

LAS CONDUCTAS PREVIAS AL USO FRAUDULENTO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO Y SUS CLAVES, TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.009

En particular, la falsificación y sustracción de dichos
instrumentos de pago

Edmundo Esbry Arteaga¹

Abogado. Alumno del Programa de Magíster en Derecho Público de la Universidad de los
Andes
edmundoesbry@gmail.com.

¹ Abreviaturas: CA: Corte de Apelaciones; CP: Código Penal; JG: Juzgado de Garantía; L.O. 5/2010: Ley Orgánica de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español; Rit: Rol interno del Tribunal; Ruc: Rol único de causas; SBIF: Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile; TJOP: Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.

RESUMEN

El presente artículo examina las conductas previas al uso fraudulento de las tarjetas de crédito o débito, particularmente en lo relativo a la falsificación y sustracción de estos instrumentos de pago. El trabajo se inicia con una exposición general de las materias abordadas por la Ley N° 20.009 y su artículo 5°, que establece el tipo penal de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito. A continuación, se efectúa un análisis general del tipo objetivo del artículo 5°, procurando exponer algunos aspectos críticos del precepto objeto de estudio. Finalmente, se aborda el tema del objeto material del delito y las conductas previas a su uso, esto es, tanto la falsificación como la sustracción de tarjetas.

Palabras clave: *tarjetas de crédito, tarjetas de débito, sustracción y falsificación de tarjetas, tipo objetivo.*

ABSTRACT

This article examines conduct prior to the fraudulent use of credit or debit cards, particularly the forgery and theft of these means of payment. The paper begins with a general explanation of the matters addressed by Law 20009 and by article 5 of that law, which stipulates the offenses for fraudulent use of credit or debit cards. It then generally analyzes the objective offense according to article 5 and explains some critical aspects of this rule of law. Finally, the paper addresses the issue of the material object of the crime and the conduct prior to use of that object, i.e., both the forgery and theft of cards.

Keywords: *credit cards, debit cards, card theft and forgery, objective offense.*

1. Introducción. El contexto de la ley n° 20.009 y el tipo penal del artículo 5°

En términos generales, podemos afirmar que la Ley N° 20.009, publicada en el Diario Oficial el 1 de abril de 2005, aborda dos cuestiones: la primera, como su nombre lo indica, consiste en limitar la responsabilidad del tarjetahabiente (expresión que comprende tanto al titular como al adicional de la tarjeta) en los casos de extravío, robo o hurto de una tarjeta de crédito, sea que estas hayan sido emitidas por instituciones bancarias, o bien que se trate de tarjetas emitidas por casas comerciales. Para estos efectos, la normativa establece los supuestos en los cuales el usuario puede dar el aviso respectivo (robo, hurto o extravío), el procedimiento que debe seguirse en estos casos, las medidas que el emisor debe adoptar con la finalidad de permitir que el usuario efectúe el aviso de forma expedita y las consecuencias que produce el aviso (obligación de bloqueo inmediato por el emisor y exención de responsabilidad del tarjetahabiente por las operaciones efectuadas con posterioridad al aviso).

La segunda materia es de carácter penal, y mediante la incorporación de un precepto específico, el artículo 5°², el legislador tipificó una serie de conductas delictivas asociadas a las tarjetas de crédito o débito y sus claves. De este modo, se busca sistematizar en un solo precepto diversas conductas ilícitas vinculadas a estos instrumentos de pago.

De la *Historia de la Ley N° 20.009* se desprende que, inicialmente, el proyecto apuntaba únicamente a cautelar el patrimonio de los usuarios de tarjetas de crédito y débito, limitando la responsabilidad de estos frente a usos indebidos cuando se daba el aviso respectivo al emisor de la tarjeta. El artículo 4° del proyecto de la moción presentada por la Cámara de Diputados establecía la responsabilidad penal del tarjetahabiente por el uso fraudulento de la tarjeta bloqueada, haciendo remisión a las normas del párrafo 8° del Código Penal (“Estafas y otros engaños”)³. No se trataba de la creación de un nuevo tipo penal, sino de una remisión que resultaba hasta cierto punto redundante, desde que la

² Artículo 5°: “Las siguientes conductas constituyen delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito:

- a) Falsificar tarjetas de crédito o débito.
- b) Usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito falsificadas o sustraídas.
- c) Negociar, en cualquier forma, con tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.
- d) Usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente a su titular.
- e) Negociar, en cualquier forma, con los datos o el número de la tarjeta de crédito o débito, para las operaciones señaladas en la letra anterior.
- f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes.

La pena por este delito será de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros”.

³ Señala este artículo 4°: “El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda por el uso fraudulento de la tarjeta bloqueada, conforme a lo dispuesto en el párrafo 8° del Título IX del Libro Segundo del Código Penal no de lo dispuesto en el inciso siguiente”.

conducta descrita podía ser incriminada en algunos de los tipos penales ya existentes sin necesidad de mención expresa.

El actual artículo 5° se generó en virtud de una indicación efectuada en el Senado, la indicación N° 8 del senador Lavandero⁴, la que posteriormente fue objeto de modificaciones en el sentido de agregar como objeto material del delito las tarjetas sustraídas, además de las falsificadas. Junto con ello, el verbo “negociar” fue tratado en literales diversos, incluyéndose en el nuevo precepto la figura del uso fraudulento de una tarjeta bloqueada, que antes de la modificación se contemplaba en el artículo 4° del proyecto⁵. Al margen de las objeciones que puedan dirigírsele a la disposición penal objeto de estudio, lo cierto es que nuestro ordenamiento penal no ofrecía una protección adecuada a las principales hipótesis delictivas asociadas al uso indebido de estos instrumentos de pago.

Como modalidad de pago, la doctrina ha distinguido tres tipos de usos: los pagos en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y las conductas abusivas en cajeros automáticos. El uso fraudulento de las tarjetas, asimismo, puede implicar la aplicación de algún tipo penal relativo a las falsedades⁶. Como lo ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, ni los delitos informáticos que describe la *Ley N° 19.223* ni los delitos de falsedad, principalmente las documentales señaladas en los párrafos 4°, 5° y 6° del Título IV del Libro II del Código Penal, permiten abarcar este tipo de ilícitos. En el caso de los delitos contra la propiedad y el patrimonio, particularmente los de hurto, robo con fuerza en las cosas y estafa, respectivamente, su aplicación resultaba bastante discutida y, en todo caso, la tipicidad de dichas conductas podía apreciarse con mayor nitidez solo en ciertos supuestos⁷.

⁴ *Historia de la Ley N° 20.009*, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004, p. 61. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/10161/1/HL20009.pdf>. [Consulta: 10 de octubre de 2012]

⁵ *Historia de la Ley N° 20.009*, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004, p. 68.

⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo y JAVATO MARTÍN, Antonio, “Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 20, (2009), p. 38.

⁷ Al respecto en nuestra doctrina, véase por todos HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, en *Política Criminal*, 5, vol. 3, (2008), pp. 1-38. Disponible en: www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf. [Consulta 10 de abril de 2013]. El trabajo de Hernández se enfoca en las siguientes hipótesis de uso indebido de la tarjeta: 1) obtención indebida de dinero en cajeros automáticos (o de bienes en expendedores automáticos), 2) obtención indebida de servicios en expendedores automáticos y 3) obtención indebida de objetos o servicios en transacciones comerciales con interacción personal. De acuerdo con este autor, en relación con los cajeros automáticos, el único delito que podría estimarse sería el de robo con fuerza en las cosas, siempre que se acepte la equiparación de la tarjeta a una llave (concepto funcional) y en los casos en que dicha llave se emplee para ingresar al habitáculo o lugar donde esté situado el cajero; para la obtención indebida de servicios en expendedores automáticos, la conclusión es la impunidad de las conductas por falta de tipicidad; en tanto que para las operaciones comerciales con interacción de personas se acepta, en

2. Consideraciones Generales Sobre El Tipo Objetivo Del Artículo 5° De La Ley N° 20.009

2.1. El artículo 5° como delito con pluralidad de hipótesis

El artículo 5° de la Ley N° 20.009, describe, bajo la denominación de “delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito”, una serie de conductas que, hasta cierto punto, pueden ser consideradas como diversas. Así, desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, la hipótesis de la letra a) consistente en falsificar tarjetas de crédito o débito tendría como objeto jurídico, en principio, la fe pública; la sustracción de tarjetas, como alternativa señalada en las letras b) y c), puede constituir un atentado contra el derecho de propiedad; en tanto que el uso de estos instrumentos (o sus claves) seguido de un perjuicio patrimonial puede considerarse como un delito contra el patrimonio.

Esta diversidad de hipótesis se manifiesta tanto en los diversos verbos empleados (falsificar, negociar, usar, vender, exportar, importar o distribuir), como en las modalidades de ejecución de los verbos (así, la conducta de usar puede recaer en una tarjeta falsificada o sustraída o en los datos de ellas).

De este modo, el tipo penal establece una *figura mixta alternativa*, toda vez que las diversas conductas son equivalentes entre sí, y a todas ellas subyace una finalidad común, como lo es la tipificación de las principales hipótesis delictivas vinculadas a las tarjetas de crédito, de débito o sus claves⁸. La concurrencia simultánea de estas conductas, por ejemplo falsificar y usar la tarjeta, debe tratarse como un concurso aparente de leyes penales⁹.

2.2. El objeto jurídico. El problema de la determinación del bien jurídico tutelado

La determinación del o los bienes jurídicos protegidos por el artículo 5° es un asunto que se presenta especialmente problemático. De ello da cuenta la diversidad de criterios que ha adoptado nuestra jurisprudencia en los fallos que exponemos *infra*¹⁰. No obstante lo discutible que puede resultar el concepto mismo del bien jurídico¹¹, la importancia de su determinación es, a nuestro entender, trascendental, debido a las

principio, la posibilidad de aplicar el tipo penal de estafa, en la medida en que el vendedor tenga deberes de verificación que condicionan su responsabilidad en la transacción.

⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, I, pp. 225-226.

⁹ HERNÁNDEZ (2008), p. 37.

¹⁰ Al respecto, véase GRUNEWALDT, Andrés, “El delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito en la jurisprudencia nacional”, en *Boletín de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público*, 11, (2006), pp. 7-18.

¹¹ Para una visión actual sobre la cuestión del bien jurídico, véase HEFENDEHL, Roland, *et al.*, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 478 pp.

importantes funciones dogmáticas que desempeña el objeto jurídico en el tipo objetivo¹². La posición de nuestros tribunales ha decantado en la mayoría de sus fallos por la fe pública como bien jurídico; sin embargo, existen diversas sentencias que indican objetos jurídicos de protección diversos, tales como el patrimonio, el orden público económico, el derecho personal de crédito y el derecho de propiedad.

En esta indeterminación pueden influir diversos factores. En primer lugar, podemos señalar uno de carácter sistemático-legal. En efecto, la ubicación del precepto en una ley especial impide valorar la correspondencia de las conductas típicas con alguno de los títulos del Código Penal, por lo que no parece posible sopesar el argumento sistemático en la labor interpretativa¹³. En el caso del Derecho Penal español, el argumento sistemático es susceptible de valoración, y en consecuencia, puede plantearse la corrección de la ubicación de los preceptos incorporados mediante la *L.O. 5/2010*. En concreto, el legislador español incriminó expresamente la utilización ilícita de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje en el *Capítulo VI, De las defraudaciones*, creando un tipo penal específico (*artículo 248.2.c CP español*)¹⁴. Por su parte, para la falsificación de estos instrumentos de pago se creó la *Sección 4ª bis*, en el *Capítulo II*, relativo a las falsedades documentales, trasladando el tipo penal desde la falsificación de moneda (antiguo *artículo 387 CP español*)¹⁵ a la falsificación de documentos (actual *artículo 399 bis CP español*)¹⁶.

¹² La doctrina señala que el objeto jurídico cumple tres funciones: a) Función sistemática, en cuanto los Códigos Penales parten con este factor para agrupar los delitos en cada uno de sus libros y títulos, b) Función de guía de la interpretación, ya que una vez determinado el bien jurídico por el delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico. En estos casos faltaría la antijuridicidad de la conducta, y c) Función de criterio de medición de la pena, en virtud del cual la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 160-164).

¹³ Con todo, es innegable que este criterio no es en modo alguno definitivo en la determinación del objeto jurídico. En este sentido, se afirma que en nuestro Código Penal los delitos fueron ubicados con criterios pragmáticos “que si bien pueden vincularse en ocasiones con los bienes jurídicos, no es algo absoluto, y aún a veces aproximado” (GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, III, p. 13).

¹⁴ Artículo 248: “1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa: c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”.

¹⁵ Artículo 387: “A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional, las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”. Con la modificación de la *L.O. 5/2010* se suprimió la equiparación de las tarjetas a la moneda de curso legal, aspecto que había sido criticado por la doctrina de ese país. Señala el actual artículo 387: “A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”.

