

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.
Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves*

Héctor Hernández Basualto
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Universidad Alberto Hurtado.
hhernand@uahurtado.cl

Resumen

En relación con el tipo penal de uso indebido de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas, introducido en el Derecho penal chileno mediante la Ley N° 20.009 del año 2005, el autor se hace cargo de la situación jurídica vigente hasta ese momento para tales conductas, en el contexto de la discusión general sobre los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Luego de constatarse la existencia de un importante vacío legal y de presentarse los modelos comparados de regulación disponibles en la materia, se acomete la valoración crítica y el análisis dogmático de las nuevas disposiciones.

Palabras clave

Tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas – uso abusivo de cajeros automáticos – delitos patrimoniales – delitos contra la propiedad

Abstract

In Bezug auf den durch Gesetz Nr. 20.009 des Jahres 2005 in das chilenische Strafrecht eingefügten Straftatbestand der unbefugten Verwendung von gefälschten bzw. weggenommenen Kredit- bzw. Zahlungskarten befasst sich der Verfasser mit der bis dahin für solche Handlungen gültigen Rechtslage im Rahmen der allgemeinen Diskussion zu den Vermögens- und Eigentumsdelikten. Nach der Feststellung einer diesbezüglichen bedeutsamen Strafbarkeitslücke sowie der Darstellung der aus rechtsvergleichender Sicht zur Verfügung stehenden Regelungsmodelle werden die neuen Vorschriften kritisch bewertet und dogmatisch analysiert.

* Trabajo recibido el día 23 de enero de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 11 de abril de 2008. Una primera versión de este Trabajo se presentó como ponencia en las Terceras Jornadas Derecho Penal, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en Santiago, los días 23 y 24 de noviembre de 2006.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Schlüsselwörter

Gefälschte bzw. weggenommene Kredit- bzw. Zahlungskarten – Missbrauch von Geldautomaten – Vermögensdelikte - Eigentumsdelikte

Introducción

Mediante el art. 5° de la Ley N° 20.009, de 1 de abril de 2005, se introdujeron al derecho chileno varios tipos penales relativos al uso de tarjetas de crédito y débito y a las claves asociadas a las mismas, dando lugar a una serie de arduas cuestiones interpretativas. El presente trabajo tiene por objeto hacerse cargo de algunas de esas cuestiones, específicamente de las que suscita el tratamiento que la nueva disciplina legal le da a la obtención indebida de dinero, bienes o servicios mediante tarjetas falsificadas o sustraídas o mediante el uso de sus respectivas claves.

En consecuencia, no se abordarán en este contexto otras cuestiones de innegable importancia como, por ejemplo, el tratamiento de la conducta previa al uso indebido de la tarjeta o clave (“falsificación”, sustracción, “*phishing*”)¹ o de la conducta ilícita del propio titular de las mismas,² entre otras. Cabe destacar, con todo, que la experiencia acumulada en poco más de un año de vigencia de la ley muestra que la hipótesis de la letra b) del art. 5°, específicamente la hipótesis de uso de la tarjeta falsificada o sustraída, es, con distancia, la de mayor aplicación práctica,³ lo que justifica en buena medida la atención preferente que aquí se le brinda, sin perjuicio de aquélla que se dispensa a la que, si bien no se conocen todavía casos en que se haya aplicado, parece ser la innovación más radical y problemática del nuevo texto legal, como es la criminalización del uso indebido de las claves asociadas a las tarjetas.

La problemática en cuestión no sólo tiene una enorme importancia práctica, sino que también teórica, en la medida en que se trata de un ámbito en el cual se ponen a prueba tanto los límites conceptuales entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio⁴ -sin contar con la eventual superposición con la protección de la llamada fe

¹ La nueva ley se hace cargo especialmente de la “falsificación” de la tarjeta (art. 5° letra a), sin perjuicio de lo dudoso que resulta dicho concepto. La sustracción y el llamado *phishing* (“pesca de claves”, mezcla de los términos en inglés *password* y *phishing*) deben abordarse en cuanto tales con el instrumentario tradicional de los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

² Uno de esos posibles usos, el uso malicioso de la tarjeta bloqueada, estaría especialmente regulado en la letra f) del art. 5° de la ley.

³ Véase GRUNEWALDT, Andrés: “El delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito en la jurisprudencia nacional”. *Boletín de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público*. N° 11 (2006), p. 7 y ss.

⁴ Como se sabe, dicho en términos muy gruesos, los *delitos contra la propiedad* se caracterizan por proteger el especial vínculo que existe entre una cosa y su titular, con independencia del efecto que la afección de ese vínculo tenga para el patrimonio considerado en su conjunto; en tanto que los *delitos contra el patrimonio* protegen sólo el patrimonio en su conjunto, resultando indiferentes en cuanto tales las afecciones del vínculo existente con alguna cosa en particular. Al respecto ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Delitos contra la*

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

pública- como las ordenaciones sistemáticas que tradicionalmente los han acogido. De ahí que parezca oportuno, antes de abordar el análisis de la nueva solución legislativa, hacerse cargo de la situación previa de ausencia de regulación específica, en la que las grandes cuestiones sistemáticas se podían apreciar con mayor nitidez, con lo cual, además, se obtiene un contexto que permite apreciar mejor los caminos que estaban disponibles para el legislador chileno, así como los aciertos y desaciertos de su concreta intervención.

1. La situación previa a la Ley N° 20.009

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.009 la ausencia de una regulación específica en materia de uso indebido de tarjetas de crédito y débito y de sus claves obligaba a considerar la posible aplicación de los tipos penales tradicionales disponibles, básicamente los destinados a la protección de la propiedad y del patrimonio, de modo que el examen de la situación previa se resuelve, en definitiva, en el de la posible aplicación de los mismos a las hipótesis particulares. Ahora bien, en la medida en que tales hipótesis exhibían y exhiben estructuras diferentes, no es posible realizar un examen conjunto, sino uno necesariamente diferenciado por tipo de conducta.

Para estos efectos se pueden distinguir tres supuestos fundamentales de uso indebido de la tarjeta, de su clave o de ambas: la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos (o de bienes en expendedores automáticos), la obtención indebida de servicios en expendedores automáticos, la obtención indebida de objetos o servicios en transacciones comerciales con interacción personal.

A continuación se revisará sintéticamente la posible aplicación de los tipos tradicionales contra la propiedad y el patrimonio a estos tres supuestos, no sin antes destacar, como un dato común a todos ellos, la imposibilidad de aplicar tanto los tipos penales de la Ley N° 19.223, de 7 de junio de 1993, que tipifica figuras relativas a la informática, como los tipos de falsedad previstos en el Título IV del Libro Segundo del Código penal.

En cuanto a los llamados *delitos informáticos*, una primera restricción se impone a partir de que éstos teóricamente sólo podrían tener aplicación cuando el uso de la tarjeta activa directamente el funcionamiento de un sistema automatizado de tratamiento de datos, lo que ocurre sólo en contadas hipótesis. Pero aun en ese contexto, en la medida en que dicho uso ostensiblemente no destruye ni inutiliza el sistema ni impide su funcionamiento ni, en fin, daña o altera los datos contenidos en el mismo, debe descartarse de plano la posible aplicación de los delitos previstos en los arts. 1° y 3° de la Ley N° 19.223.⁵ Tampoco se dan

propiedad y el patrimonio. Madrid: Akal, 1988. p. 22 y ss.; entre nosotros SOTO, Miguel. *La apropiación indebida (acción, autor y resultado típico)*. Santiago: ConoSur, 1995. p. 45 y ss.; HERNÁNDEZ, Héctor. “La administración desleal en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho (PUCV)*, XXVI (2005-I), p. 201 (p. 240 y s.); BASCUÑÁN, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, I (2004), p. 293 y ss.

⁵ El art. 1° reprime al “que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento”, aumentándose la pena cuando “como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema”, en tanto que el art. 3°

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

los requisitos del art. 2° de la ley,⁶ pues aunque se admitiera en principio la existencia de un acceso indebido al sistema, lo que no es evidente, la subsunción fracasaría de todos modos en la medida en que no lo inspira el preciso “ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la *información*” contenida en el mismo, sino simplemente el propósito de hacerlo funcionar y obtener prestaciones de él.⁷

En lo que concierne a los delitos de *falsedad*, desde luego éstos no podrían tener aplicación respecto de tarjetas sustraídas, sencillamente porque faltaría el presupuesto básico de la figura, cual es que se trate de un instrumento “falso”⁸. Pero incluso respecto de tarjetas “falsificadas”, se presenta la imposibilidad de ver en las tarjetas de crédito o débito el *objeto* requerido por los respectivos tipos penales. Claramente no es posible subsumirlas en los específicos objetos previstos en los cuatro primeros párrafos del Título IV, en tanto que el concepto relativamente más amplio de instrumento privado tampoco parece apropiado, en la medida en que entre nosotros impera nítidamente la concepción de instrumento o documento como un *escrito* emanado de una persona⁹, calidad que no tienen dichas tarjetas.

1.1. Obtención indebida de dinero en cajeros automáticos (o de bienes en expendedores automáticos)

De los tres supuestos, probablemente el de la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos sea el de mayor relevancia práctica tanto en Chile como en el extranjero,¹⁰ con

sanciona al “que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información”.

⁶ Que reprime al “que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él”.

⁷ Sobre esta limitación, entre otros, MAGLIONA, Claudio; LÓPEZ, Macarena. *Delincuencia y fraude informático*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999. p. 166 y s.; HUERTA, Marcelo; LÍBANO, Claudio. *Delitos informáticos*. 2° edición. Santiago: ConoSur, 1998. p. 302. Con mayor razón no tiene tampoco aplicación el art. 4° que sanciona al “que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información”, con pena agravada para el “responsable del sistema de información”.

⁸ Nótese que la equiparación entre lo “falso” y lo “verdadero sustraído” sólo se da en contextos bien precisos, como es el de la fuerza en las cosas (“llaves falsas o verdaderas sustraídas”) o, precisamente, el de la Ley N° 20.009, pero no en materia de falsedades.

⁹ LABATUT, Gustavo: *Derecho penal*, T. II. 7° edición a cargo de Julio Zenteno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983. p. 53; GARRIDO, Mario: *Derecho penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, T. IV. p. 56; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 536 y s.; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis: “Falsedad documental y supresión de actuaciones en expedientes judiciales”. En: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis: *Estudios y defensas penales*. Santiago: LexisNexis, 2005. p. 365; de otra opinión ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte especial*. 3° edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, T. IV. p. 156 y ss.; y DORN, Carlos. “Clonación de instrumentos privados mercantiles”. *Revista de Derecho (CDE)*. N° 7 (2002), p. 49 (p. 50 y ss.).

