras semejantes (art. 240.4 CP) porque quien utiliza la tarjeta auténtica y la clave secreta es la persona que en su momento fue autorizada para ello por el emisor; de modo que de parte del autor, para el perfeccionamiento del apoderamiento de la cosa muebles ajena, no se realiza ninguna actividad encaminada a superar los medios de defensa privados colocados por el sujeto pasivo para lograr guarecer de mejor manera sus bienes.

Si el titular de la tarjeta magnética cancelada o caducada intenta extraer dinero del cajero sin la obtención del resultado buscado porque el aparato retiene o rechaza la tarjeta, incurre en una tentativa imposible de un delito de hurto, dado que es inidónea para producir un daño patrimonial.

3. UTILIZACIÓN DE TARJETA FALSA EN CAJERO AUTOMÁTICO

En esta modalidad se dan dos conductas diversas: la confección de la tarjeta fraudulenta y la utilización posterior de la tarjeta manipulada, que ameritan ser analizadas por separado.

3.1 LA CONFECCIÓN DE TARJETAS FALSAS

Las tarjetas manipuladas previamente en los datos de identificación de su titular y/o los códigos electrónicos de sus bandas magnéticas a fin de que sean aceptadas por el lector o el terminal de punto de venta (TPV), suelen ser utilizadas para realizar defraudaciones. Para la manipulación de tales tarjetas los delincuentes acuden a diversas técnicas, como

alterar los datos de su titular y/o el número de cuenta corriente en una tarjeta genuina, sustraída o extraviada, o incorporar en el soporte plástico o en la banda magnética los datos personales de quien va a utilizarla junto con otros obtenidos de tarjetas auténticas, con procedimientos como el de colocar un segundo lector en el cajero automático de una sucursal bancaria que grabará los datos de sus clientes, por ejemplo.

La tarjeta de crédito o débito consta de dos partes: a. el soporte material (el plástico) en el que se incorporan datos como el nombre del tarjeta-habiente, el número de la tarjeta, la fecha de vencimiento y datos de la entidad emisora, cuya lectura la puede hacer cualquier persona que la tenga a su alcance; y b. la banda magnética que contiene datos que no pueden ser visualizados.

La tipificación del delito de falsedad documental depende de que la conducta falsaria se realice sobre la parte plástica o la magnética de la tarjeta, por las siguientes razones:

Al definir el artículo 294 del Código Penal colombiano como documento para efectos de la ley penal “toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”, describe como documento la declaración de voluntad de una persona materializada en datos, hechos o narraciones que tenga eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica. La finalidad del documento es cumplir tres funciones¹²:

- a. *La función probatoria.* El documento tiene como función transmitir un determinado contenido y una concreta manifestación al exterior, de modo que debe contener una o varias expresiones de voluntad, atribuibles a determinada persona, que tengan eficacia probatoria o relevancia jurídica.
- b. *La función de perpetración.* El documento es medio de duración y consolidación de su contenido. La declaración de voluntad no tendrá relevancia si no se exterioriza de alguna forma que permita ser conocida tanto por sus destinatarios directos como por todos quienes participen en el tráfico jurídico.
- c. *La función de garantía.* La declaración de voluntad recogida en el documento ha de atribuirse a un determinado autor, quien debe ser conocido o conocible.

En tales condiciones no hay duda de que la parte plástica impresa de la tarjeta de crédito o débito es un documento, pues se trata de una expresión de persona conocida o conocible recogida por un soporte material que incorpora datos que tienen capacidad probatoria, y además cumple la triple función antes descrita. Por tanto, la falsificación de los datos contenidos en el soporte plástico de la tarjeta, cuya lectura es fácil, da lugar a tipificar el delito de falsedad en documento privado.