Adicionalmente, la diversidad de conductas que contempla el artículo 5° permite adelantar la conclusión de que no estamos en presencia de un delito simple, sino ante uno compuesto, en el que se protegen varios bienes jurídicos. De esta forma, la falsificación de tarjeta constituye un delito de lesión a la seguridad del tráfico jurídico y la fe pública, al mismo tiempo que comporta un delito de peligro para el derecho de crédito del titular de las tarjetas. Cuando de la realización de alguna de las conductas ilícitas descritas se sigue un perjuicio para terceros, además de la tutela al tráfico jurídico se resguarda el patrimonio del tarjetahabiente, el de la entidad emisora o establecimiento afiliado, según las circunstancias del caso concreto. Es decir, todo parece indicar que el propósito del legislador de reunir en una sola norma las diversas conductas ilícitas asociadas a estos instrumentos de pago redundaba en la construcción de un delito pluriofensivo que contempla más de un objeto jurídico protegido.

Finalmente, el estado de incertidumbre se ve abonado por el escaso desarrollo dogmático de los posibles bienes jurídicos en juego, lo que se refleja en una jurisprudencia oscilante al momento de tomar una posición. Algunas de las sentencias que pasamos a exponer dan cuenta del estado de la cuestión a nivel jurisprudencial.

En una de las primeras resoluciones que se pronunciaron sobre la materia, consignamos la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar¹⁷, en adelante TJOP, para quien el bien jurídico protegido por este delito es el patrimonio.

Este fallo fue posteriormente revocado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso¹⁸, a partir del entendimiento de que los tipos penales de apropiación indebida y uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito del artículo 5° de la Ley N° 20.009 protegen bienes jurídicos diversos: el patrimonio en el primer caso y la fe pública en el segundo: "6°. *Que de lo expuesto fluye que en la especie se trata de dos tipos penales diferentes, con valores protegidos distintos, como quedara suficientemente establecido en la sentencia recurrida; 7° Que Muñoz, o quien haya clonado la tarjeta, afectó la fe pública en instrumentos como la tarjeta, por un*

¹⁶ Artículo 399 bis: "El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Se impondrá la misma pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años".

¹⁷ TJOP de Viña del Mar, 25 de febrero de 2006, Rit N° 01-2006, Ruc N° 0500281323-K, citado por GRUNEWALDT, p. 8.

¹⁸ CA de Valparaíso, 11 de abril de 2006, Rol N° 246-2006, citado por GRUNEWALDT, pp. 9-8 y disponible en: [microjuris, CL/JUR/770/2006](http://microjuris.cl/JUR/770/2006). [Consulta 11 de octubre de 2012]

lado, y por otro, afectó el patrimonio de la empresa propietaria del automóvil, y a otras personas a las que engañó. Como consta de la sentencia, a la fecha de ésta, tal empresa no había recuperado el vehículo; 8°. Que, no puede aplicarse en la especie la pretendida absorción, puesto que los dos tipos penales se vieron agotados, y no puede afirmarse que la clonación, o el uso malicioso de la tarjeta sea necesariamente preparatoria del otro; ambas figuras son independientes, con la sola consideración que perjudicaron a personas distintas, a saber, el titular de la tarjeta clonada y la firma dueña del vehículo entregado;”.

En un sentido similar al anterior, citamos la sentencia de la CA de Santiago¹⁹, que vincula la fe pública, como bien jurídico protegido por el delito, a la estabilidad de las transacciones comerciales: *“Quinto: Que el bien jurídico protegido por el legislador al estatuir la conducta de la letra b) del artículo 5° de la Ley N° 20.009 es la fé (sic) pública, imprescindible para la estabilidad de las transacciones comerciales, de allí que se castigue en dicho precepto a quien use, exporte, importe o distribuya tarjetas de crédito o débito falsas con la penalidad de presidio menor en cualquiera de sus grados, la cual deberá aplicarse en su grado máximo ‘si la acción delictiva realizada produce perjuicio a terceros”*.

La ausencia de una postura jurisprudencial consolidada sobre el tema se hace ostensible en dos fallos del Tercer TJOP de Santiago²⁰, dictados con menos de un mes de diferencia, en los cuales se señalan objetos jurídicos diversos para el tipo penal en estudio. Así, el primero de ellos sostiene que el bien jurídico protegido es la fe pública: *“...en el parecer de estos magistrados, el bien jurídico que ha querido proteger el legislador al estatuir en esta norma, ha sido la fe pública, castigando con ello la falsedad, toda vez que los CUATRO ACUSADOS no siendo los titulares legítimos de las tarjetas bancarias de propiedad del occiso, las utilizaron y se sirvieron de ellas de manera ilegítima y dolosa consiguiendo para sí los dineros pertenecientes a la víctima don Pedro Mattar Oyarzún”* (considerando 41°). Posteriormente este mismo Tribunal²¹, cambiando de criterio, estima que lo protegido es el orden público económico: *“El objetivo es proteger la confianza en los instrumentos de créditos para las transacciones comerciales y, por tanto, el bien jurídico protegido es el orden público económico y ello se logra si se le da la utilidad que corresponde de acuerdo a su naturaleza, porque de esa forma sólo puede ponerse riesgo el bien jurídico protegido y no con la mera tenencia”* (considerando 4°).

Por último, se debe señalar una sentencia del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago²², que indica como bien jurídico protegido el derecho de propiedad: *“...este sentenciador considera además que los delitos de Uso de Tarjeta de Crédito Falsificada causando*

¹⁹ CA de Santiago, 18 de octubre de 2006, Rol N° 1864-2006, disponible en: microjuris.cl/IUR/3256/2006. [Consulta 11 de octubre de 2012]

²⁰ Tercer TJOP de Santiago, 22 de agosto de 2006, Rit N° 116-2006, Ruc N° 0500315210-5, citado por GRUNEWALDT, p. 9.

²¹ Tercer TJOP de Santiago, 12 de septiembre de 2006, Rit N° 195-2006, Ruc N° 0500353082-7, citado por GRUNEWALDT, p. 9.

²² Décimo Cuarto JG. de Santiago, 25 de julio de 2006, Rit N° 3042-2005, Ruc N° 0600343931-1, citado por GRUNEWALDT, p. 9.

Perjuicio, descrito y sancionado en el artículo 5° letra b) de la Ley 20.009, como el delito de Receptación, descrito y sancionado en el artículo 456 bis a) del Código Penal, son delitos de la misma especie, es decir, afectan al mismo bien jurídico siendo en el caso concreto la finalidad de ambos tipos penales la protección del derecho de propiedad” (considerando 11°).

2.3. El objeto material del delito: la exclusión de todo instrumento de pago que no encuadre en el concepto tarjeta de crédito o débito

El objeto material del precepto aparece claramente circunscrito: tarjetas de crédito y tarjetas de débito falsificadas o sustraídas, además de sus claves (datos o número de la tarjeta en los términos del artículo 5°).

Se trata de *elementos normativos del tipo* cuyo alcance debe ser determinado conforme a valoraciones jurídicas. A dicha tarea nos abocaremos en el apartado 2. Por ahora interesa destacar las consecuencias interpretativas que derivan de un objeto material que se limita estrictamente a determinados medios de pago.

La más relevante consiste en la exclusión del ámbito de aplicación de la norma de todo medio de pago que no se ajuste a los conceptos de tarjetas de crédito o de débito²³.

La restricción del objeto material del delito ha motivado reparos por parte de la doctrina, en cuanto no existirían diferencias sustanciales cuando se afecta el patrimonio con una tarjeta de crédito o débito, de cuando se lo lesiona con tarjetas de prepago, de monedero u otros medios de pago similares²⁴.

²³ Como señala HERNÁNDEZ (2008), pp. 18-23, el legislador chileno optó por un modelo de tipificación que se estructura rígidamente a partir del objeto material “tarjeta de crédito o débito”, procurando incriminar de forma conjunta una serie de conductas asociadas a ese objeto específico. Este es el sistema que adopta el Derecho Federal estadounidense y posteriormente el Derecho Penal italiano. De frente a este modelo de intervención legislativa se encuentra el adoptado por el Derecho Penal alemán, que se basa en negar relevancia conceptual propia al objeto tarjeta, tipificando genéricamente las conductas abusivas que pueden afectarlo también, junto a otros posibles objetos, estimando sus particularidades solo en la medida de lo estrictamente indispensable. En el caso del Derecho Penal español, con la reciente reforma operada por la L.O. 5/2010, la incriminación de los ilícitos vinculados a las tarjetas de crédito o débito se inscribe nítidamente en la línea del Derecho Penal chileno.

²⁴ En la doctrina española encontramos la objeción formulada por MATA Y MARTÍN, Ricardo, “Infracciones Penales con Tarjetas de pago”, 2012, inédito: “Por otra parte se vincula la acción punible al empleo exclusivamente de ciertos medios de pago y no de otros. El tipo penal incluye la utilización de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje. Se desconoce el motivo por que otro tipo de medios de pago –incluso desarrollados mediante procedimientos tecnológicos–, no se incluyen o la razón por la que entre las tarjetas se seleccionan únicamente las de débito y crédito. Tanto desde el punto de vista del sistema de abono del pago como del soporte tecnológico existen otros tipos de tarjetas que, salvo razón no conocida, deberán entenderse excluidas”. En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, Carmen, “Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Iustel, 2011, v. I, t. III, p. 364.

En consecuencia, la comisión de ilícitos a través de instrumentos de pago diversos a los señalados debe ser reconducida a otros tipos penales.

2.4. Clasificación del artículo 5° en relación con el resultado material

En doctrina se suele distinguir entre delitos de mera actividad y delitos de resultado material, por una parte, y delitos de peligro y de lesión, por otra²⁵. Consideramos que las hipótesis contenidas en las letras a), b), c), d), e) y f) de la norma en comento se configuran como delitos de mera actividad, mientras que el inciso final constituye un delito de resultado material, cuyo resultado externo está configurado por la producción de un perjuicio a terceros.

Desde esta perspectiva, las referidas hipótesis se perfilan como figuras simples, en tanto que el inciso final es una figura calificada, ya que el perjuicio constituye una circunstancia que incide en una penalidad mayor para este tipo de conductas.

Desde luego, el legislador no definió qué debía entenderse por perjuicio ni tampoco indicó quién debía ser considerado como tercero. La jurisprudencia también se ha mostrado dubitativa en este aspecto, conforme tendremos la ocasión de apreciarlo en las sentencias que se citarán *infra*. En nuestro concepto, el perjuicio señalado por la disposición debe ser de carácter patrimonial, conclusión que se extrae de la dinámica propia de la operación con tarjetas de crédito (y de débito) que implica la celebración de varios contratos que están vinculados entre sí para la obtención de una finalidad económica común²⁶. Como señala Hernández, por perjuicio a terceros “*debe entenderse simplemente perjuicio patrimonial a otro, distinto del propio agente*”²⁷.

En cuanto al momento en que debe entenderse configurado el perjuicio material, nuestra jurisprudencia mayoritaria exige la verificación de un menoscabo material, una disminución efectiva del patrimonio. En materia de estafa, tanto doctrina como la jurisprudencia mayoritaria indican que el perjuicio debe ser *real y efectivo*. Por tal razón, se entiende que el solo hecho de contraer una obligación, con el correlativo aumento del pasivo en el patrimonio de la víctima, no configura automáticamente el perjuicio típico.

²⁵ Es importante tener presente esta diferenciación, por cuanto las categorías a menudo se confunden. En este sentido, en ocasiones se incurre en el error de identificar los delitos de lesión con los de resultado material. Los delitos de mera actividad y de resultado material se vinculan con el objeto material, mientras que los de peligro (concreto y abstracto) se relacionan con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Al respecto, véase VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho Penal práctico. Teoría del delito con casos*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010, pp. 40-41.

²⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Tarjeta de crédito bancaria*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 13.

²⁷ HERNÁNDEZ (2008), p. 36. Este autor propone que la interpretación de la expresión “perjuicio a tercero” debe ser la misma que se adopta en otros tipos penales que emplean términos equivalentes. A modo de ejemplo, señala los siguientes preceptos: *artículo 197* (“con perjuicio de tercero”), *artículo 470 N° 3 CP* (“en perjuicio del mismo [otro] o de un tercero”) y *artículo 471 N° 1 CP* (“con perjuicio de éste [quien tiene legítimamente la cosa] o de un tercero”).

Concordante con esto, ciertas actuaciones posteriores a la utilización ilegítima de la tarjeta, como la reversión de la operación o la devolución de las sumas por parte del emisor, han sido factores que nuestros tribunales han considerado para negar la existencia del tipo calificado en virtud de la ausencia de un menoscabo de carácter patrimonial²⁸.

En cuanto a la noción de tercero, su correcto entendimiento necesariamente debe considerar que en las operaciones con tarjetas de crédito o débito existe una serie de relaciones jurídicas, en la que intervienen sujetos diversos, que en conjunto conforman un sistema en el que cada actor tiene derechos y obligaciones particulares. De esta forma, el concepto de tercero ha de ser apreciado en términos amplios, y su determinación dependerá necesariamente de las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, no es posible establecer de antemano y con carácter general la persona del sujeto perjudicado. La única condición es que se trate de un sujeto diverso al agente.

Finalmente, cabe puntualizar que el perjuicio patrimonial forma parte del tipo objetivo y, por tanto, debe ser abarcado por el dolo del agente. La doctrina y jurisprudencia han negado que se trate de una condición objetiva de punibilidad²⁹.

En la dirección antes apuntada, podemos comenzar citando un fallo del JG de Viña del Mar³⁰, en cuanto desestima la existencia del perjuicio por la circunstancia de haberse recuperado las especies adquiridas con la transacción electrónica.