¹⁰ En Alemania, por ejemplo, este tipo de conductas representaba en 1997 el 78% de los casos de la llamada estafa computacional, la que, a su vez, representaba el 94% del conjunto de la criminalidad informática, cfr. BÄR, Wolfgang. “Computerkriminalität und EDV-Beweissicherung” (18. Kap.). En: WABNITZ, Heinz-Bernd; JANOVSKY, Thomas. *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. München: Beck, 2000. Rdn. 35, 38; al respecto también TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsbetrug*. Berlin - New York: De Gruyter, 1999. § 263a y ss. Rdn. 7.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

seguridad por su atractivo en términos de resultados (dinero en efectivo) y de menor riesgo en comparación con el que envuelven las transacciones en el comercio, especialmente las presenciales.¹¹ Por otra parte, el desarrollo considerablemente posterior del comercio electrónico explica que las primeras reflexiones y respuestas dogmáticas se hayan construido precisamente a su respecto, lo que sin duda explica ciertas inconsistencias que sólo quedan en evidencia cuando se cuenta con una perspectiva más amplia.

Si bien las explicaciones siguientes se concentran en la obtención de dinero en cajeros automáticos, las conclusiones a que se arribe son válidas también, con las adecuaciones pertinentes, para las hipótesis menos frecuentes – aunque sólo por la menor difusión de dicho método de venta - de obtención directa de bienes en expendedores automáticos mediante el uso de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.

A continuación se analizan las posibilidades de protección que a su respecto brindan los tipos tradicionales.

1.1.1. Estafa

El delito de estafa no puede tener aplicación por faltar el elemento *error* constitutivo del tipo. Desde luego puede ponerse en duda ya la concurrencia de un engaño, atendida la ausencia de toda interacción personal, pero aun cuando se admitiera que el uso de una tarjeta y de una clave de las que no se es titular implica una suerte de fingimiento constitutivo de engaño, la tipicidad fracasa irremediablemente ante la ausencia de un destinatario del mismo que, incurriendo por ello en error, realice una disposición patrimonial perjudicial. Porque en la medida en que el error se siga concibiendo en forma dominante como un *hecho psicológico* propio de personas naturales, es evidente que los aparatos no pueden padecerlo ni, en consecuencia, ser engañados.¹² Como se sabe, ésta es una las razones principales que ha movido en el derecho comparado a la introducción de tipos especiales de estafa o fraude informático.¹³

¹¹ Una perspectiva criminológica, a partir de la experiencia británica, en LEVI, Michael. “La organización y regulación comercial del pago fraudulento con tarjetas de crédito”. Trad. GABALDÓN, Luis. En: GABALDÓN, Luis Gerardo (coordinador). *Delincuencia económica y tecnologías de la información*. Caracas: UCAB, 2004. p. 41 y ss.

¹² Opinión ampliamente dominante en Chile: así ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. nota al pie n° 9, T. III, p. 396 y ss.; GARRIDO, *Derecho penal*, cit. nota al pie n° 9, p. 326 y s.; MAGLIONA, LÓPEZ. *Delincuencia y fraude informático*, cit. nota al pie n° 7, p. 221 y ss., especialmente 224 y ss.; POZO, Nelson. “Utilización dolosa de cajeros automáticos”. *Gaceta Jurídica*. N° 236 (2000), p.155 (158); HERNÁNDEZ, Héctor. “Aproximación a la problemática de la estafa”. En: *VV. AA. Problemas actuales de derecho penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003. p. 166 y s.; DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (55); en principio también POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 411; de otra opinión PIÑA, Juan Ignacio. *Fraude de seguros*. Santiago: Universidad de los Andes, 2005. p. 76 y ss.

¹³ Así ocurrió en *Alemania* mediante la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986, que entre otras disposiciones introdujo el § 263a StGB, cuyo apartado primero reza: “El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudica el patrimonio de otro influyendo en el resultado de un proceso de tratamiento de datos mediante la incorrecta configuración del programa, mediante la utilización de datos falsos o incompletos, mediante la utilización no autorizada de

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Y si bien todo parece sugerir que esta concepción psicológica del error merece una revisión a la luz de las características que crecientemente definen los contactos económicos en la sociedad actual¹⁴, en sintonía, además, con el proceso general de normativización de la dogmática, los pasos en esa dirección son tan incipientes y están tan concentrados en aspectos particulares (tratamiento de la duda, engaño de personas jurídicas, imputación de conocimiento en organizaciones), que todavía no constituyen una verdadera alternativa conceptual que permita prescindir en lo grueso del concepto tradicional sin pérdida de su probada funcionalidad como nexo explicativo y de relevancia entre engaño y disposición patrimonial.¹⁵

De ahí, probablemente, que los únicos intentos positivos de fundar una posible subsunción en el tipo de estafa procuren ajustarse a este concepto tradicional, haciendo presente que la máquina no es la engañada, sino sólo el medio a través del cual se engaña al *banco* “que realiza el acto de disposición erróneamente”.¹⁶ La argumentación corresponde a lo que se

datos o mediante cualquier otra intervención indebida en el desarrollo, se castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa” (de casi idéntico tenor es el inciso primero del art. 221 del Código portugués [*Burla informática e nas comunicações*]); en *Italia*, mediante la Ley N° 547 de 23 de diciembre de 1993, se introdujo el art. 640 *ter* CP (*Frode informatica*), cuyo inciso primero dispone, a la letra: “Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni”; y en *España* con el Código de 1995, cuyo art. 248 apartado segundo dispone: “También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

¹⁴ Sobre las dificultades que dichas características plantean a la concepción psicológica HERNÁNDEZ, “Aproximación”, cit. nota al pie n° 12, p. 167 y s.; y especialmente PIÑA. *Fraude de seguros*, cit. nota al pie n° 12, p. 76 y ss.

¹⁵ En el ámbito específico de las defraudaciones informáticas, más que fundarse positivamente la procedencia del tipo de estafa en un nuevo esquema conceptual, en general sólo se ha puesto en duda la exigencia de error y la corrección de la concepción psicológica, apenas en la medida justa para abrir la posibilidad teórica de dicha procedencia, pero sin que se aporte una concepción de reemplazo. Cfr. en España GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz. *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. pp. 302 y ss., p. 409 y ss., p. 417 y ss., p. 584 y s., y p. 588, quien, sin embargo, por la ruptura con la tradición dogmática que acarrea esta solución y por los vacíos subsistentes, termina abogando por una reforma legislativa (p. 598 y ss.); entre nosotros PIÑA, *Fraude de seguros*, p. 76 y s.; ambos apoyándose en GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Función y contenido del error en el tipo de estafa”. *ADPCP*. Tomo 38, Fasc/mes: 2 (1985), p. 333-346. (= GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Estudios penales*, Madrid: Colex, 2001. p. 149 y ss.).

¹⁶ DE LA MATA, Norberto. “Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular”. *Poder Judicial*. N° Especial IX (1989), p. 151 (172 y s.); de acuerdo GUTIÉRREZ, *Fraude informático*, cit. nota al pie n° 15, p. 416; antes ya BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal. Parte especial II*. Madrid: CEURA, 1987. marg. 107, argumentando analógicamente con la aceptación de la legítima defensa en el uso de defensas mecánicas predisuestas; posteriormente, sin embargo, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Manual de derecho penal. Parte especial II*. 2° edición. Madrid: CEURA, 1993, si bien se mantiene el argumento (marg. 107, agregando el argumento analógico con la autoría mediata), se niega sorpresivamente la tipicidad a título de estafa con los mismos argumentos de la posición dominante (marg. 107A). Sobre argumentaciones equivalentes en la doctrina italiana PECORELLA, Claudia. “L’abuso dei distributori automatici di banconote”. *Riv. it. dir. proc. penale*. 1990, p. 573 (613 y s.). La tesis parece haber provocado alguna adhesión en Chile, no obstante la escasa claridad de los términos, cfr. MAGLIONA; LÓPEZ, *Delincuencia y*

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

admite en general en el *derecho francés*, donde, sin perjuicio del carácter meramente formal y de la consecuente escasa importancia práctica de la exigencia de error.¹⁷ éste se ha fundado en una representación previa, general y abstracta, de los responsables del cajero automático, consistente en que sólo personas autorizadas podrán obtener dinero del mismo.¹⁸ Todo esto puede parecer, por cierto, más o menos plausible, pero desde el punto de vista de la tipicidad a título de estafa, evidentemente sólo lo es a costa de poner de cabeza la concatenación propia de los elementos de ésta, pues, como es obvio, se trata de un error *previo* al posible “engaño” y, consecuentemente, no imputable al mismo.

Debe mantenerse, entonces, con la opinión abrumadoramente mayoritaria también en los países que comparten la misma concepción de la estafa que inspira al derecho chileno,¹⁹ que los casos en cuestión no son subsumibles en dicho tipo penal.

1.1.2. Hurto (¿robo con fuerza en las cosas?)

La solución dada en general por nuestros tribunales, si bien sin gastar muchos argumentos en su justificación, fue la apreciar un delito de apropiación, específicamente un *robo con fuerza en las cosas*²⁰. Que ésta es una solución plausible lo demuestra el hecho de que es, en lo fundamental, la misma que se ha impuesto, al menos mayoritariamente, en muchos otros ordenamientos jurídicos.²¹ Con todo, no por ello deja de ser una solución altamente problemática desde un punto de vista dogmático.

Si bien puede apreciarse sin dificultades una apropiación de dinero ajeno, básicamente lo que se objeta es que la obtención del mismo por parte de quien introduce la tarjeta conjuntamente con la clave asociada a la misma se verifica con el *consentimiento* del

fraude informático, cit. nota al pie n° 7 p. 198 y s.; también POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 411 y s., con nota 48, en la medida en que le dan razón a la argumentación inicial de BAJO FERNÁNDEZ; PÉREZ MANZANO.

¹⁷ Al respecto, con detalle, WALTER, Tonio. *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 177 y ss.

¹⁸ WALTER, *Betrugsstrafrecht*, cit. nota al pie n° 17, p. 435 y s., con abundante referencia a la literatura francesa. Confirmación jurisprudencial de la solución puede verse en MAYAUD, Yves. *Code pénal*, 100^e édition. Paris: Dalloz, 2003. art. 313-1 N° 124 y ss. (p. 582 y s.).