12 Cfr: NUÑEZ CASTAÑO, E. La estafa de crédito, Valencia, Tirant Monografías, 1998, p. 191.

Con todo, esta solución no es aplicable cuando la falsificación se hace respecto de la banda magnética, porque la ley penal colombiana ha acogido una concepción restringida de documento al exigir para su existencia un soporte corporal estable que exprese o materialice datos o hechos, atribuible a una persona y cuyo autor pueda ser conocido o cognoscible, con idoneidad probatoria, y en tal noción no pueden ser subsumidos los datos consignados en las bandas magnéticas.

Como el artículo 294 del CP exige la incorporación de datos o hechos de forma fija en una cosa corporal que permita su visualización, con cierta duración en el tiempo, los datos archivados de forma electromagnética en la citada parte de la tarjeta no son comprendidos por aquella norma, porque no son legibles al no estar estampados en un escrito o en medio mecánico o técnicamente impreso ni en soporte material, y porque a pesar de que la percepción es posible cuando se utiliza el computador al aparecer reflejados en la pantalla del mismo, sólo en ese momento puede considerarse documento por constar ahí sí en un soporte duradero; de modo que los signos electrónicos recogidos en una cinta magnética no constituyen en sí mismos un documento en sentido penal.

En tales condiciones la falsificación de los datos incorporados en la banda magnética de la tarjeta no es típica del delito de falsedad documental.

Urge por tanto una reforma penal que dé herramientas para castigar tales comportamientos, que podrían ser típicos de falsedad en documento si se dispusiere considerar documentos las tarjetas magnéticas, pues quedarían comprendidas en tal asimilación no sólo los datos impresos en la parte plástica sino también los consignados en la banda magnética de la tarjeta.

Otra solución sería la de considerar moneda a las tarjetas de crédito o débito, que permitiría adecuar en el tipo del delito de falsificación de moneda (art. 273 CP) la falsificación de dichas tarjetas magnéticas, con independencia de la parte de la tarjeta afectada por la conducta de falsificación (el soporte plástico o la banda magnética), como lo hace el Código Penal español, que considera moneda a las tarjetas de crédito, débito y los cheques de viaje (art. 387 CP Español), lo que permite adecuar en el tipo penal de la falsificación de moneda y efectos timbrados, (art. 386 CP Español) la fabricación de tales tarjetas magnéticas. Tal asimilación no sería absurda ni exagerada porque a las tarjetas de crédito o débito se las considera “dinero plástico” al usarse como medios de pago, pero mientras no exista un precepto que la disponga de manera expresa no es posible hacerla por vía interpretativa, so pena de conculcar los principios de legalidad y taxatividad penal.

Respecto de la regulación por la legislación penal española de la falsificación de las tarjetas magnéticas como falsificación de moneda, vale la pena destacar que a pesar de que la confección de una tarjeta de crédito falsa, por cualquier procedimiento, se

venía castigando en España como delito de falsedad en documento mercantil¹³, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Acuerdo no jurisprudencial de 28 de junio de 2002¹⁴, al fijar el alcance del concepto de falsificación de moneda del artículo 386 del CP de 1995 cuando se trate de falsificación de tarjetas de crédito o débito, en razón de que el artículo 387 del CP a los efectos del artículo antes citado considera moneda las tarjetas de crédito, débito y los cheques de viajero, dispuso: “Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de ‘dinero de plástico’, que el art. 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la ‘banda magnética’ de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal”.

También se pronuncia el pleno de manera favorable “a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del recurso de casación, se acuda a tenor de lo dispuesto en el art. 4.3 del Código Penal al Gobierno de la nación exponiendo la conveniencia de la inclusión, en el Código Penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la decisión marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea ‘Sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo’, de fecha 28 de mayo de 2001”¹⁵.