Un criterio similar es el de la CA de Valparaíso³¹, en cuanto señala que para interpretar la expresión “perjuicio a terceros” se debe recurrir a las disposiciones del Código Penal que

²⁸ En contra, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV., *Problemas Actuales de Derecho Penal*. Temuco, Imprenta Austral, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 177-181. Para este autor, la determinación del perjuicio debe hacerse considerando el patrimonio como una unidad de valor, el cual desde una perspectiva económica, puede verse efectivamente afectado por el hecho de contraer una obligación, aun cuando la víctima no hubiere efectuado ningún tipo de desembolso material. Desde esta perspectiva, el perjuicio se configura desde que no existe la posibilidad real de cobrar el crédito, de modo tal que tampoco es posible apreciar una compensación económica en estos casos. En consecuencia, para Hernández, desde la orientación económica, un patrimonio gravado con obligaciones tiene menos valor y por ello se puede afirmar que existe perjuicio ya desde el momento en que se contrae tal obligación y no existe voluntad ni capacidad de pago por parte del agente. Esta misma postura adopta HERNÁNDEZ (2008), p. 36, al examinar el concepto de perjuicio del artículo 5°. de la Ley N° 20.009. En sentido similar, BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “El perjuicio en la estafa”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 14, (2010), pp. 105-116, quien bajo la nomenclatura de “perjuicio en forma de peligro”, expone que a partir de un concepto económico-jurídico de patrimonio se debería siempre admitir la existencia de perjuicio patrimonial por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que se trataría de una acción con un valor económico relevante. Con anterioridad, ETCHEBERRY, t. III, pp. 401-402, con una terminología diversa, *perjuicio potencial o eventual*, ya había planteado que la mera obligación de pagar una deuda es suficiente para entender configurado el perjuicio.

²⁹ HERNÁNDEZ (2008), p. 35, descarta que se trate de una condición objetiva de punibilidad, ya que solo se condiciona la cuantía de la pena, pero no su procedencia.

³⁰ JG de Viña del Mar, 8 de noviembre de 2005, RIT N° 6237-2005, RUC N° 0500548885-2, citado por GRUNEWALDT, p. 12.

hacen alusión a dicho elemento. En concreto, la referencia debe hacerse a los *artículos 197 del CP*, relativo a la falsificación de instrumentos privados, que emplea la expresión “con perjuicio de tercero”; *470 N° 1 CP*, que tipifica la apropiación indebida, y al *artículo 473 del mismo ordenamiento*, que contempla lo que algunos denominan estafa residual, disposición que habla de defraudar “o perjudicar a otro”: *“Por tanto se trata de un perjuicio patrimonial real y efectivo, el que debe cuantificarse en dinero y quien es el que ha soportado una disminución patrimonial. En tal sentido, una declaración genérica de molestias o desagradados, disminución temporal del crédito, etc., no puede ser considerado constitutivo de un perjuicio en los términos establecidos en la ley, por lo tanto, el sólo hecho de usar un elemento falsificado no constituye un perjuicio para terceros, en la medida en que no sea posible probarlo concretamente en el expediente y al entenderse que la agravación del delito se da precisamente por el sólo hecho de falsificar, usar, vender, negociar, exportar o cualquiera de las demás figuras allí descritas, importa de inmediato el perjuicio a tercero, significaría que siempre la comisión de este delito importará la aplicación de la pena en su grado máximo, lo que es contrario a nuestro sistema legislativo, toda vez que se trata de una figura agravada y en la especie esa agravación no se concreta de otra manera que probándose determinadamente que produjo perjuicio a tercero, lo que importa individualizar al tercero y además, poder dimensionar la cuantía del daño”* (considerando 9°).

De manera similar, la CA de Santiago³² estimó que las disminuciones en la capacidad de crédito y el aumento del pasivo de las víctimas no configuran el perjuicio que señala el inciso final del *artículo 5° de la Ley N° 20.009*. En la especie, el imputado, utilizando tarjetas de crédito falsificadas, realizó diversas compras con cargo a la información financiera y comercial de dos víctimas. Frente a la alegación del ente persecutor, en orden a que el perjuicio requerido por la norma se configura al momento de contraerse obligaciones, que consecuentemente aumentan el pasivo y disminuyen la capacidad de crédito, la Corte reitera la posición mayoritaria, en el sentido de que las reducciones temporales del crédito o que solo se proyectan en el saldo contable de las víctimas no conforman el perjuicio patrimonial exigido por la norma penal. En la decisión de los sentenciadores parece influir decisivamente el hecho de que la institución financiera se haya hecho cargo de los efectos del delito, así como del reintegro de las sumas indebidamente sustraídas.

La CA de Santiago³³ confirma, en la línea antes señalada, la interpretación del concepto de perjuicio realizada por el Cuarto TJOP de Santiago. En este caso, el Ministerio Público recurre de nulidad argumentando que el perjuicio se configura tanto por la pérdida de un crédito ingresado al patrimonio como la carga de aquel como una obligación pecuniaria si no se acompaña de una contraprestación. La Corte ratifica el parecer de los sentenciadores

³¹ CA de Valparaíso, 9 de diciembre de 2009, Rol N° 1178-2009, disponible en: [microjuris, CL/IUR/4587/2009](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

³² CA de Santiago, 19 de mayo de 2008, Rol N° 749-2008, disponible en: [microjuris, CL/IUR/687/2008](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

³³ CA de Santiago, 29 de febrero de 2008, Rol N° 92-2008, disponible en: [microjuris, CL/IUR/5462/2008](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

recurridos en los siguientes términos: “... no basta con la emisión del voucher y la firma en él de uno de los acusados, porque simplemente el uso de la tarjeta en la compra u operación finalmente reversada, tiene castigo pero como delito de mera actividad independiente de un determinado resultado y, sobre la base de que las mercancías no se entregaron, que la venta en esas condiciones quedó sin efecto y que no existió un cargo efectivo o gestiones de cobro por parte del banco, concluyó en la ausencia de perjuicio (...). Por consiguiente, lo que la sentencia afirma es que es necesario que el perjuicio sea efectivo y esto es así de conformidad con las nociones que se aplican al perjuicio en general, como concepto jurídico en los delitos que afectan el patrimonio. De modo que esta interpretación, ante falta de definición expresa legal en el precepto, nada tiene de contrario a derecho” (considerando 7°).

Un criterio diverso es el adoptado por el Séptimo JG de Santiago³⁴, quien además de señalar como tercero perjudicado a la entidad bancaria, estimó la existencia del perjuicio aun cuando dicho banco, con posterioridad al uso fraudulento, reversó las sumas de dinero que se cargaron con el uso de la tarjeta de crédito falsificada.

En lo que respecta a la expresión “tercero”, la posición jurisprudencial mayoritaria es entender el término en un sentido amplio, en el que cabe considerar indistintamente, según las particularidades de las relaciones contractuales involucradas, al titular de la tarjeta, al emisor y al comerciante o prestador del servicio. Así, expresamente, la CA de Santiago³⁵ sostuvo que la expresión tercero comprende tanto al sujeto pasivo, como al banco o a la entidad aseguradora, según el caso: “El tarjeta-habiente si bien es el sujeto pasivo del delito no puede ser excluido de su calidad de tercero, ya que no intervino en la transacción ni participó en la perpetración del hecho punible” (considerando 3°).

Diferente fue el parecer del Tercer TJOP de Santiago³⁶, quien consideró que el titular de la tarjeta no posee la calidad de tercero que exige el inciso final del artículo 5°: “...el tribunal estima que si bien existió un perjuicio al señor Alfonso De la Cerda Lavín, quien conforme a la ley y en especial historia legislativa es el tarjetahabiente dado que es el titular de la tarjeta de crédito falsificada, dicho perjuicio no se encuentra comprendido dentro de los terceros de que habla el inciso final del artículo 5°. En efecto, toda la ley 20.009 al referirse al titular de la tarjeta lo llamó tarjetahabiente y no se refirió a él como un tercero, por lo que la existencia de un perjuicio patrimonial al titular no conduce necesariamente a la aplicación del inciso final del referido artículo 5°, ya que el tarjetahabiente no está comprendido dentro del concepto de terceros a que alude la norma, rechazándose en tal sentido la interpretación sostenida por el Ministerio Público”. El fallo antes consignado y su particular argumentación sobre el concepto de tercero fueron posteriormente anulados por la CA de Santiago³⁷, en el entendimiento de que la expresión tercero incluye al titular de la tarjeta: “Que la expresión ‘tercero’ usualmente indica a la persona

³⁴ Séptimo JG de Santiago, 20 de marzo de 2006, RIT N° 1063-2005, RUC N° 0500375795-3, citado por GRUNEWALDT, p. 10.

³⁵ CA de Santiago, Rol N° 749-2008.

³⁶ Tercer TJOP de Santiago, RIT N° 195-2006, p. 9.

³⁷ CA de Santiago, Rol N° 1864-2006.

ajena a un negocio de cualquier género, al sujeto que no interviene en él y que es totalmente extraño e ignorante de su existencia. Claramente entonces, en éste caso, el tarjeta habiente o titular de la tarjeta de crédito revistía (sic) tal calidad, no sólo porque ninguna participación le cupo en el ilícito de momento que no intervino en la transacción espuria, sino, además, en razón que la ignoraba totalmente hasta que advirtió un cargo en su estado de cuenta que no reconoce como propio y que compromete su capacidad de crédito” (considerando 7°).

Las circunstancias del caso concreto también fueron sopesadas por el TJOP de Viña del Mar³⁸, de manera que no resulta imperativo el establecimiento *a priori* del tercero perjudicado señalado por la norma: “...el hecho que la vendedora hubiere tenido dudas respecto de la identidad de la persona que compraba, provocó que el artículo adquirido no se le entregara, pero esta situación dice relación con el perjuicio que hubiere sufrido la tienda o, en su caso el titular de la tarjeta de crédito, si la cámara de video hubiera salido efectivamente del dominio de la tienda Ripley, situación que el legislador ha tenido en consideración, al establecer la pena para este ilícito especial, estimando que existe mayor lesividad cuando efectivamente se produce un perjuicio, al señalar el inciso final del artículo 5° de la Ley número 20.009 ‘Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros’” (considerando 15°). El mismo Tribunal³⁹ mantiene este criterio en un fallo dictado con posterioridad: “...en lo que concierne al delito de Uso malicioso de tarjeta de crédito: a) la pena asignada es de presidio menor en su grado máximo, dado que se trata de un ilícito que ha producido perjuicio a terceros, en este caso Rent a Car Olmué S.A. y a su emisora, Transbank” (considerando 18°).

Finalmente, cabe consignar un fallo del Tercer TJOP de Santiago⁴⁰, en cuanto expone que el concepto de tercero abarca a la víctima, sus herederos y también a una entidad comercial: “... para la existencia del delito en análisis no se requiere de ningún perjuicio para la consumación del mismo, toda vez que lo que la ley castiga es el mero uso fraudulento (de ahí su carácter de mera actividad) de manera tal, que si además concurre un perjuicio, cualquiera que éste sea y que efectivamente éste ocasiona un fraude con independencia si se trata de la víctima, sus herederos o incluso una entidad comercial, dicha situación deviene en un perjuicio a terceros y de allí el plus de disvalor jurídico de la figura penal en referencia, por tanto, el mandato imperativo del legislador en cuanto a la aplicación de la pena en su grado máximo –presidio menor en su grado máximo– devendrá sea que el perjuicio haya afectado simplemente a una persona natural o jurídica; al haberse efectivamente devengados estos fondos por los cuatro hechos” (considerando 43°).

³⁸ TJOP de Viña del Mar, 2 de diciembre de 2005, RIT N° 184-2005, RUC N° 0500385107-0, citado por GRUNEWALDT, p. 11.

³⁹ TJOP de Viña del Mar, RIT N° 01-2006, p. 8.

⁴⁰ Tercer TJOP de Santiago, RIT N° 116-2006, p. 9.

2.5. Verbos rectores

En cuanto a los verbos, como observamos precedentemente, el tipo penal constituye un delito con pluralidad de hipótesis: falsificar (letra a), usar, vender, exportar, importar y distribuir (letras b) y d) y negociar (letras c y e).

Cualesquiera de estas alternativas configuran el tipo penal de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito o sus claves y en caso de concurrir más de una, el asunto debe resolverse como un concurso aparente de leyes penales.

2.6. Los sujetos del delito

Tradicionalmente, se define el sujeto pasivo de un delito como el titular del bien jurídico afectado por el delito⁴¹. El artículo 5° considera más de un bien jurídico. La falsificación y el uso ilícito de tarjetas afectan un sentimiento de confianza del público en estos instrumentos de pago. Se tutela acá un bien jurídico de carácter colectivo, como lo es la fe pública⁴².

Cuando algunas de las conductas que señala el precepto producen un perjuicio, se produce un menoscabo del patrimonio, de manera que el sujeto pasivo será la persona, natural o jurídica, concretamente afectada por la acción.

En lo que respecta al sujeto activo, en principio, se trataría de un delito común en cuanto no se exige la concurrencia de cualidades determinadas. Sin embargo, la hipótesis que señala la letra f) puede suscitar alguna duda en cuanto a la determinación del sujeto activo. En esta alternativa, que castiga el uso malicioso de una tarjeta bloqueada, consideramos que el sujeto activo es precisamente el tarjetahabiente, toda vez que la historia del establecimiento de la ley previó esta posibilidad para el evento de que una persona bloquee una tarjeta no con el objetivo de protegerse de la acción de terceros, sino para demorar o entorpecer maliciosamente el cargo⁴³. En este caso, el interés en retardar el cobro concierne al titular de una tarjeta de crédito o débito, conclusión que parece refrendar el texto del anterior artículo 4° del proyecto, posteriormente suprimido⁴⁴.