¹⁹ Por todos, para Alemania TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit. nota al pie n° 10, § 263a Rdn. 2; para Italia PECORELLA, “L’abuso”, cit. nota al pie n° 16, p. 573 (614); para España GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 326 y ss., todos con abundantes referencias.

²⁰ Véase, por todas, sentencia de la Corte Suprema de 8 de marzo de 2001, *Gaceta Jurídica* N° 249 (2001), 109; la aprueban POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 412 con nota 48; de la misma opinión (hurto o robo), DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (53 y ss.); y, no obstante su aparente coincidencia inicial con la doctrina alemana, POZO, “Utilización dolosa”, cit. nota al pie n° 12, p. 155 (159 y s.).

²¹ Por todos, para España QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. 2° edición. Elcano: Aranzadi, 1999. pp. 497 (Quintero Olivares), 522 (Valle Muñiz); para Austria FABRIZY, Eugen. *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze*. 8. Aufl. Wien: Manz, 2002, § 127 Rdn. 1; para Japón, TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit. nota al pie n° 10, § 263a Rdn. 8; para Italia, al menos hasta la Ley N° 197 de 5 de julio de 1991, PECORELLA, “L’abuso”, cit. nota al pie n° 16, p. 573 (610 y ss.).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

dueño, esto es, de quien explota el respectivo cajero automático, de modo que faltaría el presupuesto esencial de un delito de apropiación de cosas ajenas, cual es que ésta ocurra “sin la voluntad de su dueño” (art. 432 CP). La voluntad del dueño estaría expresada en la *programación* del cajero automático, tendiente precisamente a la *entrega* de dinero bajo ciertas condiciones técnicas, de modo que, obtenida la entrega del dinero mediante el funcionamiento *técnicamente correcto* del cajero automático, no podría hablarse de un delito de apropiación. Respecto del inequívoco propósito del dueño de transferir sumas de dinero sólo a personas *legitimadas* para ello, se responde que, en la medida en que dicha legitimación no ha sido efectivamente erigida en condición técnica de funcionamiento del cajero, aquél no pasa de ser una mera expresión de intenciones, que no contradice la efectiva voluntad del dueño fijada en la programación del aparato.

Esta objeción se encuentra muy extendida²² y sirve de base para la opinión dominante en el derecho *alemán*, si bien debe mencionarse que la situación jurisprudencial en Alemania sólo vino a consolidarse cuando dicha opinión dejó de implicar la atipicidad de la conducta. En efecto, hasta 1987 la situación de la obtención indebida de dinero de cajeros automáticos fue tremendamente debatida. Algunos tribunales superiores mantenían que se trataba de una conducta atípica, otros que se trataba de un hurto simple o incluso calificado (equivalente a nuestro robo con fuerza en las cosas) y otros, finalmente, veían una apropiación indebida.²³ Por tratarse éste del contexto en el que la discusión ha sido más intensa y completa, se le dedicará a continuación un grado mayor de atención.

Al menos en lo que respecta al hurto, el Tribunal Supremo Federal alemán zanjó la discusión mediante su fallo de 16 de diciembre de 1987 (BGHSt 35, 152), conforme al cual la conducta no es subsumible a título de hurto porque no constituye “sustracción” en los términos del § 242 StGB, ya que el agente no arrebató la custodia de la cosa sino que la recibe del cajero automático de acuerdo con la programación establecida por el responsable del mismo, siendo indiferente que quien usara la tarjeta y la clave no estuviera legitimado para ello. Para el tribunal resulta decisiva la *apariencia externa* del proceso de obtención del dinero, y en este caso tal apariencia es la de una verdadera entrega hecha por el titular del dinero a través del cajero automático. La situación sería idéntica a la que se da cuando

²² En España, aunque minoritaria, se trata de una opinión con significativa representación: BACIGALUPO, Enrique. “Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados”. *Poder Judicial*. N° Especial IX (1989), p. 85 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (coordinador). *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada: Comares, 2006. p. 82 y ss. En el derecho francés es dominante y subyace con seguridad a la ya criticada subsunción en el tipo de estafa, al respecto WALTER, *Betrugsstrafrecht*, cit. nota al pie n° 17, p. 436. En Italia PECORELLA, “L’abuso”, cit. nota al pie n° 16, p. 573 (610 y ss.) y PECORELLA, Claudia. “Il nuovo diritto penale delle ‘carte di pagamento’”. *Riv. ital. dir. proc. Penale*. 1993, p. 235 (251 y s.). Y entre nosotros, en sus apuntes de clases, lamentablemente inéditos, BASCUÑÁN, Antonio. *Delitos contra la propiedad (4): Delitos de apropiación con apropiación correlativa. Tercera Parte: Los delitos de apropiación con ruptura de custodia (hurto y robo)*. Santiago: Universidad de Chile, 2001, p. 13 y s.

²³ Un resumen de la discusión en WESSELS, Johannes; HILLENKAMP, Thomas: *Strafrecht. BT 2*. 28. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2005, Rdn. 168 y ss.; SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; CRAMER, Peter. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 26. Aufl. München: Beck, 2001, § 263a Rdn. 14 y ss.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

un subordinado recibe el encargo de entregar una determinada cantidad de dinero a quien se presente con una tarjeta determinada y dé un número secreto correcto. En este caso, si se presenta alguien no autorizado que, sin embargo, cumple con tales requisitos y recibe el dinero, no podría negarse que hubo a su respecto una disposición patrimonial que excluye conceptualmente la sustracción (BGHSt 35, 152 [158 y s.]).²⁴

En la actualidad se entiende que las hipótesis en cuestión sólo son subsumibles en la llamada *estafa computacional* (§ 263a StGB), introducida en 1986, específicamente en la tercera alternativa típica de “utilización indebida de datos”. Tanto por el claro contraste con la hipótesis consistente en el uso de “datos falsos o incompletos”, como por el propósito expreso del legislador, se ha entendido que los datos en cuestión son datos “verdaderos” o “correctos”, de modo que la alternativa se hace cargo de casos de ejecución normal del programa por parte de quien, sin embargo, no está facultado para ello. Así lo declaró el Tribunal Supremo Federal en su fallo de 22 de noviembre de 1991 (BGHSt. 38, 120).²⁵

Con todo, si bien se trata de un asunto altamente discutible, sigue pareciendo *posible* afirmar un delito de apropiación en estos casos. Al menos los argumentos en contra no resultan decisivos. En definitiva todo gira en torno al *grado de especificación* con que se debe considerar la voluntad del dueño para los efectos de determinar si la aprehensión del dinero se efectuó con o sin dicha voluntad, en los términos de los delitos de apropiación. Porque a la manifiesta *voluntad genérica* de entregar dinero a través del cajero, se opone la igualmente inequívoca *voluntad específica* de entregarlo sólo a determinadas personas (titulares autorizados). La cuestión es, entonces, si esta última constituye o no una condición jurídico-penalmente relevante que, en caso de no cumplirse, permita afirmar que el dinero ha sido tomado “sin la voluntad del dueño”.

El punto podría darse por zanjado, en términos negativos, si se aceptara que en materia de delitos de apropiación son irrelevantes los *condicionamientos* puestos a la voluntad de disponer de la cosa, en particular en cuanto a la persona en favor de quien se quiere disponer²⁶. Pero es manifiesto que dicha postura, por lo demás minoritaria, nunca se ha aplicado realmente en casos tradicionales de delitos de apropiación. Así, por ejemplo, en general nadie dudaría en que hay un delito de apropiación cuando un comerciante entrega la llave de la bodega a un cliente de confianza para que retire material de construcción y éste la pierde, dando pie a que un tercero entre en la bodega y la vacíe, porque es indudable que el consentimiento puede estar limitado – en rigor es lo normal – a personas determinadas. Y no se ve por qué esto habría de ser diferente por el hecho de que dicho consentimiento y sus límites se expresen a través de la programación de un aparato automático.

²⁴ No obstante, el tribunal se resistió a ver aquí una conducta atípica y sostuvo que si bien hubo disposición patrimonial, ésta no transfirió el dominio sino sólo la tenencia (porque faltó la intención de hacer dueño), lo que permitiría fundar la tipicidad a título de *apropiación indebida* del § 246 StGB (BGHSt 35, 152 [161 y ss.]). Esta última parte de la resolución fue duramente criticada por la literatura alemana y se puede considerar superada.

²⁵ Al respecto, por todos, TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit. nota al pie n° 10, § 263a Rdn. 7.

²⁶ Así, entre otros, ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich: *Strafrecht. BT*. Bielefeld: Gieseking, 2000, § 13 Rdn. 55, reconociendo que la contraria es, sin embargo, la opinión dominante.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

En BGHSt 35, 152 el Tribunal Supremo Federal alemán reconoce que una ruptura de custodia puede fundarse en la contradicción con la voluntad “natural” de quien la tenía y que dicha voluntad puede implicar una disposición en favor de determinadas personas, agregando luego como ejemplo de hurto el de aquél que toma cosas puestas para ser ocupadas por cualquiera a cambio de pagar su valor introduciéndolo en un recipiente *ad hoc*. Tratándose, en cambio, de la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos, sostiene que éste no sería el caso porque, a diferencia del ejemplo, en el que el agente mismo debía sacar la cosa de la esfera de resguardo dispuesta por el dueño, aquí es la propia máquina programada por el dueño la que “entrega” el dinero, poniéndolo a disposición del agente.²⁷ El argumento parece poco afortunado porque se funda en una mera casualidad tecnológica que, por lo demás, sugiere inmediatamente un paralelo con la obtención indebida de objetos de expendedores automáticos que funcionan contra la introducción de dinero, ámbito en el cual tradicionalmente se ha llegado a soluciones diferentes.

En efecto, la situación guarda mucha similitud con la de quien mediante la introducción de monedas falsas en un expendedor automático de bebidas o libros obtiene tales mercancías sin pagar por ellas, hipótesis que tradicionalmente se ha calificado sin ninguna dificultad como delito de apropiación, tanto en el derecho alemán²⁸ como en Chile.²⁹ Desde luego se puede hacer valer que en este caso la disposición está supeditada exclusivamente al cumplimiento de una condición objetiva, “técnica” si se quiere, y no subjetiva, como sería la pertenencia al círculo de autorizados. Pero la propia experiencia con expendedores automáticos demuestra con nitidez que los criterios de legitimación “técnica” no son suficientes para resolver las cuestiones valorativas involucradas. Para que la conducta no sea típica no basta con hacer funcionar la máquina de un modo “técnicamente” correcto, sino que debe usarse dinero verdadero y, además, de curso legal en el lugar, requisitos exclusivamente *normativos* que constituyen complemento indispensable de aquéllos técnicos.³⁰ Por qué, entonces, las condiciones normativas puestas a la disposición no deben surtir efecto cuando se refieren al círculo de personas en favor de quienes se hace, es algo que sigue sin respuesta.