De acuerdo con el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, la alteración de datos contenidos en la banda magnética de una de las citadas tarjetas debe ser penada por el delito

13 SSTs de 25 de abril de 1996 y 22 de diciembre de 1998, por ejemplo.

14 El sendero trazado por dicho Acuerdo ha sido acogido por la jurisprudencia, como lo hace la del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de julio de 2002 que declara acertada la calificación como falsificación de moneda hecha por el Tribunal de instancia a los hechos que consistieron en copiar el contenido de las bandas magnéticas originales de varias tarjetas de crédito, en el momento de la utilización por los titulares en un determinado establecimiento comercial, y en reproducir dicha información en la banda magnética en blanco de otras tarjetas expedidas a nombre de otras personas, para luego utilizar las tarjetas falsificadas en la realización de diversas compras. El Tribunal desecha el argumento expuesto por el recurrente en el sentido de que no se había realizado una “fabricación” de moneda sino sólo una adulteración o manipulación de tarjetas ya existentes, que debía ser incardinada en la falsedad documental, para lo cual el juez de segunda instancia reproduce el antes citado Acuerdo no jurisprudencial de 28 de junio de 2002, recalcando que “precisamente el elemento esencial de la tarjeta es la banda magnética y la voluntad del legislador no parece otra que la de la severa represión de estas acciones, atendiendo a la importancia económica actual de las tarjetas como instrumentos de pago”. En igual sentido SSTs de 26 de septiembre de 2002, 18 de octubre de 2003, 25 de noviembre de 2003 y 17 de junio de 2004, entre otras.

15 El art. 2 de dicha Decisión Marco dispone que “cada estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada, al menos con respecto a tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques y letras de cambio”, y señala entre tales conductas la falsificación o manipulación para su utilización fraudulenta; medidas que debían ser adoptadas por los estados miembros para el cumplimiento de lo establecido en tal Decisión a más tardar el 2 de junio de 2003 (art. 14).

de falsificación de moneda del artículo 386 CP. Español en la modalidad del numeral 1º y no como falsedad documental descrita en los artículos 390 y ss. Sin embargo, las penas previstas en el artículo 386 CP “parecen pensadas para la moneda metálica y el papel moneda de curso legal como se infiere de la fijación de una multa proporcional al valor de los efectos del delito, por lo que sería aconsejable la creación de unos tipos de falsedades referidos a estos instrumentos en particular”¹⁶.

3.2 LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS FALSIFICADAS

a. La utilización de la tarjeta falsa como medio engañoso

Esta modalidad se da cuando el sujeto utiliza una tarjeta falsificada, mediante la exhibición de la misma ante una persona, quien extiende el respectivo comprobante de pago con la convicción de que la tarjeta es auténtica.

Si el autor utiliza una tarjeta de crédito o débito falsa para obtener la entrega del producto o el dinero, o la prestación del servicio codiciado, al hacerle creer a quien realiza el acto de disposición que la tarjeta es legítima, su conducta da lugar a tipificar el delito de estafa, porque la utilización de tarjeta falsa constituye la maquinación fraudulenta que induce en error a la víctima y determina la realización del acto de disposición patrimonial perjudicial para el sujeto pasivo (la entrega del objeto o el dinero, o la prestación del servicio) y provechoso para el autor; salvo que la persona encargada de realizar la transacción sea imprudente al no adoptar la más mínima diligencia con miras a comprobar la coincidencia de identidad entre el titular de la tarjeta y quien la presenta, mediante la exigencia de la exhibición de un documento de identificación y/o el cotejo de firmas de la tarjeta y el comprobante de pago, por ejemplo, en cuyo caso se debe negar la existencia de la estafa si se demuestra que la diligencia mínima de quien cumple la transacción le hubiera puesto de manifiesto la maniobra fraudulenta, como antes se dijo.

Es posible que para utilizar la tarjeta falsa no sea necesaria de parte de autor ninguna otra conducta falsaria encaminada a engañar a la persona que ha de aceptarla como medio de pago, como cuando coinciden los datos visibles de la tarjeta con los del comprador, que lleva al vendedor a creer que aquél es el verdadero titular y a realizar el acto de disposición patrimonial perjudicial. En este caso el delito de falsificación de la tarjeta magnética (falsedad material en documento privado) concurre con el de estafa.