⁴¹ ETCHEBERRY, t. I, p. 219.

⁴² BOLDOVA PASAMAR, Miguel, *Estudio del bien jurídico en las falsedades documentales*, Granada, Comares, 2000, pp. 37-38.

⁴³ *Historia de la Ley N° 20.009*, p. 80.

⁴⁴ Señalaba esta norma: "El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda por el uso fraudulento de la tarjeta bloqueada, conforme a lo dispuesto en el párrafo 8° del Título IX del Libro Segundo del Código Penal ni de lo dispuesto en el inciso siguiente".

3. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO: LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO Y SUS CLAVES

3.1. Las tarjetas de pago en general. Clasificaciones

Antes de abordar los conceptos de tarjetas de crédito y de débito, puede resultar útil, a los efectos de delimitar de mejor manera nuestro objeto de estudio, hacer una referencia a las tarjetas de pago en general, noción que comprende una serie de instrumentos, de características diversas, que actúan como mecanismos de pago⁴⁵. Como hemos señalado, las diversas clases de tarjetas de pago presentan peculiaridades que las distinguen entre sí, lo que ha permitido a la doctrina elaborar una diversidad de clasificaciones desde distintos puntos de vista⁴⁶. Con todo, prescindiendo de los servicios que puedan proporcionar las tarjetas, es posible identificar un elemento común a todas ellas: la finalidad de identificar a su emisor y a la persona autorizada para su uso⁴⁷. En este sentido, la tarjeta de pago se presenta como un instrumento de legitimación en el ejercicio de un derecho de crédito frente a la entidad emisora⁴⁸.

Nosotros optaremos por una clasificación que atiende a dos factores: la entidad emisora de la tarjeta y el momento de liquidación de la deuda que el titular mantiene ante la entidad emisora⁴⁹.

En razón del primer criterio, las tarjetas pueden ser bancarias o comerciales. Las primeras, en términos de Sandoval⁵⁰, “*Son aquellas en las que un banco o institución financiera asume el rol de emisor y concede el crédito al usuario. Entre el banco y el usuario existe una línea de crédito; se trata de un crédito rotatorio en cuanto que, una vez utilizado, el abono parcial o total que se efectúe origina una nueva disponibilidad en favor del titular de la tarjeta. El banco se encarga de pagar al establecimiento mercantil afiliado al sistema las cantidades que resulten de cargo del*

⁴⁵ En este sentido, seguimos la terminología propuesta por BERNAL JURADO, Enrique, *El mercado español de tarjetas de pago bancarias: situación actual y perspectivas*, Madrid, Civitas, 2001, p. 48, nota al pie N° 1, que distingue entre medio e instrumento de pago. Medio de pago es “*todo aquello que tenga poder liberatorio de obligaciones, como es el caso del dinero de curso legal y del dinero bancario*”. Por su parte, los instrumentos de pago son “*aquellos mecanismos mediante los cuales se inicia la transferencia de dichos medios de pago entre las partes implicadas en una transacción*”. El poder liberatorio de deudas que tiene el billete o la moneda conlleva a una identificación entre medio e instrumento de pago. En cambio, las tarjetas de crédito o de débito actúan como sustitutos transitorios del medio de pago dinero bancario.

⁴⁶ Al respecto, véase las diversas clasificaciones que la doctrina ha elaborado en SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Las tarjetas de pago”, en *Revista de Derecho Privado*, 11, (2004), pp. 736-770.

⁴⁷ BERNAL, p. 51.

⁴⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo y JAVATO MARTÍN, Antonio, p. 45.

⁴⁹ Seguimos en este punto los criterios de clasificación que propone BERNAL JURADO, pp. 55-58, pero sin adherir completamente a las definiciones que propone dicho autor.

⁵⁰ SANDOVAL, pp. 17-19.

usuario por el empleo de la tarjeta en pagos de compras o servicios. Estas tarjetas pueden ser de uso nacional o internacional”.

Las tarjetas comerciales son aquellas que se emiten por entidades que se dedican a la explotación de un determinado negocio con el objeto de permitir a sus titulares la adquisición de los bienes o servicios comercializados directamente por la propia empresa en los establecimientos de ella o en otros establecimientos con quienes hubiere convenido su aceptación como medio de pago⁵¹.

Parte de la doctrina considera que las tarjetas que emiten las casas comerciales tienen un carácter bilateral, en el sentido de que se genera un único vínculo jurídico (emisor-titular). Además, se señala que el titular solamente puede utilizarlas en los establecimientos comerciales que las emiten⁵².

A efectos terminológicos, entendemos que ciertas tarjetas de casas comerciales reúnen las características de una tarjeta de crédito. En efecto, en estas operaciones al titular se le concede una línea de crédito y no un mero aplazamiento en el pago. El instrumento de pago puede ser utilizado para la adquisición de bienes o servicios en los establecimientos afiliados, para obtener avances en efectivo, contratar seguros, entre otras prestaciones que se han ido incorporando paulatinamente. En definitiva, las relaciones jurídicas que se establecen trascienden a la sola vinculación entre establecimiento-emisor y titular⁵³.

Más que el emisor de la tarjeta, lo importante es que se trate de tarjetas de aceptación generalizada en la economía, lo que en nuestra normativa se califica de acuerdo con el monto total de los pagos que efectúen a las entidades afiliadas no relacionadas.

Por otra parte, la clasificación que atiende al momento de la liquidación de la deuda que el titular mantiene ante la entidad emisora permite diferenciar entre tarjetas de prepago, de débito y de crédito. Estas dos últimas las trataremos separadamente por ser el objeto principal en esta parte del estudio.

⁵¹ Esta definición sigue en lo sustancial a la expuesta por BERNAL, p. 55, a la que hemos añadido la circunstancia de existir otros establecimientos afiliados que aceptan estas tarjetas como medios de pago.

⁵² En este sentido, SANDOVAL, pp. 17-19. Otros autores, como AZCONA ALBARRÁN, Carlos, *Tarjetas de pago y Derecho penal. Un modelo interpretativo del artículo 248.c) CP*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 43-44, utilizan la denominación de Tarjetas de compra, privativas o de clientes. Sin embargo, para este último autor, dichas tarjetas, pese a tener la apariencia de una tarjeta de crédito, no tienen dicho carácter, por cuanto no otorgarían ningún crédito, sino que solamente permiten aplazar o fraccionar el pago.

⁵³ En nuestra economía se observa un crecimiento exponencial de las tarjetas de crédito emitidas por casas comerciales. De acuerdo con la *Minuta conjunta de SBIF y el Banco Central de Chile sobre nueva regulación de tarjetas de crédito*, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, 2013. Disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/docs/Normas/20130419_Minuta-III1-No-Bancarios.pdf. [Consulta: 17 de mayo de 2013], en Chile circulan más de 10,6 millones de tarjetas de crédito activas, de las cuales un 45% son emitidas por entidades no bancarias.

Lo que distingue a las tarjetas de prepago es que la liquidación de la deuda por parte del emisor se efectúa por adelantado⁵⁴. A esta clase de tarjetas pertenecen las tarjetas telefónicas de prepago, las de regalo que ofrecen las tiendas comerciales, así como el denominado monedero electrónico⁵⁵.

3.2. Marco regulatorio de las tarjetas de crédito

En este punto procuraremos exponer el marco regulatorio de las tarjetas de crédito desde una perspectiva amplia, esto es, considerando los diversos sujetos y vínculos jurídicos que se establecen en este tipo de operaciones.

Así, es posible distinguir, a lo menos, las siguientes relaciones jurídicas: en primer lugar, la que se establece entre el emisor y el titular de la tarjeta, que se concreta en un contrato de apertura de crédito⁵⁶; en segundo término, la que vincula al emisor con el establecimiento afiliado al sistema; en tercer lugar, la relación que puede generarse entre el emisor y una empresa operadora de tarjetas; en cuarto orden, la que puede ligar al establecimiento afiliado y al operador de tarjetas y, por último, aquella que relaciona al titular de la tarjeta de crédito con el establecimiento afiliado⁵⁷.

Hechas estas precisiones, debemos señalar que no existe en nuestra legislación una regulación sistemática de estos instrumentos de pago, lo que ha llevado a sostener a algún autor que se trata de un ámbito en el que rige como norma suprema la autonomía contractual⁵⁸. Ciertamente, si lo que se pretende es delimitar el marco regulatorio del

⁵⁴ Por tarjetas de prepago se entienden “aquellas en las que se abona un bien o servicio antes de su utilización y, posteriormente, a través de la información grabada en un chip o banda magnética, se puede reclamar la entrega de tal bien o la prestación de tal servicio” (JAVATO MARTÍN, Antonio, “La falsificación de las tarjetas de crédito y débito. Análisis del artículo 399 bis del Código Penal”, en *La Ley Penal*, 101, Sección Estudios, (2013), p. 5).

⁵⁵ El monedero electrónico es una tarjeta de prepago que puede ser utilizada para realizar pagos al por menor u otros pagos en lugar del efectivo.

⁵⁶ KRAUSZ BITRÁN, Alan, *Tarjetas de crédito no bancarias y su nueva regulación. Para todos los profesionales del área comercial y financiera*, Colombia, Legis, 2006, p. 44, señala que “El contrato de apertura de crédito es aquel en virtud del cual el proveedor se obliga, hasta una cantidad determinada y bajo ciertas condiciones, a otorgar crédito al consumidor por un monto prefijado para ser utilizado en el pago por la utilización de bienes o servicios. Mediante este contrato el proveedor se obliga a mantener disponible una determinada suma de dinero que opera a través de un sistema denominado ‘revolving’, según el cual cada vez que el consumidor paga sus obligaciones, el monto disponible para la adquisición de nuevos bienes o servicios sube en la misma cantidad”.

⁵⁷ SANDOVAL, p. 32, señala la importancia que tiene este vínculo jurídico, ya que él justifica los demás contratos que conforman el sistema. Esta relación jurídica se manifiesta en los diversos contratos que celebran los titulares o usuarios de las tarjetas con los establecimientos afiliados, tales como una compraventa, arrendamiento, etc.

⁵⁸ En este sentido, PRADO PUGA, Arturo, “Algunas consideraciones sobre la tarjeta de crédito”, en *Gaceta Jurídica*, 131, (1991), p. 1, señala que en esta materia debe estarse a los principios generales de derecho, especialmente civil y comercial. Ya en aquella época este autor advertía que esta falta de regulación sistemática constituía un vacío sensible en el tratamiento penal del uso y abuso de la tarjeta de crédito.

sistema de tarjetas de crédito con carácter general, necesariamente habrá que acudir a normas de diversa naturaleza, debido a las proyecciones que tiene la materia sobre diversas ramas del derecho (principalmente civil, comercial, penal y del consumidor).

De esta forma, y sin pretensiones de exhaustividad, pasamos a enunciar las principales normas que regulan las operaciones con tarjetas de crédito:

En primer término, el *Capítulo III.J.1 del Compendio sobre Normas Financieras del Banco Central de Chile* relativo a la Emisión u operación de tarjetas de crédito, Acuerdo N° 1749-01-130418, Circular N° 3013-718.

En segundo lugar, consignamos la Circular N° 17 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile para Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, de fecha 28 de abril del año 2006. Esta normativa ha sido reemplazada por una nueva Circular de la SBIF, la que comenzó a regir el día 31 de diciembre del año 2013⁵⁹.

En tercer lugar, resulta aplicable la *Ley N° 19.496 sobre protección de derechos de los consumidores*⁶⁰. En relación con esta ley, debemos hacer mención al *Decreto N° 44* del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en vigencia desde el 31 de julio del año 2012, que aprueba el Reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias.

Por último, se debe considerar la *Ley N° 18.010*, que establece Normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero, en cuanto los créditos otorgados a los usuarios de las tarjetas deben cumplir con los límites de interés fijados por dicha ley (Tasa Máxima Convencional).

3.2.1. Concepto de tarjeta de crédito

El Capítulo III.J.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central, Acuerdo N° 1749-01-130418, que comenzó a regir el día 22 de julio de 2013, señala que “*se entiende por Tarjeta de Crédito, en adelante ‘Tarjeta(s)’ cualquier instrumento que permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito otorgado por su Emisor y que sea utilizado por dicho Titular o Usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente Emisor u Operador, en virtud de convenios celebrados con éstas que*

⁵⁹ Al respecto, puede consultarse la *Minuta conjunta de SBIF y el Banco Central de Chile sobre nueva regulación de tarjetas de crédito*. Disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/docs/Normas/20130419_Minuta-IIIJ1-No-Bancarios.pdf. [Consulta 11 de mayo de 2013]

⁶⁰ La relación que se establece entre la entidad emisora y el titular se basa en un crédito al consumo que se concede al usuario, vínculo jurídico que reviste la forma de un contrato de adhesión. Por dichas razones, son aplicables las disposiciones contenidas en el párrafo 4° de dicha ley, que establecen normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión (artículos 16 y ss.). En particular, deben considerarse los artículos 17 B y siguientes, incorporados por la *Ley N° 20.555* que, entre otros aspectos, estableció nuevos derechos para los consumidores de productos y servicios financieros, incorporó obligaciones para los proveedores de estos productos o servicios y fortaleció las atribuciones del SERNAC para velar por el cumplimiento de esta normativa.

importen aceptar el citado instrumento de pago como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al Titular o Usuario.