²⁷ BGHSt 35, 152 (159 y s.).

²⁸ La opinión dominante en Alemania no subsume tales conductas en el tipo especial de obtención fraudulenta de prestaciones de máquinas automáticas del § 265a StGB cuando las prestaciones consisten en la entrega de cosas corporales, precisamente porque hay un hurto, al respecto TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit. nota al pie n° 10, § 265a Rdn. 21. Lo niegan, en cambio, coherentemente con la mencionada tesis de la irrelevancia de los condicionamientos puestos a la disposición, ARZT; WEBER, *Strafrecht*, cit. nota al pie n° 26, § 13 Rdn. 150 y s.

²⁹ Así ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte Especial*, T. III, cit. nota al pie n° 12, p. 396 y ss.; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal. Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 412 con nota 48.

³⁰ La propia sentencia BGHSt 35, 152 (160) discurre expresamente sobre el uso de una tarjeta “válida”; en contra, sin embargo, BGHSt 38, 120 (122 y ss.), a propósito de tarjetas falsificadas, con el insólito argumento según el cual lo que rige para sistemas mecánicos no rige para sistemas electrónicos (j).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

No puede sostenerse seriamente que la voluntad de exclusión de usuarios no autorizados constituye una mera declaración de intenciones que no se expresa de ningún modo en las efectivas condiciones de funcionamiento del sistema de cajeros automáticos. No puede negarse que, a diferencia de lo que ocurre con los expendedores de mercaderías, para los que la identidad del usuario es indiferente, para el uso de cajeros automáticos sí se han establecido requisitos de legitimación personal y medidas de seguridad destinadas precisamente a asegurar que sólo los titulares de cuentas y cuentas puedan obtener dinero en los mismos. Con ese fin se entregan tarjetas individuales de acceso y se provee adicionalmente de claves personales secretas, con precisas instrucciones tendientes a evitar que dichas claves secretas sean descubiertas. Si con la introducción de la tarjeta y la respectiva clave se logra ya sin más obtener dinero del cajero automático, se debe simplemente a que el estado de desarrollo técnico de las medidas de seguridad y las posibilidades financieras del sistema no permiten por ahora imponer requisitos adicionales, pero en absoluto puede entenderse como una expresión de voluntad en orden a que cualquier persona premunida de una tarjeta y la clave asociada obtenga dinero aunque no esté autorizada. El fracaso de la medida de seguridad no permite fundar el consentimiento del dueño.³¹

Reconociendo una vez más que se trata de un tema altamente discutible, las respuestas de la jurisprudencia alemana no resultan suficientemente convincentes y generan la fuerte sospecha de ser tributarias de la imagen del aparato automático como una especie de persona a la que se engaña,³² en definitiva, tal como hace la jurisprudencia francesa sólo que sin atreverse a dar el paso de aplicar directamente el tipo de estafa.³³ La subsunción de la conducta en alguna figura típica de apropiación, tal como hizo nuestra jurisprudencia, resulta entonces a lo menos plausible.

Una cosa distinta es, sin embargo, que la figura en cuestión sea el *robo con fuerza en las cosas*. Si bien la comprensión de tarjetas con banda magnética u otras similares como *llaves* se justifica en cuanto lo esencial del concepto radica en su carácter de complemento de una *cerradura* que permite abrirla del modo normal, siendo indiferentes las características técnicas de una y otra,³⁴ que el uso de una tarjeta falsa o verdadera sustraída constituya o no

³¹ Sin perjuicio de que se impongan ciertas restricciones que parecerían indispensables, como que no sean relevantes los usos indebidos (por incumplimiento contractual) permitidos por titulares autorizados. No se escapa que esta necesidad de restricción es uno de los inconvenientes de que se admita un delito de apropiación (*infra* 1.1.3), pero por sí misma no pone en duda la plausibilidad dogmática de la solución, sobre todo si se considera que esas dificultades se dan también en las otras soluciones que ofrece el derecho comparado (*infra* 3.1.1 b)).

³² Metafórica pero nítidamente es lo que se expresa en BGHSt 38, 120 (123). Por su parte, en BGHSt 35, 152 (160), son llamativas las reflexiones que vinculan la negación del hurto con el nuevo tipo penal de “estafa computacional”.

³³ Sobre esta base crítica la opinión dominante en Alemania WALTER, *Betrugsstrafrecht*, cit. nota al pie n° 17, p. 441 y s.

³⁴ La literatura y jurisprudencia nacionales ya se ha pronunciado en ese sentido. GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota al pie n° 9, p. 228; DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (53 y s.); y la citada sentencia de la Corte Suprema de 8 de marzo de 2001 (*Gaceta Jurídica* N° 249 [2001], 109 [110]); en contra, sin embargo, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 326; en España la

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

fuerza en las cosas en los términos de los arts. 442 o 443 CP depende de las características concretas de tal uso, lo que obliga a hacerse cargo de la casuística de dichos preceptos.

Tratándose de cajeros sitios en lugares no habitados o en sus dependencias, como es el caso normal entre nosotros, en que los cajeros suelen ubicarse en los espacios comunes de centros comerciales o instituciones con afluencia de público, o en habitáculos cerrados que constituyen en sí mismos un lugar no habitado o bien, cuando se encuentran integrados en una edificación, al menos la dependencia de un lugar no habitado³⁵, la fuerza en las cosas sólo será innegable cuando la tarjeta se usa como llave de acceso para *ingresar* al eventual habitáculo o al lugar donde éste se encuentra (art. 442 N° 2 CP).³⁶

Si no es éste el caso sólo queda considerar la posible subsunción del uso de la tarjeta en la hipótesis de “fractura interna” del art. 442 N° 3 CP, en el sentido de que ha sido usada “para... abrir los muebles cerrados” que se encuentran en el lugar no habitado o en su dependencia. Y si bien la calidad de “mueble cerrado” del cajero no parece difícil de fundar, sí lo es, y en grado sumo, que la tarjeta se haya usado para “abrirlo”,³⁷ porque lo que se ha hecho es simplemente activar su mecanismo de funcionamiento. De ahí que en España *González Rus* haya sostenido, con razón, que en estos casos debería aplicarse a las tarjetas lo mismo que se hace en ese país en otros casos en que las llaves sirven para funciones distintas de la de abrir, como encender un vehículo o activar un alumbrado, esto es, negarle a su uso el carácter de fuerza en las cosas.³⁸ Más aún, siendo el de llave, como se ha dicho, un concepto esencialmente funcional, si en concreto la tarjeta no se usa como complemento de la cerradura destinado a abrirla, derechamente se le debería negar dicho carácter en los términos del art. 442 CP.³⁹

Esta última consideración basta para negar la fuerza en las cosas también tratándose del uso indebido de cajeros automáticos dispuestos directamente en la vía pública. Que el art. 443 CP aluda simplemente a que el autor “haga uso” de la llave falsa o verdadera sustraída para

cuestión es mucho más sencilla a la luz del art. 239 CP, que luego de señalar cuáles llaves se consideran falsas, agrega que a los efectos del artículo, “se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”.

³⁵ No puede pensarse que el habitáculo constituya la dependencia de un lugar habitado o destinado a la habitación, aunque esté integrado, por ejemplo, en un edificio de departamentos, porque por su propia naturaleza no está al servicio – no es una dependencia - de las viviendas, lo que se expresa además en la circunstancia de encontrarse necesariamente en espacios de relativo libre acceso al público.

³⁶ Así también DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (53).

³⁷ Deja abierto el punto DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (55).

³⁸ GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. 01-14 (1999), p. 22 y s.; en términos similares, insistiendo en que la fuerza en las cosas supone que la tarjeta haya sido usada para *entrar* al lugar en que se encuentra el cajero, CHOCLÁN MONTALVO, “Infracciones patrimoniales”, cit. nota al pie n° 22, p. 84; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”. En *VV. AA.: Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 458; así como parte de la jurisprudencia, a pesar de su apariencia monolítica.

³⁹ Lo mismo regiría si se sostuviera que, más que una llave, la tarjeta es un instrumento semejante a una ganzúa, pues tales conceptos también se construyen sobre la idea de la apertura de una cerradura.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

apropiarse de la cosa, permite, desde luego, prescindir de toda exigencia de “ingreso” a un lugar - lo que corresponde, por lo demás, a la función del precepto - pero no permite prescindir de lo que es esencial en el concepto de llave, como es su uso como instrumento para abrir una cerradura.⁴⁰

En consecuencia, en estos casos la apropiación de dinero sin la voluntad del dueño debe calificarse por regla general sólo como *hurto* y no como robo con fuerza en las cosas, salvo en los casos en los que la tarjeta efectivamente haya sido (usada como) “llave” para ingresar al lugar no habitado o a la dependencia del mismo donde se encuentra el cajero automático.

1.1.3. Conclusiones provisionales y dilema sistemático: ¿el banco como víctima?

De este resumido análisis se desprende que la única posibilidad de respuesta penal disponible en el derecho chileno con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.009 para hacer frente a la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos era, sin perjuicio de las poderosas dudas existentes al respecto, el tipo de hurto y, en casos relativamente excepcionales, el de robo con fuerza en las cosas.

Y si bien la conclusión a primera vista pudiera parecer satisfactoria desde un punto de vista político-criminal, en la medida en que permite negar la existencia de un importante e injustificado vacío legal en la protección del patrimonio de las personas, una valoración más cuidadosa y atenta a los intereses involucrados demuestra que se trata de una solución sumamente imperfecta.