16 ORTS BERENGUER, E/ROIG TORRES, M. Delitos contra la intimidad, utilización fraudulenta de tarjetas de crédito y falsedad en documento electrónico: análisis de casos, en Incorporación de las nuevas tecnologías en el comercio: Aspectos legales, en Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 112-

Este concurso es real. No se da un concurso aparente de tipos o de normas porque la alteración del soporte material constituye un acto diferente del de la posterior defraudación y además se produce la afectación de dos bienes jurídicos distintos.

Si la utilización de la tarjeta falsa va acompañada de otra conducta falsaria encaminada a engañar a la persona que ha de aceptar el pago electrónico, como la de la falsificación del documento de identificación o del comprobante de pago (al imitar la firma del librador), además de la falsificación de la tarjeta (falsedad en documento privado) y la estafa se da también un delito de falsedad material en documento público (si se falsifica el documento de identificación) u otro de falsedad en documento privado (si se falsifica el comprobante de pago o justificante de compra), o ambos si se falsifican el documento público y el mercantil, cuya pena se impone de acuerdo al concurso efectivo de delitos.

b. La utilización de la tarjeta falsa en cajeros automáticos

Se descarta la comisión del delito de estafa en los casos de utilización de tarjeta de débito o crédito falsa en cajero automático para el retiro de dinero, porque el autor no induce en error a una persona sino que manipula una máquina¹⁷, salvo opinión doctrinal minoritaria que asimila la manipulación de la máquina a la acción de engaño¹⁸ y considera que el acto de disposición es hecho por la víctima con antelación a la realización de tal manipulación.

Ha de analizarse, entonces, la viabilidad de adecuar tal conducta en el delito de hurto.

El art. 240.4 de la Ley 599 de 2000, establece como forma de hurto calificado el apoderamiento de cosa mueble ajena mediante la superación de seguridades electrónicas u otras semejantes, porque al legislador le interesa sancionar de manera más drástica las conductas de apoderamiento realizadas mediante el vencimiento de los obstáculos que el titular del derecho patrimonial ha colocado para una mejor preservación de los bienes.

Son seguridades electrónicas aquellos mecanismos que de manera automática funcionan ante la presencia de cualquier estímulo, como por ejemplo las alarmas. Se superan las seguridades electrónicas cuando se vencen aquellos sofisticados medios privados de

17 BACIGALUPO ZAPATER, E. Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados, en Poder Judicial, núm. Especial IX, Madrid, 1988, 90; ROMEO CASABONA, C. M. Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos, en Poder Judicial, núm. Especial IX, Madrid, 1988, p. 116.

18 Por todos DE LA MATA BARRANCO, N. J. Utilización abusiva de cajeros automáticos, en Poder Judicial núm. Especial IX, Madrid, 1988, pp. 170, ss.

defensa que han sido colocados por el titular de la relación posesoria para dificultar o evitar el apoderamiento de las cosas¹⁹.

Ante los novedosos y avanzados sistemas de seguridad pueden ser consideradas seguridades semejantes a las electrónicas, las electromagnéticas, las elaboradas con fundamento en datos personales de identidad como el análisis del iris del ojo, la huella dactilar, la identificación de voz humana, etc.

Las seguridades privadas colocadas por los bancos y demás entidades financieras para proteger los dineros depositados en los cajeros automáticos consisten en la cerradura de la puerta de acceso al lugar donde se encuentren los aparatos y el bloqueo del sistema al que se tiene acceso mediante la introducción de la tarjeta magnética y la pulsación de la clave secreta. Quien sólo penetra al habitáculo donde está el cajero y no ingresa el número secreto respectivo no logra el ingreso al sistema informático y no puede apoderarse del dinero ajeno. Lo que significa que la utilización de la tarjeta falsa sólo le facilitará al sujeto acceder al teclado del cajero pero no entrar al sistema y, por tanto, que tal uso no implica aún la superación total de las defensas privadas instaladas por el titular del bien jurídico; pero si la utilización de la tarjeta magnética va acompañada de la pulsación del número secreto, no hay duda de que se supera la seguridad electromagnética impuesta por la institución bancaria y que se da una de las causales de calificación del hurto.