La tarjeta podrá corresponder a un instrumento plástico o cualquier dispositivo físico, electrónico o informático, que cuente con un sistema de identificación único del respectivo medio de pago y cuyo soporte contenga la información y condiciones de seguridad acordes con tal carácter”.

En esta definición se pone de relieve la principal función que cumple la tarjeta de crédito, esto es, constituir un instrumento de pago para su titular o usuario en la adquisición de bienes o servicios en los establecimientos afiliados. Asimismo, la tarjeta de crédito permite la realización de otro de tipo de operaciones, como el retiro de dinero en cajeros automáticos o la obtención de avances en efectivo. Es consustancial a este concepto la concesión de un crédito⁶¹ por parte del Emisor, ya que le permite al titular diferir temporalmente la liquidación de la deuda contraída con aquel⁶².

Se trata de un instrumento de carácter personal e intransferible, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar una tarjeta adicional a la persona que el titular indique⁶³.

3.3. Marco regulatorio de las tarjetas de débito

La utilización de este instrumento de pago importa, al igual que la tarjeta de crédito, la interrelación de diversos agentes mediante distintas relaciones jurídicas. El sistema es similar, puesto que interviene un Emisor, el Titular de la tarjeta, establecimientos afiliados al sistema y, en su caso, Operadores de estas tarjetas.

Las disposiciones aplicables se encuentran en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central y en el Capítulo 2-15 de la *Recopilación actualizada de normas de la SBIF*, denominado Tarjetas de débito.

3.3.1. Concepto de tarjeta de débito

De conformidad con las normas del Compendio que rigen esta materia, por tarjeta de débito se entiende *“cualquier tarjeta u otro documento, que identifica al Titular de una cuenta corriente bancaria o de una cuenta de ahorro a la vista de que trata el Capítulo III.E.2 del*

⁶¹ Para RUIZ MARCO, Francisco, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, Editorial Dilex S.L., 1995, pp. 12-17, el término puede ser entendido de tres formas: en sentido amplio, como derecho que tiene uno de recibir de otro alguna cosa; en sentido estricto, como sinónimo de préstamo de dinero. La doctrina penal se refiere a él en algunas ocasiones como concepto económico de crédito. Esta es la noción que se maneja en el Derecho bancario y en la economía. *“Sus elementos esenciales, junto a la ‘confianza’ –base de cualquier relación crediticia– están constituidos por la peculiaridad del objeto de la prestación: el dinero, y por el lapso de tiempo que, siempre, ha de mediar entre la transmisión del mismo y su devolución”*. Finalmente, el crédito se entiende en el sentido de confianza, de credibilidad (concepto espiritualista del crédito).

⁶² BERNAL, p. 58.

⁶³ Por lo indicado, PRADO, p. 5, desestima el carácter de título de crédito de la tarjeta, precisamente por no tratarse de un documento negociable ni transferible.

Compendio de Normas Financieras, o de una cuenta a la vista de que trata el Capítulo III.B.1.1 del Compendio de Normas Financieras, con el Emisor de la Tarjeta (...) y que sea utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema que cuenten con dispositivos electrónicos que operen con captura en línea de las transacciones y en que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del Titular y acreditados en la cuenta del beneficiario, sólo si dichas transacciones son autorizadas y existen fondos suficientes”.

Las tarjetas de débito se vinculan a una cuenta bancaria del titular en la entidad que la emite. En dicha cuenta se carga de forma inmediata (en tiempo real), o en un plazo muy corto, el importe de las compras realizadas⁶⁴.

La función primordial de la tarjeta de débito es, al igual que la de crédito, ser un instrumento de pago para su titular en la adquisición de bienes y servicios en los establecimientos adheridos al sistema.

La principal diferencia radica en que en las operaciones con tarjetas de débito no se da ninguna relación crediticia entre la entidad emisora y el titular⁶⁵. En cuanto al emisor, este ha de ser necesariamente una entidad bancaria y el titular debe contar con fondos suficientes en la cuenta para utilizar este instrumento de pago.

4. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO CONSIDERADO EN EL ARTÍCULO 5°

A partir de la diferenciación entre los diversos tipos de tarjetas de pago y las precisiones terminológicas que hemos realizado en relación con las tarjetas de crédito y de débito, es posible determinar de mejor manera los instrumentos de pago susceptibles de ser considerados como objeto material del delito señalado en el artículo 5°.

Desde luego, no deberían existir inconvenientes en relación con las tarjetas de débito, ya que estas solo pueden ser emitidas por una entidad bancaria. No ocurre lo mismo con las tarjetas de crédito, en que, como hemos tenido ocasión de examinar, pueden ser emitidas por entidades bancarias y por casas comerciales.

Al respecto, se debe considerar que el artículo 1° de la Ley N° 20.009 se refirió indistintamente a las tarjetas de crédito emitidas por instituciones financieras o casas comerciales, de manera que sus disposiciones no hicieron distinción en cuanto al emisor de la tarjeta de crédito.

Si se atiende al concepto de tarjeta de crédito que señala el Compendio y a la regulación que de ella se hace en las disposiciones enunciadas *supra*, debemos concluir que el instrumento comprendido en el artículo 5° es, en primer término, aquel que se origina en las diversas relaciones jurídicas que caracterizan el sistema de tarjetas de crédito. Con ello, quedarían excluidas las denominadas tarjetas de compra, privativas o bilaterales, que se

⁶⁴ SÁNCHEZ, pp. 10-11.

⁶⁵ JAVATO, p. 4.

emiten por un comerciante o agrupación de estos para ofrecer unas condiciones determinadas y favorables en las compras de su establecimiento⁶⁶.

Más que atender al órgano emisor, lo relevante es que la tarjeta de crédito constituya un medio de pago de aceptación generalizada en la economía. Su titular ha de poder emplearla en la adquisición de bienes o servicios en los diversos establecimientos adheridos al sistema.

Quedan indudablemente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 5º las tarjetas de prepago, ya que en estas la liquidación de la deuda con su emisor se efectúa por adelantado, por lo que no son equiparables ni a las tarjetas de crédito ni a las de débito.

5. LA FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO

En la introducción a este trabajo hemos señalado la dificultad que presentaba la aplicación de los delitos de falsificación del Título IV del Código Penal cuando las conductas típicas se realizan sobre las tarjetas de pago.

Desde luego, es ostensible que ni la tarjeta de crédito ni la de débito pueden asimilarse a la moneda (*párrafo 1*), a los documentos de crédito del Estado, billetes de banco al portador, acciones de sociedades anónimas, títulos legalmente emitidos por Municipalidades (*párrafo 2*), como tampoco a los sellos, punzones, matrices, marcas, papel sellado, timbres, estampillas, etc. (*párrafo 3*).

Sin embargo, la posibilidad de examen puede plantearse en relación con la falsificación de instrumento privado mercantil. Pero ello depende, en primer término, de la noción de documento o instrumento que se adopte⁶⁷. Nuestro Código Penal no contiene un concepto de documento, como sí lo hace, por ejemplo, el Código Penal español en su artículo 26⁶⁸, que, dada la amplitud de su redacción, permite considerar la inclusión de las tarjetas sin mayores dificultades⁶⁹.

⁶⁶ JAVATO, p. 6.

⁶⁷ En este sentido, compartimos la opinión de GARRIDO MONTT, t. IV, pp. 53-54, en cuanto señala que nuestro Código Penal utiliza indistintamente los términos documento e instrumento, de manera que no cabe asignarles significados diversos.

⁶⁸ El artículo 26 del Código Penal español define documento como "*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*".

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 741, señala que en atención a la definición que proporciona el artículo 26, debe entenderse que la forma de materialización o incorporación de los datos, hechos o narraciones ya no ha de ser necesariamente escrita. Por tanto, el concepto de documento se refiere a cualquier forma de materialización de la realidad. En este mismo orden de ideas, CARDONA TORRES, Juan, *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 461, expresa que no obstante que el Código Penal no entregue una definición de lo que es una falsedad documental, "*desde el punto de vista objetivo penal se deduce de su artículo 26, al establecer que 'se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia*

En nuestro Código Penal, a falta de definición legal, se ha impuesto en nuestra doctrina la concepción de documento como un acto escrito que emana de una parte. En este sentido, Labatut⁷⁰ señala que para los efectos del delito de falsificación por documento debe entenderse *“todo escrito, firmado o reconocido por una persona, que consigna hechos de que derivan consecuencias jurídicas”*. De la misma opinión, Politoff, Matus y Ramírez en cuanto señalan que *“el concepto de documentos a que se refieren los párrafos 4° y 5° del Título IV son los documentos escritos, cualquiera sea su soporte, mientras exista en ellos fijeza. Aunque existen medios de representación del pensamiento que poseen eficacia probatoria a veces mayor que la escritura, como la fotografía, la cinta cinematográfica, una grabación, etc., nuestra ley se refiere a los documentos escritos: todo escrito proveniente (sic) de una persona que expresa en él la exposición de hechos o una declaración de voluntad”*⁷¹. No obstante existir posiciones a favor de una noción amplia⁷², la consideración del documento, ante todo como un acto escrito, parece clausurar anticipadamente la posibilidad de apreciar un delito de falsedad documental cuando la conducta recae en tarjetas de pago.

Con todo, es posible desmarcarse de la posición doctrinal mayoritaria y optar por una noción amplia de documento, entendiendo este como cualquier objeto que represente un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente⁷³. Pero en este caso surgen dos interrogantes: si la tarjeta de crédito o de débito puede ser considerada como un instrumento mercantil; y de ser esto posible, en cuál de las modalidades de falsificación que señala el artículo 193 del CP, podría subsumirse la alteración o imitación de las tarjetas.

jurídica’. Por consiguiente, cualquier falsedad que intente dolosamente desvirtuar la eficacia probatoria de su contenido se configura como infracción penal, tipificada en el Capítulo II del Título XVIII”.

⁷⁰ LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, II, p. 59.

⁷¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 58-59. GARRIDO MONTT, t. IV, p. 57, señala que por documento debe entenderse una *“manifestación de voluntad o consignación de hechos, en forma escrita y más o menos permanente, realizada por una persona, que puede tener consecuencias jurídicas”*.

⁷² Así, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, IV, pp. 156-157, señala que documento es *“todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente (...) No se exige, por tanto, que conste de palabras (puede tratarse de cifras o ideogramas), ni siquiera que se trate de un escrito (puede ser un dibujo o una fotografía), ni que esté fijado sobre un medio transmisible (puede ser una inscripción en una piedra o roca), siempre que tenga un valor de símbolo o signo, por encima de su simple materialidad o de otra clase de valores (estético, v.gr.)”*. Al parecer, esta es la concepción de BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007, IV, p. 144, en cuanto definen documento privado como *“... todo objeto que contenga una forma de escrituración o almacene información, esto es, dé cuenta de un hecho, una idea, o un concepto, y no corresponda a un documento público, o alguno de los documentos contemplados en la ley con una sanción especial (como los pasaportes, o los permisos de porte de arma), es un documento privado”*.

⁷³ ETCHEBERRY, t. IV, pp. 156-157.

En lo que concierne al primer aspecto, no vemos inconveniente para considerar las tarjetas de crédito o débito como instrumentos mercantiles, toda vez que ellas permiten la ejecución de actos de comercio o mercantiles⁷⁴.

En cuanto al segundo aspecto, se debe indicar que las modalidades de falsificación de las tarjetas son básicamente de dos tipos: por clonación o por creación⁷⁵. En el primer supuesto se incluyen los casos en los que se manipula y altera la información contenida en las bandas magnéticas, como también aquellos supuestos en que se parte de una tarjeta legítima que se duplica, fabricando otra nueva. La falsificación por creación se refiere a la fabricación de una tarjeta inexistente, a su creación *ex novo*⁷⁶.

De acuerdo con estas formas de falsificación, parece poco plausible que ellas puedan configurar alguna de las alternativas que señala el artículo 193 del CP en relación con las tarjetas de crédito o de débito. En este sentido, se advierte la dificultad que supone considerar la inclusión de datos en la banda magnética como una conducta imitativa, de acuerdo con las hipótesis que señala el N° 1 del artículo 193⁷⁷.

De esta forma, la tipificación efectuada en la letra a) del artículo 5° permite incriminar una serie de conductas relacionadas con determinados instrumentos de pago, tarjetas de crédito, de débito o sus claves, que, con anterioridad, necesariamente deberían ser consideradas como atípicas.

La noción de falsificación supone, básicamente, la alteración de tarjetas, su reproducción o copia y el forjamiento o creación *ex novo* de alguno de estos instrumentos de pago.

La alteración consiste en la manipulación de carácter material efectuada en alguno de los componentes de la tarjeta y puede estar referida a la banda magnética o a otros elementos de la tarjeta que tengan relación con su soporte material (número de la tarjeta, nombre del titular, etc.)⁷⁸.