En efecto, si se hiciera una encuesta y se preguntara quién es el afectado por la obtención indebida de dinero en un cajero automático mediante una tarjeta falsificada o sustraída, la respuesta mayoritaria, si no unánime, sería sin duda, aun entre juristas que hubieran reflexionado sobre el asunto, que el afectado es *el titular de la tarjeta* falsificada o sustraída. Y con razón, porque todo titular de una tarjeta de crédito o débito sabe que, en virtud de los respectivos contratos que lo ligan con la empresa emisora, es a él a quien corresponde responder hasta el último centavo por el dinero que se obtenga en dichos cajeros con su tarjeta y la clave asociada a la misma, cualesquiera que sean las circunstancias bajo las que se obtuvo.⁴¹ Sólo a él lo perjudica el uso indebido de la tarjeta. Desde el punto de vista de la entidad emisora dicho uso no se diferencia en absoluto del uso legítimo por parte del titular, pues en uno y otro caso se cargan de igual modo los montos retirados a la cuenta de este último. Desde el punto de vista del banco que administra el cajero automático, en virtud de los contratos que lo ligan con la emisora, la situación es exactamente la misma.

⁴⁰ De otra opinión DORN, “Clonación”, cit. nota al pie n° 9, p. 49 (55).

⁴¹ A menos, claro está, que dé aviso oportuno de la sustracción o falsificación para el “bloqueo” de la tarjeta, es decir, que active el mecanismo de limitación de responsabilidad que - ahora por mandato legal, antes sólo con base convencional - establece la Ley N° 20.009.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Pues bien, el problema de la aplicación del tipo penal de hurto en estos casos es que la figura, en cuanto delito contra la propiedad, sólo sirve a la protección del *dueño* de las cosas corporales muebles apropiadas, es decir, al dueño de los billetes que se encuentran en el cajero automático y no a la del titular del patrimonio perjudicado con ello. En otras palabras, contra toda intuición y evidencia en cuanto a los verdaderos intereses en juego, la *víctima* del delito es el operador del cajero automático, por regla general *el banco*, y no el titular de la tarjeta. Desde un punto de vista procesal, el titular de la tarjeta no debería ser admitido como víctima en el procedimiento en los términos de los arts. 108 y 109 CPP, de modo que no debería poder querellarse, ni celebrar acuerdos reparatorios ni obtener reparación civil en sede criminal. Y si bien nuestros tribunales nunca han sido especialmente rigurosos en la aplicación de estas normas, lo que unido a la pasividad que en general exhiben los bancos en estos casos permite que a menudo el titular de la tarjeta de hecho intervenga en calidad de víctima,⁴² en el evento de disputa entre éste y el banco debería resolverse inequívocamente en favor del último.

Desde otra perspectiva, cuando el uso de la tarjeta por parte de un tercero ha sido consentido por el titular de la misma, de suerte que no se aprecia necesidad de intervención penal, de todos modos debería apreciarse un hurto, porque dicho titular no está legitimado para consentir en la apropiación de que es víctima el banco. Probablemente casos como éstos jamás llegarán a conocimiento del sistema de justicia criminal, pero su sola posibilidad conceptual resulta inquietante.

Esta conclusión y sus consecuencias, que son sencillamente ineludibles desde un punto de vista conceptual si se insiste en la calificación jurídica del hecho a título de hurto,⁴³ resultan a todas luces insatisfactorias y demuestran que el ordenamiento jurídico chileno carecía de tipos penales que protegieran adecuadamente el patrimonio del titular de la tarjeta falsificada o sustraída. Y si bien no afectan de un modo directo la corrección dogmática de

⁴² La sentencia de la Corte Marcial de Valparaíso de 7 de septiembre de 2000 sobre la que tuvo que pronunciarse la Corte Suprema en la citada sentencia de 8 de marzo de 2001, condenó por robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, expresamente “en perjuicio del titular de la tarjeta”. La Corte Suprema, en cambio, no se pronunció sobre el punto, *Gaceta Jurídica* N° 249 (2001), 109 y ss.

⁴³ Sostener que el titular de la tarjeta pueda ser “dueño” del dinero que se extrae del cajero y, en consecuencia “víctima” del delito de hurto, implica sencillamente desconocer la distinción elemental entre derechos reales y personales. El titular de la tarjeta tiene o bien un *crédito* contra el banco o una *línea de crédito* abierta en el mismo, lo que lo autoriza a retirar dinero del cajero automático. Sólo una vez que lo hace – tradición mediante – pasa a ser dueño de dicho dinero y potencial víctima de un delito de apropiación. Aunque parezca trivial, no está de más recordar que es en virtud de esta distinción básica que los bancos cuando son asaltados no pueden desentenderse de sus obligaciones para con los depositantes o que nadie siente necesidad de reducir a la fuerza a quien le precede en el uso del cajero automático para evitar que retire “su” dinero, sencillamente porque en uno y otro caso el dinero es de propiedad del banco y no de los cuentacorrentistas u otros depositantes. Por otra parte, sostener que la víctima del hurto es el perjudicado y no el dueño implica desconocer que el hurto es un delito contra la propiedad y no contra el patrimonio. Nadie duda seriamente que la víctima del robo del automóvil es su propietario y no la compañía de seguros, aunque el vehículo esté asegurado. Una cosa distinta es poner en duda en el caso concreto el interés del dueño en la “pérdida” de la cosa, al punto de apreciar su consentimiento en la misma, que es, precisamente, lo que se pone en duda en el caso del dinero obtenido en cajeros automáticos (*supra* 1.1.2), pero en todo caso eso no le sirve al perjudicado, porque él nunca es la víctima del delito contra la propiedad.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

dicha calificación jurídica aisladamente considerada, debe reconocerse que socavan gravemente su plausibilidad desde el punto de vista del sistema de protección del patrimonio.

Desde esta perspectiva, la tesis que niega la existencia de un hurto en razón de la voluntariedad del banco en la tradición del dinero ofrece un ilustrativo paralelo con la llamada *estafa en triángulo*, caracterizada porque la disposición patrimonial no la realiza directamente el perjudicado, sino que un tercero que se encuentra en posición de disponer afectando el patrimonio de aquél.⁴⁴ Es precisamente lo que ocurriría con el banco, que dispone de sumas de dinero a través del cajero automático gravando correlativamente el patrimonio del titular de la tarjeta empleada. Con todo, como se dijo (*supra* 1.1.1), el paralelo no llega más allá, por la ausencia de los elementos primarios de la estafa, el engaño y el error.

1.2. Obtención indebida de servicios en expendedores automáticos

Se trata de la obtención de servicios mediante el uso de tarjetas de crédito o débito falsificadas y sustraídas en aparatos automáticos que proveen directamente el servicio contra el empleo de tales tarjetas, como es el caso del pago de llamadas telefónicas, el pago de estacionamientos, etc. Su mayor o menor relevancia práctica dependerá del grado de difusión que tenga la oferta de servicios mediante dichos aparatos automáticos.

1.2.1. Estafa

En la medida en que no existe interacción con ninguna persona y el aparato no puede ser engañado, no puede tener aplicación el tipo penal de estafa (al respecto, con detalle, *supra* 1.1.1).

1.2.2. Hurto

El tipo de hurto no puede tener aplicación, sin excepciones, por ausencia de una cosa corporal mueble susceptible de ser apropiada en los términos del art. 432 CP.

1.2.3. Conclusiones provisionales

Como se puede apreciar, tratándose del uso indebido de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas para la obtención de servicios en expendedores automáticos, en general los tipos penales tradicionales no ofrecen ningún tipo de protección.⁴⁵

⁴⁴ Al respecto HERNÁNDEZ, “Aproximación”, cit. nota al pie n° 12, p. 156 y s.

⁴⁵ En la práctica, la situación es bastante clara, si bien con independencia del uso de tarjetas de crédito o débito, tratándose del uso abusivo de teléfonos públicos mediante la manipulación de los mismos. En tales casos la única posibilidad de subsunción que se ha podido apreciar – bastante oblicua, por lo demás - es a título de *daños*, cuando la manipulación ha provocado un desperfecto del aparato.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

1.3. Obtención indebida de bienes o servicios en transacciones comerciales con interacción personal

En este contexto se deben analizar en primer lugar las hipótesis de compra de bienes o de obtención de servicios en todo tipo de establecimientos mediante el uso de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas. La nota que distingue estos casos de los de los supuestos anteriores es la necesaria *interacción con un dependiente* del establecimiento, quien, en virtud del uso de la tarjeta, entrega el objeto comprado o permite (o da por pagado) el servicio contratado.

Lo mismo debe regir tratándose de transacciones comerciales realizadas por teléfono o Internet, en cuanto exista interacción personal. En caso contrario se está en presencia de un caso de alguno de los dos supuestos anteriores. Lo peculiar de estos casos es que la *tarjeta en cuanto tal* es irrelevante, pues lo que permite la transacción es simplemente la clave de la misma.

1.3.1. Estafa

A diferencia de lo que ocurre con el uso de cajeros automáticos, la interacción con el dependiente del establecimiento inaugura la posibilidad teórica de una estafa, en la medida en que se den los presupuestos típicos de la misma. Puede tratarse de una estafa directa, si el eventual perjuicio se verifica en el patrimonio del titular del establecimiento, o bien de una estafa en triángulo, si éste lo carga el patrimonio del titular de la tarjeta, lo que dependerá del tipo de tarjeta y de la regulación convencional entre las partes involucradas.

Tratándose del uso de una tarjeta de *débito*, sin embargo, es altamente improbable que pueda admitirse un engaño y un error típicos. En la medida en que por regla general el establecimiento no tiene el deber de verificar ni la identidad ni la titularidad de quien presenta la tarjeta para el pago⁴⁶ no se ve cómo puede apreciarse una disposición patrimonial fundada en un error al respecto. Si bien se ve, en estos casos se asiste a una conexión directa entre el comprador y el “sistema” a través de un terminal electrónico (PINPAD) dispuesto para estos efectos en el establecimiento, conexión que a menudo se verifica sin intervención de ningún tipo de los dependientes, a los que, en todo caso, sólo interesa la confirmación del cargo en la cuenta de *un* titular, quienquiera que éste sea. En otras palabras, la “interacción personal” entre agente y dependiente del establecimiento es enteramente accesoria, irrelevante desde un punto de vista jurídico.⁴⁷

⁴⁶ De acuerdo con lo previsto en el punto V.1 d) del Capítulo III, J.2 (Acuerdo N° 1053-02-030403, Circular 3013-480) del Compendio de Normas Financieras del Banco Central, sólo en establecimientos que no cuenten con terminal electrónico las operaciones requieren la identificación del titular y su firma “en el correspondiente comprobante que emita el dispositivo de captura en línea de las transacciones existente en el establecimiento”.