El legislador penal colombiano acertó al redactar la cláusula de calificación del hurto mencionada, porque su inexistencia sólo permitiría calificar como hurto simple la conducta de quien mediante la utilización de tarjeta magnética falsa lograrse el apoderamiento de dineros ajenos.

Como el Código Penal colombiano no considera llaves falsa a las tarjetas magnéticas o perforadas, como lo hace, por ejemplo, el español (art. 239 CP), la utilización de la misma para ingresar al receptáculo que resguarda el cajero no configura por sí sola la causal de calificación descrita en el artículo 240.4 del CP, que también señala como forma de calificación del hurto la utilización de llave sustraída o falsa.

Nada impide la apreciación de este delito en el grado de tentativa si el autor de la manipulación de la tarjeta falsificada ejecuta una acción idónea para apoderarse de una suma de dinero de la cuenta de otro y no logra disponer del metálico por motivo ajeno a su voluntad, como cuando es descubierto en el instante en que se dispone retirar el numerario luego de haber introducido la tarjeta, pulsado el número secreto y solicitado la suma respectiva.

19 SUÁREZ SÁNCHEZ, A. DELITOS contra el patrimonio económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, 323.

Si a pesar de haber intentado obtener el dinero, la operación no se lleva a cabo por circunstancias como la no disponibilidad de saldo en la cuenta o la utilización de una clave secreta errada, por ejemplo, se está ante una tentativa imposible impune, dado que la acción no tiene la capacidad de producir el resultado prohibido.

4. LA UTILIZACIÓN DE TARJETA OBTENIDA ILÍCITAMENTE O EXTRAVIADAS POR SU TITULAR

- Cuando el sujeto le hace creer a quien le entrega el producto o el dinero, o le presta el servicio, que la tarjeta le pertenece, no obstante que se trata de tarjeta auténtica obtenida por medios ilícitos como hurto, extorsión o estafa, por ejemplo, o extraviada por su titular, con relación al provecho que obtiene es autor del delito de estafa, porque la emplea como artificio o engaño para inducir en error a la víctima, a quien le hace creer que la tarjeta le pertenece, situación de error que motiva la realización del acto de disposición perjudicial par aquella; salvo, como se ha repetido, que la persona receptora de la tarjeta no aplique diligencia para comprobar la veracidad de los datos, como la de exigirle al tenedor de la misma la exhibición de un documento de identificación y la de hacer el cotejo de firmas estampadas en la tarjeta y en el comprobante de pago, por ejemplo.

- Si el sujeto agente utiliza la tarjeta obtenida ilícitamente para retirar dinero de un cajero automático, se plantean las mismas posibles soluciones dadas a la utilización de tarjeta magnética falsa en cajero. En efecto, ha de descartarse la existencia del delito de estafa común porque el autor no induce en error a una persona sino que manipula una máquina y el acto de disposición patrimonial no lo realiza una persona sino la misma máquina manipulada.

La utilización de tarjeta magnética obtenida por medios ilícitos para la extracción de dinero de cajero automático da lugar a la consumación del delito de hurto calificado por la ya referenciada causal descrita en el artículo 240, numeral 4 del CP, por superación de seguridades semejantes a las electrónicas, que en este caso se trataría de seguridades electromagnéticas. Me remito a los mismos argumentos expuestos antes con relación a la utilización de tarjeta de crédito o débito falsa para la obtención de dinero en cajero automático.