La copia o reproducción abarca los supuestos conocidos como *clonación de tarjetas* o *skimming*. A través de estos procedimientos, el sujeto activo duplica los datos contenidos en la banda magnética con la finalidad de confeccionar otra tarjeta que puede utilizar sin necesidad de desposeer al legítimo poseedor de la suya⁷⁹.

⁷⁴ En este sentido, DORN GARRIDO, Carlos, "Clonación de instrumentos privados mercantiles", en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 7, (2002), p. 2. En el Derecho español, FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar *et al.*, "Art. 399 bis", en COBO DEL ROSAL, Manuel y MORILLAS CUEVA, Lorenzo (directores), *Comentarios al Código Penal. Segunda época, t. XII, Libro II. Título XVIII de las falsedades (artículos 386 al 403)*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 496, en relación con el nuevo artículo 399 bis, señala que las tarjetas de crédito y de débito son instrumentos mercantiles que, por ende, podrían haber sido tipificados en los delitos de falsificación de instrumentos mercantiles.

⁷⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal español. Parte especial*, 6ª edición, Barcelona, Atelier, 2010, p. 723.

⁷⁶ QUERALT, p. 723.

⁷⁷ DORN, p. 2.

⁷⁸ JAVATO, p. 7.

⁷⁹ JAVATO, p. 7.

Por último, el término falsificar comprende la creación *ex novo* de tarjetas de crédito o de débito, es decir, se crea una tarjeta de pago sin que esta haya existido antes.

En el aspecto subjetivo se requiere de *dolo directo*. Sin embargo, la doctrina señala un elemento adicional: que la falsificación esté destinada a su uso. Esta conclusión deriva del criterio teleológico de interpretación, toda vez que solo en cuanto la falsificación esté orientada a adquirir relevancia en el tráfico mercantil es posible sostener la lesión o puesta en peligro de la función propia de este documento⁸⁰.

Vinculado al objeto jurídico tutelado en el delito de falsedades documentales aparece la exigencia de la idoneidad de la falsificación. En este sentido, Muñoz Conde⁸¹ señala que no basta con que el documento esté destinado por su autor o por un tercero a entrar en el tráfico jurídico, “*es preciso también que el documento sea adecuado objetivamente para tener efectos probatorios o algún tipo de relevancia jurídica*”. En el mismo sentido, Gordillo Álvarez-Valdés, en lo que dice relación con la simulación de un documento (Nº 1 del artículo 390 CP español), expone la necesidad de que la simulación esté lo suficientemente lograda para que induzca a error sobre su autenticidad⁸². Y explícitamente, en relación con el bien jurídico protegido, Lozano Blanco indica cómo la jurisprudencia española permanentemente ha exigido cierta entidad o relevancia de la falsedad para distinguirla de la mera mendacidad⁸³. Finalmente, Ramos indica que la falsedad documental, en cualesquiera

de sus modalidades, para que pueda constituir infracción penal ha de afectar a elementos esenciales del documento y tener trascendencia para el tráfico jurídico, ya que de lo contrario la supuesta falsedad se torna “inocua” a efectos penales⁸⁴.

Por lo señalado, se concluye que la conducta que se castiga se consuma con la sola falsificación de los instrumentos de pago, esto es, desde el instante en que se realiza la alteración o mutación de la verdad en el documento, sin que sea necesario que se proceda a su distribución o utilización, ya que de ser este el caso, la conducta quedaría comprendida en las letras b) o c) del artículo 5º, según sea el caso.

⁸⁰ La aptitud de la falsedad se vincula con el objeto jurídico protegido. En este sentido, señala JAVATO, p. 8, que: “... en la medida en que la lesión del bien jurídico protegido se produce con la afectación a la función de autenticidad del documento, la aptitud de la falsificación debe ponerse en relación directa con el concreto acto que se pretenda desarrollar en el tráfico jurídico”.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, p. 744.

⁸² GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio *et al.*, “Tema 21 Falsedades”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coordinadora), *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª edición, Madrid, Comares, 2010, p. 573: “Las simulaciones burdas quedarán en grado de tentativa o incluso serán impunes, en cuanto a que no consiguen engañar a nadie y surtir el efecto propuesto, son las denominadas falsedades inocuas”.

⁸³ LOZANO BLANCO, Carlos *et al.*, “Lección 16ª, Falsedades”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, II, Madrid, Tecnos, 2011, p. 256, señala que en el delito de falsedad el elemento no veraz incorporado al documento debe ser esencial.

⁸⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Código Penal. Concordado y Comentado con Jurisprudencia y Leyes Especiales y complementarias*, Madrid, La Ley, 2011, p. 1469.

Ahora bien, hacemos notar que el artículo 5° no contempla el supuesto de la simple tenencia de una tarjeta falsificada (o sustraída). En efecto, la norma tipifica la falsificación de tarjetas y sus usos posteriores, comenzando por la negociación hasta ciertos usos de estos instrumentos de pago. En este caso, por exigencias del principio de legalidad, creemos que en caso de no acreditarse la existencia de una negociación que tenga por objeto tarjetas de crédito o débito, falsificadas o sustraídas, la conducta es impune por no estar contemplada en el artículo 5°⁸⁵.

6. LA SUSTRACCIÓN DE TARJETA. CONCEPTO. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

El artículo 5° incrimina tanto el uso, en términos amplios, como la negociación de tarjetas de crédito o débito *sustraídas* o *falsificadas*. De lo que se trata aquí es de determinar el sentido del término *sustracción* que emplea el precepto y, por consiguiente, de precisar el alcance de las conductas señaladas en las letras b) y c) del artículo 5°.

Se trata de un problema similar al que se plantea en el delito de robo con fuerza en las cosas y que dice relación con el alcance del concepto de *llave verdadera sustraída* como una de las modalidades de comisión de dicho delito.

Las *tarjetas sustraídas*, como objeto material del delito, fueron incorporadas al artículo 5° por la Comisión de Economía del Senado⁸⁶.

Sin embargo, la referida constancia legislativa, aparte de hacer explícito el propósito del legislador en la decisión de ampliar el objeto material del delito a los supuestos de hurto y robo de tarjetas, no proporciona una respuesta definitiva a los casos problemáticos que, de modo semejante, se presentan en el uso de *llaves sustraídas* como medio de comisión del delito de robo con fuerza en las cosas. Haciendo un símil con este último delito, del concepto de sustracción dependerá la solución de supuestos tales como la venta o el uso de una tarjeta extraviada y encontrada por el agente; los empleos de tarjetas obtenidas mediante engaño o fraude; los casos de tarjetas entregadas e indebidamente retenidas o los *usos abusivos* de tarjetas que derivan de una tenencia autorizada por el titular.

A este último caso nos referiremos en el punto siguiente, por cuanto nuestra postura considera que el uso abusivo de tarjetas, cuya tenencia por parte del agente ha sido autorizada por el titular, queda fuera de la idea de sustracción. En otros términos, debe distinguirse la *utilización ilícita* de un instrumento de pago de su *adquisición o apropiación ilícita*⁸⁷.

⁸⁵ En relación con lo dicho, cabe tener en consideración que el actual artículo 399 bis del CP español contempla expresamente esta conducta en su número 2 de dicho artículo, castigando “La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico...”.

⁸⁶ La incorporación se debe a la sugerencia del profesor Waldo del Villar Brito, a fin de abarcar los supuestos de robo y hurto de tarjetas (*Historia de la Ley N° 20.009*, p. 68).

⁸⁷ SORIANO SORIANO, José, “Llaves falsas. Las legítimas sustraídas al propietario. Estudio jurisprudencial al artículo 510, núm. 2, del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 39, (1989), p. 814.

La perspectiva de estudio la realizaremos desde los planteamientos formulados a propósito del delito de robo con fuerza en las cosas, aprovechando el relevante acervo doctrinal y jurisprudencial existente y la similitud que presentan los supuestos problemáticos⁸⁸. Todo ello, como es lógico, con las respectivas modificaciones y adecuaciones a nuestro objeto específico de estudio.

Un análisis del concepto de sustracción lo encontramos en la conocida obra de Groizard, *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*. Señalaba este autor: “*Sustraer es ‘apartar, separar, extraer’. Es necesario, pues, por parte del ladrón, la existencia de un acto previo, intencional, doloso, en virtud del cual la llave con que el delito se perpetre haya sido separada, apartada de su destino ordinario, ó lo que es lo mismo, la ejecución por el culpable de un hecho en virtud del cual definitiva o temporalmente el propietario de la llave se haya visto en la imposibilidad de servirse de ella. Entonces, y solo entonces los principios y la ley autorizan la declaración de robo. En el caso de que ese acto no tenga lugar, en el de que la llave no haya llegado a manos del malhechor por el ejercicio de su actividad dolosa, la apropiación de las cosas ajenas mediante el uso fraudulento de una llave legítima, podrá dar vida al delito de hurto pero nunca al de robo*”⁸⁹.

Soriano destaca, como la definición expuesta señala, los dos criterios que sirven para delimitar el concepto normativo de sustracción: por una parte, el acto previo intencional, que implica una *preordenación del acto de apoderamiento de la llave*, a la apertura de lo cerrado y consecución de los bienes apetecidos que allí se guardan, y por otro, la *nota de desposesión*, en la frase de que “*el propietario se vea privado de la llave temporal o definitivamente*”, distinguiendo el uso ilegítimo de la llave, del apoderamiento de ella⁹⁰. Ahondando en estas ideas, este autor expone que las llaves deben entenderse sustraídas “*cuando materialmente se saquen de la esfera de disponibilidad o utilización efectiva de su poseedor, pasando al ámbito de poder del autor de la sustracción*”⁹¹.

La idea de sustracción implica “*el despliegue de una actividad finalística, es decir, aparece la preordenación; y se precisa la ruptura de la relación posesoria, para considerarse sustraída*”⁹². En lo que respecta al criterio de la *sustracción preordenada*, el autor indica que la sustracción de las llaves se produce *para robar*: “*Las llaves, salvo casos de que posean un valor intrínseco material o histórico, no se sustraen por sí, sino como medio para otro fin*”⁹³.

El citado autor propone una interpretación restrictiva del concepto de sustracción, en la medida en que este exige del delincuente “*un despliegue de una actividad tendente a conseguir*

⁸⁸ Para el tratamiento de la cuestión nos hemos basado en el estudio de José Soriano Soriano, consignado en la cita precedente. Del mismo modo, los criterios de delimitación que se expondrán constituyen una propuesta original de este autor.

⁸⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*, Salamanca, Esteban Hermanos Impresores, 1896, VI, p. 186.

⁹⁰ SORIANO, p. 797.

⁹¹ SORIANO, p. 802.

⁹² SORIANO, p. 803.

⁹³ SORIANO, p. 809.

la llave, que es el medio a través del cual podrán eludir esa barrera protectora de bienes ajenos, que su propietario establece para la mejor defensa de su patrimonio; por lo que en todos aquellos casos en los que el autor de los hechos se encuentra en poder de la llave, sin haber buscado su posesión a propósito, sino, por el contrario, su adquisición es fruto del azar, o de una legítima entrega, no entienden como sustraída dicha llave, aunque hagan uso ilegítimo o no autorizado de la misma”⁹⁴.

Si bien las ideas expuestas precedentemente constituyen un esfuerzo de la doctrina por delimitar el concepto de sustracción en el ámbito del delito de robo con fuerza en las cosas, que venía siendo interpretado en términos muy amplios por la jurisprudencia española de la época, de ellas podemos extraer, con ciertos matices y realizando los debidos ajustes, las notas o criterios necesarios para precisar nuestro propio objeto de estudio.

Siguiendo el esquema propuesto, podemos afirmar que la sustracción designa, ante todo, una actividad ilícita del sujeto activo que despliega con *anterioridad* y con la *finalidad* de usar, en términos amplios, el instrumento mercantil. Esta actuación previa se concreta en el traslado material de la tarjeta desde la esfera de custodia del tarjetahabiente hacia el ámbito de disposición del sujeto activo. Estas primeras precisiones permiten situar fuera del ámbito de la sustracción los usos indebidos de tarjetas, cuya posesión se ha obtenido de manera lícita.

Los restantes supuestos problemáticos los iremos abordando desde la perspectiva del planteamiento expuesto *supra*, comenzando por aquellos en los que no parece existir mayores discrepancias, hasta llegar a los casos que generan mayores dudas.

6.1. Hurto de tarjeta

En principio, no deberían presentarse dudas acerca de la inclusión del hurto en el concepto de sustracción de tarjeta, por cuanto este fue, precisamente, uno de los propósitos que tuvo en vista el legislador al incorporar como objeto material del delito las tarjetas sustraídas.

El hurto de tarjeta queda comprendido en el concepto de sustracción, y esto es lo verdaderamente relevante, puesto que más que hablar de los requisitos típicos del delito de hurto, lo importante es que se ejecute la acción de sustraer de acuerdo con los criterios que se han propuesto anteriormente. En el hurto existe la *desposesión* del objeto material, de modo tal que el sujeto activo debe extraer o apartar aquél del ámbito de disponibilidad y poder del sujeto pasivo⁹⁵.

En el uso común del lenguaje también se considera equivalentes los términos sustracción y hurto. Así, según la RAE, sustraer significa:

⁹⁴ SORIANO, pp. 796-797.

⁹⁵ SORIANO, p. 817.

- 1.- Apartar, separar extraer,
- 2.- Hurtar, robar fraudulentamente⁹⁶.