⁴⁷ En el mismo sentido, para el derecho italiano, PECORELLA, “Il nuovo diritto penale”, cit. nota al pie n° 22, p. 235 (241); por su parte, destaca la equivalencia de estos casos (abuso de sistemas POS [*point of sale*]) con el uso de cajeros automáticos KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2001, § 263a Rdn. 69.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Sólo tratándose del uso de una tarjeta de *crédito*, en la medida en que el vendedor tiene deberes de verificación que condicionan su responsabilidad en la transacción,⁴⁸ el éxito de la misma supone convencerlo del carácter de titular o habilitado para el pago con la tarjeta, con lo cual podrían darse los requisitos de la estafa, directa o en triángulo, como se ha dicho, según quien deba sufrir la pérdida patrimonial.

1.3.2. Hurto

Tratándose de la compra de bienes, es precisamente la entrega hecha por el dependiente del establecimiento – en contraste con la apropiación “de propia mano” en un cajero automático - la que impide apreciar un delito de hurto, porque manifiestamente se trata de una apropiación consentida. En el caso de la obtención de servicios, la misma conclusión es aún más clara y radical por la ausencia de una cosa corporal mueble susceptible de ser apropiada. El hurto carece, en consecuencia, de toda posible aplicación en estos supuestos.

1.3.3. Conclusiones provisionales

Mientras que el tipo de hurto no puede tener ninguna aplicación, se abre la posibilidad de aplicación de la estafa, lo que por regla general dependerá de que el establecimiento tenga el deber de verificar la identidad y titularidad de quien presenta la tarjeta, pues sólo en tales casos resulta plausible que se configure un engaño y un error típicos.

1.4. Conclusiones

Del examen precedente se desprende con nitidez que la protección ofrecida por los tipos penales clásicos de hurto y estafa para los supuestos de uso indebido de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas antes de la Ley N° 20.009 era ciertamente deficiente. Mientras que para algunos de los supuestos no existía en principio protección de ningún tipo (obtención de servicios en aparatos automáticos), en otros la protección, teóricamente posible, estaba, sin embargo, fuertemente supeditada a las particularidades de la respectiva regulación convencional de las tarjetas (obtención de bienes o servicios en transacciones comerciales con interacción personal), en tanto que la única hipótesis aparentemente cubierta con generosidad (obtención de dinero en cajeros automáticos), lo estaba sólo en virtud de un camino extraño, con consecuencias contraintuitivas y sistemáticamente disruptivas.

Se necesitaba, entonces, una intervención legislativa. Por esa sola razón debe, en principio, valorarse en términos positivos que el legislador chileno haya abordado el asunto mediante la Ley N° 20.009, aumentando considerablemente el nivel de protección en la materia. Si la forma concreta de hacerlo fue la más acertada es lo que se discute en los apartados siguientes.

⁴⁸ Al respecto SANDOVAL, Ricardo. *Nuevas operaciones mercantiles*. 3ª edición. Santiago: ConoSur, 1996, p. 127 y s., véanse también los anexos a partir de p. 135.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

2. Modelos de intervención legislativa, iniciativas previas e historia fidedigna

2.1. Dos modelos de intervención legislativa

Si bien las alternativas podrían ser muchas, básicamente se conocen dos modelos de intervención legislativa en materia de uso abusivo de tarjetas de crédito o similares.

Por una parte un *primer modelo* que le niega relevancia conceptual propia al objeto “tarjeta” y que procura detectar y tipificar genéricamente las conductas abusivas que pueden afectarlo *también, junto con otros posibles objetos*, haciéndose cargo de sus peculiaridades sólo en la medida de lo estrictamente indispensable. Tal es el caso nítidamente del derecho alemán y, si bien en términos no tan claros, del derecho español.

El derecho *alemán* no conoce tipificaciones especiales para las formas de uso abusivo de tarjetas de crédito o similares que interesan en el contexto de este trabajo,⁴⁹ lo que no significa que el tratamiento de dicho uso abusivo no haya requerido la intervención del legislador. Dicha intervención, sin embargo, tiene un horizonte que trasciende claramente del objeto “tarjeta”. Así, en lo que concierne a la *falsificación* de las tarjetas, ésta queda cubierta, en cuanto alteración de los datos contenidos en la banda magnética, a título de *falsificación de datos de relevancia probatoria* (§ 269 StGB),⁵⁰ en el contexto más general de la extensión de los tipos tradicionales de falsedad documental a un conjunto de nuevas situaciones tecnológicamente condicionadas.⁵¹ En lo que al uso abusivo de las tarjetas falsificadas o sustraídas concierne, en todo lo no cubierto por el tipo de estafa, particularmente en las hipótesis de uso abusivo de cajeros automáticos o de otros aparatos automáticos o sistemas informáticos, recibe aplicación el ya mencionado tipo penal de

⁴⁹ La figura del § 266b StGB se hace cargo del uso abusivo por parte del propio titular, y es considerada una hipótesis complementaria de “administración desleal” (*Untreue*).

⁵⁰ LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 23. Aufl., München: Beck, 1999, § 269 Rdn. 2.

⁵¹ La conducta básica de falsedad documental consiste en confeccionar un documento inauténtico, en falsificar un documento auténtico o en usar uno u otro, todo ello con fines de engaño en el tráfico jurídico (§ 267 StGB), entendiéndose por documento una declaración corporizada, comprensible al menos para un círculo determinado de personas, con un autor reconocible, idónea para la prueba de un hecho jurídicamente relevante y determinada para ese propósito, sea al momento de su forjamiento, sea con posterioridad (BGHSt. 4, 284; 13, 235; por todos LACKNER; KÜHL. *Strafgesetzbuch*, cit. nota al pie n° 50, § 267 Rdn. 2). Para hacerse cargo de la falsificación de registros técnicos, esto es, de una representación de datos, medidas, cuentas, estados o procesos producidos por un aparato técnico que actúa en forma total o parcialmente autónoma, registros a los que falta el carácter de manifestación personal propia de los documentos, se tipificó especialmente la confección de un registro técnico inauténtico – a la que se equipara la alteración del procedimiento de registro del aparato –, la falsificación de uno auténtico y el uso de uno u otro, siempre con fines de engaño en el tráfico jurídico (§ 268 StGB). Y ahora, por último, precisamente para hacerse cargo de documentos electrónicos a los que por definición falta la materialidad propia del concepto tradicional de documento, se ha hecho necesaria la tipificación especial de la falsificación de datos de relevancia probatoria, en el § 269 StGB, que en su primer inciso reza: “El que con fines de engaño en el tráfico jurídico almacena o modifica datos de relevancia probatoria de tal forma que al ser percibidos existiría un documento inauténtico o falsificado, o usa tales datos almacenados o modificados, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa”. Se desprende de la redacción que se trata de objetos que poseen todas las características asignadas a un documento, con excepción de la idoneidad de su contenido para ser percibido visualmente, de forma que tal percepción sólo puede lograrse mediante un procedimiento técnico.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

estafa computacional del § 263a StGB, específicamente en su tercera variante, de “uso indebido de datos (verdaderos)”.

Algo similar ocurre con el derecho *español*. En cuanto a la falsificación de las tarjetas, no obstante que el art. 387 del Código penal equipara expresamente la falsificación de tales tarjetas a la *falsificación de moneda*,⁵² un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia favorece la aplicación de los tipos tradicionales de falsedad documental⁵³ de la mano de la nueva y amplia definición legal de documento contenida en el art. 26 del Código.⁵⁴ En lo que concierne al *uso abusivo de cajeros automáticos* la opinión dominante, como se ha dicho, se decanta por la subsunción a título de hurto o robo con fuerza en las cosas, en tanto que para las hipótesis de uso con interacción personal debería tener aplicación la figura de estafa.⁵⁵ Más dudosa es la situación de la obtención de *servicios* sin interacción personal, pues la *estafa informática* del apartado segundo del art. 248 del Código, a diferencia del Código alemán, no considera una hipótesis de uso indebido de datos e impone la exigencia de una “manipulación informática o artificio semejante”, lo que dista de ser evidente en estos casos.⁵⁶

El *segundo modelo*, en cambio, se construye rigurosamente a partir del objeto “tarjeta”, tipificando unitariamente las conductas abusivas detectadas respecto de ese objeto específico. Tal es el caso paradigmático del derecho federal estadounidense y, posteriormente, en la tradición continental, del derecho italiano.

En el caso del *derecho federal de los Estados Unidos*, a las antiguas provisiones relativas al uso fraudulento de tarjetas de crédito (15 U.S.C. § 1644)⁵⁷ y de instrumentos de débito (15

⁵² “A los efectos del artículo anterior [delitos relativos a la moneda falsa] 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 los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional, la de la Unión Europea y las extranjeras”.

⁵³ Al respecto FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. “Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas”. En: MAZA MARTÍN, José Manuel (director). *Tarjetas bancarias y derecho penal, Cuadernos de derecho judicial*. VI-2002. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 31 y ss., 37 y ss.

⁵⁴ “Art. 26. A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Inequívocamente esta disposición rige también para los efectos de las falsedades documentales (arts. 390 y ss.), y si bien resulta conceptualmente objetable que defina el documento no a partir de su contenido sino que de su soporte material, lo cierto es que, en cuanto todo documento electrónico cuenta también necesariamente con un soporte material (diskette, disco duro, cinta magnética, etc), la definición es aplicable también a los documentos electrónicos; con detalle al respecto VILLACAMPA, Carolina. *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*. Barcelona: Cedecs, 1999, p. 286 y ss.

⁵⁵ Al respecto FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Falsificación”, cit. nota al pie n° 53, p. 58 y ss.

⁵⁶ Al respecto CHOCLÁN MONTALVO, “Infracciones patrimoniales” cit. nota al pie n° 22, p. 85 y s.; y, latamente, GALÁN MUÑOZ, *El fraude*, cit. nota al pie n° 19, p. 559 y ss., 754 y ss.