Sin embargo, vale la pena analizar varios casos en los que el hurto calificado por la modalidad comentada puede concurrir de manera real con otros hechos punibles. Tales supuestos son:

a. Si para la consecución de la tarjeta magnética se emplea violencia sobre las cosas, como romper el mueble donde la tiene guardada su titular, se daría el delito de hurto calificado por la violencia (art. 240.1 CP) respecto del apoderamiento de dicha tarjeta, cuya cuantía se determinaría por el valor del plástico impreso. Si luego el autor de tal apoderamiento utiliza la tarjeta para la extracción de dinero de cajero se dan dos deli-

tos diferentes: el del hurto calificado por la violencia respecto del apoderamiento de la tarjeta magnética y el del hurto calificado por la superación de seguridades semejantes a las electrónicas con relación al dinero extraído del cajero. No puede decirse que se trate de un solo hecho, que el delito posterior subsuma al anterior y se esté ante un concurso aparente de tipos penales, pues se trata de dos comportamientos cuya pena se dosifica conforme a las reglas del concurso efectivo (art. 31 CP), que en este caso sería un concurso real. Este concurso en otras legislaciones, como la española (art. 77), por ejemplo, se denomina *medial*, que se da cuando un delito sea el medio necesario para la comisión de otro, pues en este evento el apoderamiento previo de la tarjeta magnética es indispensable para la ulterior sustracción de dinero del cajero.

b. Si el apoderamiento de la tarjeta de crédito o débito se obtiene mediante el empleo de violencia sobre las personas se daría la modalidad del hurto calificado descrita en el artículo 240, inciso 2 del CP, que tiene señalada una pena mayor de la de las otras formas de hurto calificado. Si el autor luego de apoderarse con violencia sobre las personas de la tarjeta ejecuta el retiro de dinero en el cajero, lo mismo que en caso inmediatamente anterior, realiza otro delito de hurto calificado (art. 240.4) que concurre con el anterior.

c. Si el sujeto mediante violencia obtiene del titular de la tarjeta de crédito o débito la clave secreta de acceso al cajero automático incurre en el delito de constreñimiento ilegal (art. 182 CP), porque mediante coacción obtiene que otro haga algo, que se concreta en la comunicación de tal clave; en este caso no se da el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas porque el autor no se apodera de cosa mueble ajena, calidad que no tiene dicha clave secreta. Este delito concurre con el de hurto calificado por el artículo 240.4 del CP si luego el mismo autor obtiene el retiro de dinero de cajero automático, por las razones antes expuestas.

d. Si el sujeto agente mediante violencia sobre el titular de la tarjeta de crédito o débito le conduce al cajero automático en donde le obliga a pulsar la clave secreta luego de introducir la tarjeta en el mismo, se daría el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas. En este caso no se da la causal de calificación de vencimiento de seguridades semejantes a las electrónicas, porque tal superación es la concreción de la violencia física o moral que se ejerce sobre la víctima, la que es subsumida por la causal de calificación del hurto más grave que es la de violencia sobre las personas; el concurso es sólo aparente.

e. Si el autor retiene, arrebató, oculta o sustrae a la persona titular de la tarjeta magnética para conducirla a varios cajeros en los que le obliga, a cambio de su libertad, a pulsar la clave secreta, se daría la modalidad conocida en nuestro medio como “el paseo millonario”, en la que se perfeccionaría el delito de secuestro extorsivo (art. 169 CP, modificado por el art. 2 de la Ley 733 de 2002) porque el autor realiza la conducta contra la libertad individual con el fin de obligar al secuestrado a “hacer algo” que consiste en entregar unas sumas de dinero; secuestro que se agrava conforme al artículo 170.8 *ibidem* porque en tal caso el autor logra la utilidad perseguida.

En este supuesto no se dan las comentadas modalidades del delito de hurto calificado: No la de violencia sobre las personas porque la coacción que se ejerce sobre el secuestrado para que retire el dinero a fin de obtener su libertad, que da lugar al secuestro

extorsivo, subsume la violencia propia de aquella modalidad del hurto calificado, pues castigar al autor por los dos delitos (secuestro extorsivo y hurto calificado) que se caracterizan por lesionar la libertad individual se traduciría en la violación del principio *non bis in ídem*; tampoco se da la causal de superación de seguridades semejantes a las electrónicas porque tal vencimiento es la materialización de la fuerza que se ejerce sobre la víctima para que haga algo a fin de recobrar su libertad. Por consiguiente, en tal supuesto sólo se tipifica el delito de secuestro extorsivo agravado (art. 170.8 CP), respecto del cual concurre de manera aparente el de hurto calificado.