6.2. Robo de tarjeta

Se trata de otro supuesto que no resulta controvertido, puesto que el robo, en cualquiera de sus modalidades, supone la sustracción del objeto material del delito. En consecuencia, sea que el robo de tarjeta se cometa empleando fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, en cualesquiera de estos casos nos encontramos ante una sustracción de tarjeta. Si además de la sustracción se cometen otros delitos, por ejemplo el robo con violencia o intimidación, se produce un concurso de delitos que debe ser resuelto conforme a los principios que rigen dicha materia.

6.3. Tarjetas perdidas

Señala Etcheberry que cosas perdidas son las *extraviadas* y las *olvidadas*, las que se oponen a las cosas abandonadas (*derelictæ*), que se adquieren por su primer ocupante. Agrega que una cosa se encuentra en poder de una persona cuando se mantiene dentro de su esfera de custodia⁹⁷.

Entre nosotros, la apropiación de especies al parecer perdidas o abandonadas puede dar lugar al denominado *hurto de hallazgo*, sancionado en los *artículos 448 y 494 N° 19 del CP*. La ubicación del primero de los preceptos, en el *Título IV* destinado a los hurtos, no debe conducir al equívoco de considerar que la apropiación de una tarjeta perdida (o abandonada) constituye un hurto de tarjeta, por ende, comprendido en la noción de sustracción. En efecto, en el hurto de hallazgo no puede hablarse de sustracción, dado que las cosas ya han salido de la esfera de custodia de su detentador, y no se verifica, por tanto, el acto de desposesión que caracteriza el concepto de sustracción. La diversa naturaleza que posee el hurto de hallazgo con el hurto propio no genera divergencias en nuestra doctrina⁹⁸, que ha puesto de manifiesto la mayor cercanía que tiene aquella figura con las apropiaciones que se realizan mediante abuso de confianza⁹⁹.

⁹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2012. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sustraer>. [Consulta: 30 de octubre de 2012]

⁹⁷ ETCHEBERRY, t. III, p. 312.

⁹⁸ En este sentido, ETCHEBERRY, t. III, p. 311; GARRIDO, t. IV, pp. 184-186; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, pp. 324-325.

⁹⁹ ETCHEBERRY, t. III, p. 311, señala que “sólo impropiamente puede asimilarse al hurto una figura como ésta, en la que si bien hay apropiación, no existe en verdad sustracción, que es la forma particular que el elemento material de aquélla asume en el hurto. Esta conducta indudablemente está más cerca de la apropiación indebida que del hurto. La generalidad de la doctrina considera esta hipótesis como un ‘hurto impropio’, más bien asimilado a las apropiaciones por abuso de confianza, en que no hay sustracción”. De este parecer fue el legislador español de 1983, que mediante la reforma operada ese año, tipificó esta conducta entre los delitos de apropiación indebida en el *artículo 535* (actual

La ubicación de la figura en el párrafo correspondiente al hurto, a lo más, ha llevado a nuestra doctrina a exigir la concurrencia de ánimo de señor o dueño, o sea, la voluntad de apropiación de la especie al parecer perdida. La equiparación legislativa, en virtud de la cual podríamos hablar de una variante del hurto propio, solo podría tener efectos para subsumir una determinada conducta en el delito del *artículo 448* del CP, denominado hurto de hallazgo, pero en modo alguno podría emplearse como argumento para extender el hallazgo fortuito de la especie al ámbito de la sustracción. Como ya lo hemos señalado, en el hurto de hallazgo las especies se encuentran *al parecer perdidas* o *abandonadas*, es decir, en ambos casos, a fin de cuentas, fuera de su esfera de resguardo, lo que es incompatible con la actividad que supone para el sujeto activo la sustracción de la especie.

6.4. Adquisición de tarjetas por medio de engaño, fraude o estafa

En este punto se trata de responder a la cuestión de si el concepto de sustracción es compatible o no con las entregas voluntarias de tarjetas, en que el consentimiento del titular se encuentra viciado, producto de un engaño precedente realizado por el sujeto activo. Dicho de otro modo, queremos saber si las notas distintivas del concepto de sustracción resultan conciliables con la consecución del objeto material del delito cuando el agente, como consecuencia de un engaño, genera un error en el tarjetahabiente, que lo lleva a desprenderse, al menos temporalmente, de la tarjeta.

La idea de una actividad engañosa cuyo resultado final es un perjuicio de carácter patrimonial sugiere inmediatamente la idea del delito de estafa y, de modo más general, nos refiere a la noción de fraude. A nuestro entender, la denominada *estafa de tarjeta*¹⁰⁰ puede ser analizada desde dos perspectivas: como una de las formas que el sujeto activo emplea para acceder al instrumento mercantil, tarjeta de crédito o débito, es decir, como un acto previo a la utilización de la tarjeta en alguna de las formas que señala el artículo 5º, lo que nos lleva a examinar la correspondencia del apoderamiento mediante engaño con el concepto de sustracción; o bien, puede ser examinada desde la perspectiva del delito de estafa, es decir, a través del análisis de sus elementos típicos.

artículo 253 del CP español). Ahora bien, se debe remarcar que entre el hurto de hallazgo y la apropiación indebida la proximidad a que aludimos obedece a que en ambos casos existe un acto de apropiación (*animus rem sibi habendi*), pero el tipo objetivo de este último delito los distingue claramente del hurto de hallazgo. En este sentido, véase OJEDA SALDIVIA, Alberto, *Hurto de Hallazgo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 39.

¹⁰⁰ La expresión la utilizamos en un sentido análogo al que se emplea en el delito de robo con fuerza en las cosas cometido mediante la utilización de llave sustraída. Al respecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María, "Llaves falsas y delincuencia patrimonial", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 10, (1985-1986), p. 154, señala que con esta etiqueta "se alude a aquellos supuestos en los cuales el ladrón utiliza una llave que le ha sido entregada, mediante una maniobra engañosa, por el propio titular de la misma".

Comenzaremos el análisis desde esta última perspectiva. En lo que respecta al engaño y el error, no parecen existir mayores inconvenientes para afirmar la concurrencia de estos elementos en el tipo penal de estafa. Sin embargo, las dudas se plantean con los dos requisitos que completan el tipo objetivo, indispensables para estimar una estafa consumada: el acto de disposición y el perjuicio patrimonial¹⁰¹.

Si concebimos el acto de disposición en términos amplios, en su aspecto positivo, como una acción, este comprende la entrega de bienes muebles o inmuebles. Resulta indudable que la tarjeta de crédito o débito es, fuera de cualquier consideración sobre su naturaleza jurídica, un bien de carácter mueble. Entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial debe existir una relación de inmediatez, de modo tal que el acto dispositivo sea idóneo para producir el perjuicio¹⁰².

Señala Valle que en la estafa la acción típica debe ser una conducta engañosa dirigida a provocar una disposición patrimonial, verdadero vehículo inmediato del perjuicio ajeno y del correlativo enriquecimiento propio: *“El daño patrimonial requerido por la descripción típica es consecuencia directa de la propia disposición realizada por el sujeto engañado. Entre esta conducta y el resultado, no debe mediar una actividad del reo que pudiera calificarse como de apoderamiento”*¹⁰³.

En términos similares, pero en materia de robo con fuerza en las cosas, se manifiesta Fernández, quien luego de reiterar la necesidad de que el acto de disposición sea consecuencia directa e inmediata del engaño, rechaza que en estos casos pueda configurarse un delito de estafa: *“El desplazamiento patrimonial ha de ser conocido y realizado por el sujeto activo inducido a error. En la denominada ‘estafa de llave’ no sucede así, ya que los bienes muebles pasan a disposición del sujeto activo por una acción de apoderamiento subrepticio posterior a la entrega de la llave y desconocida por el titular de la misma”*¹⁰⁴.

En los casos en que el sujeto activo, mediante engaño, obtiene la entrega de alguno de estos instrumentos de pago por parte de la víctima, y supuesto también que se ha obtenido el número secreto, el perjuicio patrimonial derivará, en principio, del empleo posterior de dicho instrumento por parte del agente. Normalmente, esta actuación va a consistir en el empleo de la tarjeta para efectuar retiros de dinero. De este modo, observamos que el perjuicio del titular, configurado por los retiros de dinero de su cuenta, se verifica por

¹⁰¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Los delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María (director), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, 2012, Capítulo 12, pp. 325-366, define la disposición patrimonial *“como un acto consistente en entregar, gravar o realizar una prestación, sin que para ello sea necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos por el Derecho civil (capacidad negocial) para poder disponer. El acto de disposición puede consistir en una acción (ej.: la entrega de una cosa) o en una omisión (ej.: no ejercicio de un derecho)”*.

¹⁰² PASTOR, p. 333, señala que falta esta inmediatez *“y, por ello, no hay estafa sino hurto en los casos en que entre el comportamiento del disponente y el perjuicio existe un comportamiento adicional del autor o de un tercero al que hay que atribuir el perjuicio”*.

¹⁰³ VALLE MUÑOZ, José, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 208.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, p. 155.

hechos posteriores a la entrega de la tarjeta, lo que implica el rompimiento de la relación consecucional que debe existir entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial. Esta argumentación nos conduce a negar la existencia de un delito de estafa, ya que la apropiación del dinero de la víctima no se produce como consecuencia del acto de disposición del engañado, sino, como ya lo hemos señalado, en virtud de una actuación posterior del sujeto activo.

Pero aún, teóricamente, cabría la posibilidad de plantear la existencia de un perjuicio patrimonial derivado del acto de disposición, por la circunstancia de que el tarjetahabiente pueda, temporalmente, verse privado de acceder a su línea de crédito o de adquirir bienes o servicios mediante el instrumento mercantil.

Como es sabido, el perjuicio patrimonial está íntimamente ligado a la concepción de patrimonio que se mantenga como bien jurídico tutelado por el delito de estafa. No podemos en este trabajo abordar las propuestas de patrimonio efectuadas por la doctrina¹⁰⁵. Sin perjuicio de ello, parece necesario dejar establecido que nuestra regulación positiva impide la admisión de las denominadas concepciones personalistas o funcionales del patrimonio, siendo ineludible para estas posturas la circunstancia de que el *artículo 467 del CP* establezca una estricta medición del castigo sobre la base de la cuantía de lo defraudado. Ello no se opone a que en la concreta valoración del perjuicio patrimonial puedan integrarse las necesidades de la víctima, estimación que se lleva a efecto en la fase subjetiva del denominado criterio objetivo-subjetivo en la determinación del perjuicio típico¹⁰⁶.

Si aceptamos que el concepto mixto de patrimonio es el que mejor se aviene con nuestra regulación de la estafa, nos parece que la sola privación del instrumento mercantil es insuficiente para configurar el perjuicio típico que precisa la consumación de este delito. En efecto, de acuerdo con la posición doctrinal mayoritaria, el perjuicio se define como una disminución del patrimonio, detrimento que se ha de constatar comparando el estado del patrimonio antes y después del acto de disposición.

Como hemos expuesto en los fallos citados *supra*, a propósito del perjuicio como elemento de agravación de la pena, en nuestra jurisprudencia parece consolidado el criterio conforme al cual el perjuicio debe ser “real y efectivo”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Para una perspectiva de las distintas nociones de patrimonio elaboradas por la doctrina, véase SCHLACK MUÑOZ, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2, (2008), pp. 261-292.

¹⁰⁶ El criterio objetivo-subjetivo en la determinación del perjuicio lo encontramos ya en la clásica obra de ANTÓN ONECA, José, “Estafa”, en MASCAREÑAS, Carlos-E (director), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1958, IX, p. 69.

¹⁰⁷ VALLE, p. 234, indica que no es suficiente la alteración material del patrimonio: “... la concesión de un crédito, la perfección de una relación obligacional, la suscripción de un efecto cambiario, con ello se tiene un riesgo –en mayor o menor medida– para el patrimonio pero el perjuicio sólo surgirá con el detrimento económico del mismo: el impago del crédito, la ejecución de la obligación, la frustración del cobro de la letra de cambio, etc.”

De acuerdo con ello, y considerando que la concurrencia del perjuicio viene exigida tanto por el concepto económico-jurídico de patrimonio, como por el hecho de que la sanción se mide en función de la cuantía de lo defraudado, no resulta admisible considerar la existencia del perjuicio patrimonial por la sola circunstancia de que el tarjetahabiente no pueda, temporalmente, acceder a su línea de crédito o adquirir bienes con sus tarjetas. No es posible hablar de menoscabo económico, ni desde la perspectiva del daño emergente ni desde la óptica del lucro cesante.

Desestimada la posibilidad de apreciar un delito de estafa de tarjeta (en grado de consumado), resta por dilucidar si la adquisición del instrumento mercantil mediante engaño resulta compatible con el concepto de sustracción.

Como señala Vives-González, en el lenguaje corriente la expresión engaño indica *“la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad. Y a este significado se han atenido doctrina y jurisprudencia, entendiéndose por otra parte que, ‘prima facie’, cualquier clase de engaño, con tal que haya desempeñado el papel causal que la estructura de la estafa le atribuye, es suficiente para realizar el tipo”*¹⁰⁸.

En principio, no parece incompatible la noción de sustracción con la adquisición de tarjeta cuando ha mediado engaño. Y ello siempre será así, en la medida en que el engaño permita una “relajación” de las barreras de custodia de parte del tarjetahabiente, siendo el agente quien en definitiva, con su actividad posterior, se apropia de la tarjeta. En estos casos, el papel que desempeña el engaño consiste en facilitar la apropiación de la tarjeta por parte del sujeto activo, de modo tal que el engaño se presenta como un elemento añadido a las notas esenciales de desposesión y apropiación.