⁵⁷ “Section 1644. Fraudulent use of credit cards; penalties

(a) Use, attempt or conspiracy to use card in transaction affecting interstate or foreign commerce
Whoever knowingly in a transaction affecting interstate or foreign commerce, uses or attempts or conspires to use any counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit card to obtain money, goods, services, or anything else of value which within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more; or

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

U.S.C. § 1693n),⁵⁸ existentes desde los años 70, la *Credit Card Fraud Act* de 1984, codificada como 18 U.S.C. § 1029, agregó disposiciones más amplias referidas a cualquier

(b) Transporting, attempting or conspiring to transport card in interstate commerce

Whoever, with unlawful or fraudulent intent, transports or attempts or conspires to transport in interstate or foreign commerce a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit card knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained; or

(c) Use of interstate commerce to sell or transport card

Whoever, with unlawful or fraudulent intent, uses any instrumentality of interstate or foreign commerce to sell or transport a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit card knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained; or

(d) Receipt, concealment, etc., of goods obtained by use of card

Whoever knowingly receives, conceals, uses, or transports money, goods, services, or anything else of value (except tickets for interstate or foreign transportation) which (1) within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more, (2) has moved in or is part of, or which constitutes interstate or foreign commerce, and (3) has been obtained with a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit card; or

(e) Receipt, concealment, etc., of tickets for interstate or foreign transportation obtained by use of card

Whoever knowingly receives, conceals, uses, sells, or transports in interstate or foreign commerce one or more tickets for interstate or foreign transportation, which (1) within any one-year period have a value aggregating \$500 or more, and (2) have been purchased or obtained with one or more counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit cards; or

(f) Furnishing of money, etc., through use of card

Whoever in a transaction affecting interstate or foreign commerce furnishes money, property, services, or anything else of value, which within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more, through the use of any counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained credit card knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained - shall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than ten years, or both”.

⁵⁸ “Sec. 1693n. Criminal liability

(a) Violations respecting giving of false or inaccurate information, failure to provide information, and failure to comply with provisions of this subchapter

Whoever knowingly and willfully –

(1) gives false or inaccurate information or fails to provide information which he is required to disclose by this subchapter or any regulation issued thereunder; or

(2) otherwise fails to comply with any provision of this subchapter; shall be fined not more than \$5,000 or imprisoned not more than one year, or both.

(b) Violations affecting interstate or foreign commerce

Whoever –

(1) knowingly, in a transaction affecting interstate or foreign commerce, uses or attempts or conspires to use any counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument to obtain money, goods, services, or anything else of value which within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more; or

(2) with unlawful or fraudulent intent, transports or attempts or conspires to transport in interstate or foreign commerce a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained; or

(3) with unlawful or fraudulent intent, uses any instrumentality of interstate or foreign commerce to sell or transport a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained; or

(4) knowingly receives, conceals, uses, or transports money, goods, services, or anything else of value (except tickets for interstate or foreign transportation) which (A) within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more, (B) has moved in or is part of, or which constitutes interstate or foreign commerce, and (C) has been obtained with a counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument; or

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

“dispositivo de acceso” (“*access device*”),⁵⁹ incluyendo números y claves de acceso. En ese contexto se tipifica, entre otras conductas, la producción, uso o tráfico de dispositivos de acceso falsificados, el tráfico o uso de dispositivos de acceso “no autorizados”, esto es, perdidos, sustraídos, entre otros.⁶⁰ Los vacíos que pueden producirse a consecuencia de una

(5) knowingly receives, conceals, uses, sells, or transports in interstate or foreign commerce one or more tickets for interstate or foreign transportation, which (A) within any one-year period have a value aggregating \$500 or more, and (B) have been purchased or obtained with one or more counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument; or

(6) in a transaction affecting interstate or foreign commerce, furnishes money, property, services, or anything else of value, which within any one-year period has a value aggregating \$1,000 or more, through the use of any counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained debit instrument knowing the same to be counterfeit, fictitious, altered, forged, lost, stolen, or fraudulently obtained - shall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than ten years, or both.

(c) ‘Debit instrument’ defined

As used in this section, the term ‘debit instrument’ means a card, code, or other device, other than a check, draft, or similar paper instrument, by the use of which a person may initiate an electronic fund transfer”.

⁵⁹ La subsección (e) (1) define el término “access device” como “any card, plate, code, account number, electronic serial number, mobile identification number, personal identification number, or other telecommunications service, equipment, or instrument identifier, or other means of account access that can be used, alone or in conjunction with another access device, to obtain money, goods, services, or any other thing of value, or that can be used to initiate a transfer of funds (other than a transfer originated solely by paper instrument)”.

⁶⁰ En lo pertinente: “Section 1029. Fraud and related activity in connection with access devices

(a) Whoever -

(1) knowingly and with intent to defraud produces, uses, or traffics in one or more counterfeit access devices;

(2) knowingly and with intent to defraud traffics in or uses one or more unauthorized access devices during any one-year period, and by such conduct obtains anything of value aggregating \$1,000 or more during that period;

(3) knowingly and with intent to defraud possesses fifteen or more devices which are counterfeit or unauthorized access devices;

(4) knowingly, and with intent to defraud, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses device-making equipment;

(5) knowingly and with intent to defraud effects transactions, with 1 or more access devices issued to another person or persons, to receive payment or any other thing of value during any 1-year period the aggregate value of which is equal to or greater than \$1,000;

(6) without the authorization of the issuer of the access device, knowingly and with intent to defraud solicits a person for the purpose of (A) offering an access device; or (B) selling information regarding or an application to obtain an access device;

(7) knowingly and with intent to defraud uses, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses a telecommunications instrument that has been modified or altered to obtain unauthorized use of telecommunications services;

(8) knowingly and with intent to defraud uses, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses a scanning receiver;

(9) knowingly uses, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses hardware or software, knowing it has been configured to insert or modify telecommunication identifying information associated with or contained in a telecommunications instrument so that such instrument may be used to obtain telecommunications service without authorization; or

(10) without the authorization of the credit card system member or its agent, knowingly and with intent to defraud causes or arranges for another person to present to the member or its agent, for payment, 1 or more evidences or records of transactions made by an access device;

shall, if the offense affects interstate or foreign commerce, be punished as provided in subsection (c) of this section.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

tipificación tan específica se deben resolver con figuras adicionales que rigen para otros ámbitos de actividad en los que pueden aparecer formas equivalentes de abuso. Así, por ejemplo, para hacer frente al uso abusivo de claves de acceso a sistemas informáticos no asociadas a tarjetas de crédito o similares, se han debido introducir disposiciones específicas en el contexto general de los delitos informáticos, como la que tipifica el tráfico de códigos de acceso a sistemas informáticos.⁶¹

Por su parte, ahora en el contexto de la tradición continental, el legislador *italiano* también optó por una regulación específicamente centrada en las tarjetas de crédito o similares. Lo hizo mediante el art. 12 de la Ley N° 197 de 5 de julio de 1991, en el que se tipifica el uso indebido por parte de quien no es titular de la tarjeta, la falsificación de la misma y la receptación de tarjetas de origen ilícito o falsificadas.⁶² A diferencia del derecho norteamericano, sin embargo, la regulación especial italiana no se hace cargo expresamente del uso de las *claves* asociadas a las tarjetas, problemática que, no obstante una interpretación muy extensiva de los términos de la ley por parte de la jurisprudencia italiana,⁶³ sólo parece inequívocamente cubierta, en la medida en que dichas claves sirven para el acceso a *sistemas informáticos*, a través de la tipificación general que al respecto contiene el art. 615 *quater* del Código penal, introducido mediante el art. 4 de la Ley N° 547 de 23 de diciembre de 1993.⁶⁴

(b)(1) Whoever attempts to commit an offense under subsection (a) of this section shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense attempted.

(2) Whoever is a party to a conspiracy of two or more persons to commit an offense under subsection (a) of this section, if any of the parties engages in any conduct in furtherance of such offense, shall be fined an amount not greater than the amount provided as the maximum fine for such offense under subsection (c) of this section or imprisoned not longer than one-half the period provided as the maximum imprisonment for such offense under subsection (c) of this section, or both”.

⁶¹ 18 U.S.C. § 1030 (a) (6): “Whoever knowingly and with intent to defraud traffics (as defined in section 1029) in any password or similar information through which a computer may be accessed without authorization, if (A) such trafficking affects interstate or foreign commerce; or (B) such computer is used by or for the Government of the United States”.

⁶² “Art. 12. *Carte di credito, di pagamento e documenti che abilitano al prelievo di denaro contante*. 1. Chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abilita al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a lire tre milioni. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abilita al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi”. Al respecto, con detalle, PECORELLA, “Il nuovo diritto penale”, cit. nota al pie n° 22, p. 235 (258 y ss.).

⁶³ Así, se ha fallado que realiza el tipo el uso en Internet del número fraudulentamente obtenido de una tarjeta de crédito sin posesión material de la misma, Cassazione penale, sez. I, de 2 de octubre de 2002 (N° 37115), citada por BELLAZZI, Giuseppe. “Carte di credito, di pagamento e documenti che abilitano al prelievo di denaro contante. Brevi note a margine di Cass. 11 ottobre 2005, n. 37758”. Noviembre 2005, p. 3 con nota 12. En www.penale.it, visitada el 10 de abril de 2007.

⁶⁴ “Art. 615 *quater*. “*Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici*. (1) Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Como es fácil de advertir, ambos modelos presentan virtudes y defectos. El modelo centrado en las tarjetas mismas ofrece tipificaciones directas y altamente comprensibles, aunque arrastra las dificultades propias del casuismo, obligando a tipificaciones adicionales para evitar posibles vacíos injustificados desde un punto de vista valorativo. El modelo que prescinde del objeto específico parece más perfecto desde un punto de vista sistemático, pero, además de la menor visibilidad de sus alcances a consecuencia de la necesaria mayor abstracción de las formulaciones empleadas, suele imponer la necesidad de interpretaciones restrictivas para delimitar los casos efectivamente merecedores de pena (al respecto *infra* 3.1.1 b]). A continuación se podrá apreciar cómo ambos modelos han estado presentes en la discusión legislativa chilena.

2.2. Las iniciativas previas

A propósito de un proyecto iniciado por moción de 19 de junio de 2002 de un grupo de diputados (Boletín 2974-19), que en principio sólo aspiraba a introducir modificaciones menores a la Ley N° 19.223, se impuso en el seno de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara el criterio del Ejecutivo en cuanto a que debía pasarse de una mirada sistemática centrada en la informática a otra basada en los intereses protegidos, lo que debía expresarse en una serie de adaptaciones a los tipos tradicionales que protegen esos intereses y no en una ley específicamente dedicada a la informática como la N° 19.223, la que, en definitiva, debía ser derogada y sustituida⁶⁵. Reafirmando esa idea, el Ejecutivo, mediante Mensaje de 25 de septiembre de 2002 (Boletín 3083-07), presenta un proyecto complementario al de los diputados que, junto con aportar la fundamentación del conjunto de los cambios propuestos, se hizo cargo de las adaptaciones restantes, no propuestas en el primer proyecto. En el contexto de la discusión de esta segunda iniciativa se incorporaron también tipos penales que inciden en la problemática de este trabajo.