f. La obtención ilícita de la tarjeta de crédito o débito puede realizarse a través de comportamiento que constituya delito patrimonial diferente al del hurto (en los casos ya vistos), como el de extorsión si se constriñe al titular a entregar la tarjeta o el de estafa si se obtiene mediante maquinación fraudulenta. En todo caso se da un concurso real con el posterior delito de hurto calificado por la superación de las comentadas seguridades.

Sobra comentar que la obtención de la tarjeta ajena por un medio que constituya delito no puede ser considerada como indicativa del momento consumativo del delito cometido por la efectiva sustracción del dinero²⁰, pues si, por ejemplo, una persona se apodera de una tarjeta y la utiliza para retirar dinero de un cajero automático, el delito de hurto calificado por la superación de seguridades semejantes a las electrónicas se entiende cometido en el momento en que aquélla obtiene el dinero y no cuando sustrae la tarjeta.

5. UTILIZACION ABUSIVA DE TARJETA POR LA PERSONA TENEDORA DE LA MISMA

En esta modalidad pueden darse dos hipótesis: a) que la persona a quien se le ha confiado la tenencia material de la tarjeta la utilice sin autorización de su titular; y b) que la persona facultada para utilizarla se exceda en su uso.

En la primera hipótesis hay que distinguir dos situaciones:

a- Si la persona a quien se le ha confiado la guarda o tenencia de la tarjeta de crédito o débito sin el consentimiento del titular la utiliza ante un tercero para la obtención de un servicio o producto, se realiza el delito de estafa, porque a aquél le induce en error y obtiene un provecho con perjuicio patrimonial para el mismo. Podría darse un concurso real o material con el delito de hurto agravado por la confianza respecto de la tarjeta

20 BACIGALUPO ZAPATER, Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados... *Op. cit.*, pp. 89 y 94, sostiene que la sustracción de la tarjeta es un hecho distinto y autónomo respecto del de la extracción del dinero del cajero, que daría lugar a una falta de hurto consumada, por el escaso valor patrimonial de la tarjeta, que concurre (concurso medial) con la lesión patrimonial causada por el retiro del dinero ajeno.

magnética, si la persona a quien se le ha puesto en contacto material con la tarjeta no solo la utiliza en la forma comentada sino que también se apodera de la misma.

b- Si la persona a quien se le ha confiado la tarjeta magnética conoce la clave secreta y sin el consentimiento del titular la utiliza para retirar dinero del cajero automático en perjuicio del tarjeta-habiente, se tipifica el delito de hurto calificado por la superación de seguridades semejantes a las electrónicas (art. 240.4 CP), de acuerdo con lo antes expuesto, el que no es agravado por la confianza porque al autor no se le ha confiado el dinero del cual se apodera sino sólo la tarjeta. Este delito concurriría de manera material con el de hurto agravado por la confianza cuyo objeto material es la tarjeta, si el tenedor también se apodera de la misma.

c- Si la persona facultada para hacer uso de la tarjeta la utiliza en exceso al retirar más dinero de lo autorizado y se apodera del mismo, como cuando el jefe le confía al mensajero la tarjeta para que retire una suma de dinero y el empleado extrae una suma superior para apoderarse del excedente, no se da el delito de hurto calificado por la superación de seguridades electromagnéticas porque el titular de la tarjeta la ha confiado, lo mismo que la clave secreta, a quien las usa. En este caso se da el delito de hurto agravado por la confianza y se descarta el de abuso de confianza, porque en éste delito el sujeto agente está en una relación jurídica con la cosa por ser mero tenedor, mientras que en el de hurto agravado por la confianza el ladrón no tiene esa relación sino un contacto físico, una proximidad espacial, que es el que tiene el mensajero en el caso planteado.