6.5. Apropiación indebida de tarjetas

El delito de apropiación indebida se ubica en los denominados *Fraudes por abuso de confianza*, delitos que, según Etcheberry, tienen como elemento común que una de las partes de la relación jurídica ha entregado a la otra un poder de hecho, que viene a expresar para aquella una *renuncia de sus medios de resguardo o defensa* contra un posible incumplimiento o un mal uso de la cosa o poder entregados¹⁰⁹. El artículo 470 N° 1 sanciona con las penas de la estafa: *“A los que en perjuicio de otro distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”*. El tipo objetivo de la apropiación indebida supone que el sujeto activo ha recibido la cosa por un acto voluntario y válido del dueño. De este modo, la dinámica comisiva de este delito se opone a la idea de sustracción, que alude, ante todo, a una actividad contraria a la voluntad del titular,

¹⁰⁸ VIVES, Antón et al., *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 412.

¹⁰⁹ ETCHEBERRY, t. III, p. 424.

aspecto que se aprecia con nitidez en los delitos de robo y de hurto¹¹⁰. En este sentido, nuestra doctrina señala que el delito de apropiación indebida requiere de una tenencia fiduciaria por parte del sujeto activo, y que no basta la mera tenencia material de la cosa, la que solo puede dar lugar al delito de hurto. Al respecto, señala Etcheberry: “*En la entrega material, el propietario no entiende desprenderse de nada, como no sea de la simple materialidad física de la cosa (...) En la entrega fiduciaria, en cambio, el propietario se desprende, no solo de la cosa, sino de su custodia, que la confía a otro, el que goza de autonomía o poder discrecional para realizar su encargo o ejercitar sus derechos*”¹¹¹.

De acuerdo con lo señalado, la estructura del tipo apropiación indebida es incompatible con la idea de sustracción, ya que en aquel el sujeto pasivo entrega voluntariamente la especie apropiada, confiando la custodia de ella al sujeto activo, siendo la apropiación subyacente o posterior a un acto lícito¹¹².

6.6. Utilización abusiva de tarjetas entregadas voluntariamente por su titular

En este punto abordamos los casos de usos consentidos por el titular de las tarjetas, pero en que, de algún modo, se quebrantan los términos de dicha autorización. Hernández se refiere a esta problemática como casos de *relaciones internas* del titular con las personas a quienes permite el uso de su titularidad. Ejemplos de ello serían el encargo para obtener determinadas sumas de dinero de un cajero automático en que los términos de la orden aparecen contrariados por la extracción de sumas superiores o cuando no se aplican al fin previsto¹¹³.

Si se considera que en el ámbito de aplicación de la *Ley N° 20.009*, el objeto material del delito está circunscrito a las tarjetas *falsificadas* o *sustraídas*, necesariamente debe concluirse que los denominados casos de “relaciones internas” deben ser penados acudiendo a otros delitos¹¹⁴.

¹¹⁰ Este aspecto se presenta de forma clara en el delito de robo con fuerza en las cosas, en el cual el propietario del bien manifiesta su voluntad de excluir a terceros del acceso a estos, mediante la interposición de mecanismos de resguardo. En la superación de esas medidas de resguardo por parte del agente radica el plus de injusto que representa el robo con fuerza en las cosas respecto del delito de hurto. Al respecto, véase la completa monografía de MATA Y MARTÍN, Ricardo, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 430.

¹¹¹ ETCHEBERRY, t. III, p. 430.

¹¹² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, p. 456.

¹¹³ HERNÁNDEZ (2008), pp. 29-30.

¹¹⁴ HERNÁNDEZ (2008), p. 30, desliza la posibilidad de apreciar en estos casos, según las características que presenten, los delitos de estafa convencional, administración desleal o apropiación indebida.

7. CONCLUSIONES

A través del artículo 5° de la Ley N° 20.009, el legislador chileno procuró abarcar las principales conductas delictivas asociadas a las tarjetas de crédito, de débito y sus claves, otorgando protección penal a ilícitos que solo en determinados supuestos podían ser subsumidos en algunos de los tipos penales que tutelan la propiedad y el patrimonio.

De modo general, podemos diferenciar dos grupos de conductas ilícitas consideradas por la norma objeto de estudio: aquellas que son previas al uso (sustracción y falsificación) y las que suponen el empleo de estos instrumentos de pago (o sus claves).

En el tipo objetivo, consideramos que el artículo 5° constituye un delito pluriofensivo, ya que se protege más de un bien jurídico. En este sentido, inicialmente podemos identificar la fe pública como objeto jurídico, en el caso de la falsificación de tarjetas, y el patrimonio, cuando se produce un daño de carácter pecuniario.

El objeto material del delito, delimitado a las tarjetas de crédito, de débito y sus claves, si bien restringe el ámbito de punibilidad del precepto, deja al margen de la protección penal otros instrumentos de pago, de naturaleza o eficacia similar a las tarjetas de crédito o débito. En este sentido, parece necesario un esfuerzo dogmático que intente dirimir la posibilidad de subsumir las conductas delictuales realizadas con otros medios de pago en alguno de los tipos penales actualmente vigentes.

En lo que respecta a los ilícitos previos al uso de las tarjetas, el artículo 5° sancionó expresamente la falsificación de tarjetas de crédito o débito. No hizo lo mismo con la sustracción de tarjeta, ya que el legislador entendió que esta conducta podía ser sancionada a través de los tipos penales que cautelan el derecho de propiedad.

Parece difícil, sin embargo, considerar que la sola sustracción de la tarjeta pueda dar lugar al delito de hurto, debido al escaso valor intrínseco que poseen las tarjetas. Por otro lado, el hurto requiere del *animus rem sibi habendi*, implícito en la conducta de apropiación, lo que suscita dudas en el caso de las tarjetas, por cuanto lo normal es que el sujeto activo actúa con *animus utendi* (ánimo de usar para restituir). Aisladamente, la sustracción podría ser sancionada solo como falta, a menos que se considere que el valor de la cosa está determinado por otros aspectos, como su valor de uso o por el crédito disponible, opinión que en este trabajo no se comparte.

En cuanto a la falsificación, el concepto debe ser entendido en términos amplios. En él se comprende tanto la clonación, como la creación de tarjetas. Vinculado al objeto jurídico que se protege en las falsedades documentales, surge la exigencia de que la falsificación sea idónea, en el sentido de que, efectivamente, pueda producir consecuencias en el tráfico jurídico.

La noción de sustracción que se sigue en esta investigación supone el quebrantamiento de la esfera de custodia por alguna actividad del sujeto activo con la finalidad de utilizar alguno de estos instrumentos de pago.

De acuerdo con dicho criterio, quedarían comprendidas en la idea de sustracción, como supuestos de incriminación del artículo 5º: el hurto, el robo y la adquisición indebida de tarjetas mediante engaño.

La necesaria coherencia con los factores que se consideraron para delimitar el concepto normativo de sustracción obliga a excluir del ámbito de aplicación del artículo 5º los casos de usos abusivos de tarjetas que han sido entregadas voluntariamente por el titular. De igual manera, los puntos de partida utilizados para precisar la idea de sustracción conducen a excluir del tipo penal estudiado las utilidades de tarjetas que han sido perdidas y encontradas por el agente (hallazgo de tarjeta), así como las apropiaciones indebidas de tarjetas y los casos que se han denominado *estafa de tarjeta*.

8. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, José, "Estafa", en MASCAREÑAS, Carlos-E (director), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1958, IX.

AZCONA ALBARRÁN, Carlos, *Tarjetas de pago y derecho penal. Un modelo interpretativo del artículo 248.2.c) CP.*, Barcelona, Atelier, 2012.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo, "El perjuicio en la estafa", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 14, (2010).

BERNAL JURADO, Enrique, *El mercado español de tarjetas de pago bancarias: situación actual y perspectivas*, Madrid, Civitas, 2001.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel, *Estudio del bien jurídico en las falsedades documentales*, Granada, Comares, 2000.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007, IV.

CARDONA TORRES, Juan, *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 2010.

DORN GARRIDO, Carlos, "Clonación de instrumentos privados mercantiles", en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, 7, (2002).

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, I.

_____, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, III.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar et al. "Art. 399 bis", en *Comentarios al Código Penal. Segunda época, t. XII, Libro II, Título XVIII De las falsedades (artículos 386 al 403)*. COBO DEL ROSAL, Manuel y MORILLAS CUEVA, Lorenzo (directores), Madrid, Dykinson, 2011.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María, "Llaves falsas y delincuencia patrimonial", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 10, (1985-1986).

_____, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, IV.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, III.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio *et al.*, “Tema 21 Falsedades”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coordinadora), *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª edición, Madrid, Comares, 2010.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*, Salamanca, Esteban Hermanos Impresores, 1896, VI.

GRUNEWALDT, Andrés, “El delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito en la jurisprudencia nacional”, en *Boletín de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público*, 11, (2006).

HEFENDEHL, Roland *et al.*, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, 2007.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV., *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco, Imprenta Austral, Universidad Católica de Temuco, 2003.

_____, “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, en *Política Criminal*, vol. 3, N° 5, (2008). Disponible en: www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf.

Historia de la Ley N° 20.009, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/10161/1/HL20009.pdf>.

JAVATO MARTÍN, Antonio, “La falsificación de las tarjetas de crédito y débito. Análisis del artículo 399 bis del Código Penal”, en *La Ley Penal*, 101, Sección Estudios, (2013).

KRAUSZ BITRÁN, Alan, *Tarjetas de crédito no bancarias y su nueva regulación. Para todos los profesionales del área comercial y financiera*, Colombia, Legis, 2006.

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, II.

LOZANO BLANCO, Carlos *et al.*, “Lección 16ª, Falsedades”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, II, Madrid, Tecnos, 2011.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, “Infracciones Penales con Tarjetas de pago”, inédito, 2012.

MATA Y MARTÍN, Ricardo y JAVATO MARTÍN, Antonio, “Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 20, (2009).

Minuta conjunta de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y el Banco Central de Chile sobre nueva regulación de tarjetas de crédito. Disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/docs/Normas/20130419_Minuta-III1-No-Bancarios.pdf. “[Consulta: 11 de mayo de 2013]”

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Buenos Aires, B de F, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OJEDA SALDIVIA, Alberto, *Hurto de Hallazgo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Los delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María (director), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, 2012.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PRADO PUGA, Arturo, “Algunas consideraciones sobre la tarjeta de crédito”, en *Gaceta Jurídica*, 131, (1991).
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal español. Parte especial*, 6ª edición, Barcelona, Atelier, 2010.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 2012. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sustraer>.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Código Penal. Concordado y Comentado con Jurisprudencia y Leyes Especiales y complementarias*, Madrid, La Ley, 2011.
- RUIZ MARCO, Francisco, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, Editorial Dilex, S.L, 1995.
- SALINERO ALONSO, Carmen, “Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Iustel, 2011, v. I, t. III.s
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Las tarjetas de pago”, en *Revista de Derecho Privado*, 11, (2004).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Tarjeta de crédito bancaria*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- SCHLACK MUÑOZ, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, (2008), v. 35, N° 2.
- SORIANO SORIANO, José, “Llaves falsas. Las legítimas sustraídas al propietario. Estudio jurisprudencial al artículo 510, núm. 2, del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 39, (1989).
- VALLE MUÑIZ, José, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, Bosch, 1987.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho Penal práctico. Teoría del delito con casos*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010.
- VIVES, Antón et al., *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

CA de Santiago, 18 de octubre de 2006, Rol N° 1864-2006. Disponible en: [microjuris, CL/IUR/3256/2006](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

CA de Santiago, 29 de febrero de 2008, Rol N° 92-2008. Disponible en: [microjuris, CL/IUR/5462/2008](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

CA de Santiago, 19 de mayo de 2008, Rol N° 749-2008. Disponible en: [microjuris, CL/IUR/687/2008](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

CA de Valparaíso, 11 de abril de 2006, Rol N° 246-2006. Disponible en: [microjuris, CL/IUR/770/2006](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

CA de Valparaíso, 9 de diciembre de 2009, Rol N° 1178-2009. Disponible en: [microjuris, CL/IUR/4587/2009](#). [Consulta: 11 de octubre de 2012]

Tercer TJOP de Santiago, 22 de agosto de 2006, Rit N° 116-2006, Ruc N° 0500315210-5.

Tercer TJOP de Santiago, 12 de septiembre de 2006, Rit N° 195-2006, Ruc N° 0500353082-7.

TJOP de Viña del Mar, 2 de diciembre de 2005, Rit N° 184-2005, Ruc N° 05003 85107-0.

TJOP de Viña del Mar, 25 de febrero de 2006, Rit N° 01-2006, Ruc N° 050028 1323-K.

Séptimo JG de Santiago, 20 de marzo de 2006, Rit N° 1063-2005, Ruc N° 05003 75795-3.

Décimo Cuarto JG de Santiago, 25 de julio de 2006, Rit N° 3042-2005, Ruc N° 060 0343931-1.

JG de Viña del Mar, 8 de noviembre de 2005, Rit N° 6237-2005, Ruc N° 050054 8885-2.