Por una parte, en el art. 197 CP, referido a la falsificación de instrumentos privados, se agregó, además de una previsión especial para los instrumentos electrónicos en un inciso cuarto, un nuevo inciso tercero referido específicamente a la falsificación de tarjetas, del siguiente tenor:

istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a L. 10 milioni. (2) La pena è della reclusione da uno a due anni e della multa da L. 10 milioni a 20 milioni se ricorre taluna delle circostanze di cui ai nn. 1) e 2) del quarto comma dell'art. 617 *quater*”. Al respecto, por todos, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Codice penale commentato. Parte speciale*. Assago (Milano): IPSOA, 1999. Art. 615 *quater*, p. 3261 y ss.; CRESPI, Alberto; STELLA, Federico; ZUCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice penale*. Segunda edizione. Padova: CEDAM, 1999. Art. 615 *quater*, p. 1739 y s.

⁶⁵ Al respecto LONDOÑO, Fernando. “Los delitos informáticos en el proyecto de reforma en actual trámite parlamentario”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. N° 4 (2004), p. 171. El proyecto del Ejecutivo se funda en buena medida en HERNÁNDEZ, Héctor. *Tratamiento de la criminalidad informática en el derecho penal chileno. Diagnóstico y propuestas*. Santiago, 2001 (informe inédito evacuado para el Ministerio de Justicia).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

“Del mismo modo se castigará al que forjare o alterare tarjetas u otros instrumentos similares de crédito, débito o pago, provistos de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos”.⁶⁶

De esta manera, tanto la falsificación como el uso malicioso de las tarjetas falsificadas, por aplicación concordante del art. 198 CP, quedaban nítidamente tipificados.

En lo que al uso indebido de tarjetas sustraídas o de las claves de tarjetas en general, el Mensaje original no contenía innovación alguna, pues se entendía que el caso fundamental de obtención indebida de dinero en cajeros automáticos se podía tratar a título de hurto. Con posterioridad, sin embargo, a consecuencia del propio estudio del Ejecutivo y de una consulta del Diputado Paya se asumió la existencia de otros casos relevantes y del todo análogos, como la compra con tarjetas de débito o el uso de claves en transacciones remotas, que, no obstante, no eran subsumibles en los tipos penales de hurto o de estafa⁶⁷. Para hacerse cargo de todas ellas y tomando explícitamente como modelo la regulación de la estafa computacional en el derecho alemán (§ 263a StGB), se adicionó a la propuesta original en materia de fraude informático⁶⁸ una referencia al uso indebido de “datos verdaderos”,⁶⁹ dando lugar así a un nuevo art. 468 bis del siguiente tenor:

“En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el

⁶⁶ El Mensaje original se refería al forjamiento o alteración de “tarjetas de crédito, débito o pago provistas de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos”. En la Comisión de Ciencia y Tecnología, la Cámara amplió la formulación en un doble sentido, por una parte en cuanto al objeto, refiriéndose ahora al forjamiento o alteración de “cualquier medio de pago o de identificación, sean estos físicos o electrónicos, que permitan modificar situaciones patrimoniales” y emancipando el castigo de la producción de un perjuicio para terceros, si bien con una pena reducida, con una referencia a la fe pública involucrada (Primer Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados, de 11 de noviembre de 2002, p. 27 y s., 30 y s.). La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en cambio, en su Primer Informe de 21 de enero de 2003 acogió la indicación del Ejecutivo tanto en el sentido de acotar los alcances del precepto como de no innovar en cuanto a la exigencia de perjuicio para la consumación (p. 18 y ss.).

⁶⁷ Primer Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología, p. 32 y ss. La consulta del diputado Paya se encuentra en p. 26; la consecuente propuesta del Ejecutivo, canalizada formalmente a través de una indicación de los diputados Egaña, González, Kuschel, Paya y Walker, en p. 35.

⁶⁸ La propuesta original, prevista en un principio como inciso segundo del art. 468 CP rezaba: “En las mismas penas incurrirá el que, alterando indebidamente el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro”.

⁶⁹ “Estos casos tienen en común que el autor emplea indebidamente una *tarjeta verdadera* y además *datos verdaderos* (la clave secreta del titular), y en algunos casos sólo estos últimos (el tratamiento sería sencillo si se trata de tarjetas adulteradas, las que según el proyecto se consideran instrumentos falsos), de donde parece aconsejable hacerse cargo específicamente de ese aspecto. Si se observa ahora el derecho comparado, se aprecia que en el llamado delito de estafa computacional del Código alemán una de las hipótesis típicas es precisamente aquélla consistente en causar un perjuicio patrimonial por la influencia ejercida sobre el resultado de un proceso de tratamiento de datos mediante la “utilización indebida de datos”, entendiéndose en general que se trata en este caso de datos ‘verdaderos’ y no alterados. Esta disposición puede ser usada como punto de partida para una nueva tipificación en nuestro derecho”, Primer Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología, p. 34 (énfasis en el original).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.
Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o valiéndose de cualquier otra manipulación o artificio semejante, informático o no, aplicado sobre el referido sistema”.⁷⁰

El proyecto del Ejecutivo fue debidamente despachado por la Cámara de Diputados con fecha 11 de marzo de 2003 y desde entonces está pendiente de revisión por el Senado.⁷¹

De un modo relativamente similar el Anteproyecto de Nuevo Código Penal preparado por el Foro Penal,⁷² considera en el contexto de la falsificación de moneda (Título X del Libro Segundo: De las falsedades, § 1. De la alteración y falsificación de moneda y otros medios de pago) la falsificación de tarjetas de crédito, débito o pago y de otros medios de pago equivalentes a la moneda, así como el uso malicioso de las tarjetas o medios de pago falsificados, en los siguientes términos:

“Art. 235. El que cometa falsedad forjando en todo o en parte efectos, títulos, valores, tarjetas de crédito, débito o pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, o haciendo en verdaderos cualquier alteración que varíe su sentido o la información que contienen, será castigado con reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de ellas según las circunstancias”.⁷³

“Art. 237. El que haga uso del dinero u otro medio de pago falso será castigado como autor de la falsedad.
El que habiendo recibido de buena fe moneda o medios de pagos alterados o falsos, los haga circular después de constarle su alteración o falsedad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Por su parte, si bien no se refiere expresamente a las tarjetas y sus datos, por la mención del uso indebido de “datos verdaderos” debe considerarse el art. 160, único del § 8 (Del perjuicio mediante el uso indebido de sistemas de información) del Título VIII del Libro Segundo (Delitos contra la propiedad y el patrimonio), tomado reconocidamente de las iniciativas legislativas a las que se ha hecho alusión⁷⁴ y que dispone lo siguiente:

⁷⁰ La exigencia de ánimo de lucro proviene de la Comisión de Ciencia y Tecnología, Primer Informe, p. 35; en tanto que la fórmula genérica de las manipulaciones fue incorporada, a propuesta del Ejecutivo, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Primer Informe, p. 21 y s.

⁷¹ Lo mismo ocurre con el proyecto paralelo de los diputados, despachado por la Cámara con fecha 12 de septiembre de 2002.

⁷² Tanto el Anteproyecto como los materiales que le sirven de sustento y que aquí se citan se pueden consultar en Política Criminal N° 1 (2006), D-1 a D-3 (www.politicacriminal.cl).

⁷³ La propuesta original de la Secretaría Técnica del Foro no consideraba necesaria esta equiparación, conocida en el derecho español, aunque ya prescindía de la exigencia de perjuicio, Materiales PE, p. 232 y s.

⁷⁴ Materiales PE, p. 225 con nota 351.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.
Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

“En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento físico o lógico de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o falsos o valiéndose de cualquier otra manipulación o artificio semejante que altere física o lógicamente el funcionamiento del referido sistema”.

El Anteproyecto del Foro fue entregado oficialmente al Ejecutivo en diciembre de 2005. Hasta la fecha no se le ha dado ningún tipo de tramitación.

Como se ve, las iniciativas previas se inscribían nítidamente en la línea del *primer modelo* de tipificación (*supra* 2.1), restándole relevancia conceptual al objeto “tarjeta”, en la línea del derecho alemán y español.

2.3. La sorpresiva aparición del art. 5° de la Ley N° 20.009

Meses antes incluso del término de las deliberaciones del Foro Penal (noviembre de 2005) y estando pendiente la tramitación de los proyectos sobre criminalidad informática, se sanciona sorpresiva e inadvertidamente la Ley N° 20.009, cuyo art. 5° altera de un modo radical el escenario legislativo en la materia.

Para los fines de este trabajo, lo más destacable del proceso legislativo que dio lugar a las figuras del art. 5° es que éstas nunca fueron el objeto principal del mismo, de modo que, consecuentemente, el legislador no tuvo mayormente en cuenta las cuitas de los penalistas al adoptar las decisiones que tomó. No debe extrañar entonces que la historia fidedigna de su establecimiento no aporte muchos elementos útiles para la interpretación.

En efecto, la moción de un grupo de diputados que le dio origen (de 14 de noviembre de 2002, Boletín 3129-03), sólo perseguía, como su nombre por lo demás indica, limitar la responsabilidad civil de los titulares de tarjetas de crédito extraviadas, hurtadas o robadas por las operaciones realizadas por terceros con las mismas.⁷⁵ La única disposición penal

⁷⁵ En cuanto a su aspecto comercial, la ley dispone:

“Art. 1°. Los tarjetahabientes de tarjetas de crédito emitidas por instituciones financieras o casas comerciales, podrán limitar su responsabilidad en los términos establecidos por esta ley, en caso de hurto, robo o extravío, dando aviso pertinente al organismo emisor.

El emisor de las tarjetas deberá proveer al tarjetahabiente servicios de comunicación, de acceso gratuito y permanente, que permitan recibir y registrar los referidos avisos. Por el mismo medio de comunicación, y en el acto de recepción, el emisor deberá entregar al tarjetahabiente un número o código de recepción del aviso y la fecha y hora de su recepción.

Art. 2°. Las tarjetas por las que el tarjetahabiente haya dado aviso de extravío, hurto o robo, serán bloqueadas de inmediato por el emisor.

Art. 3°. En el caso que las tarjetas sean operadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente titular o los adicionales autorizados por éste.

Las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el tarjetahabiente, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, se tendrán por no escritas.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

prevista, consistente en el falso aviso de extravío con ánimo de defraudar (art. único N° 2 inciso segundo), se hacía cargo precisamente del empleo abusivo del nuevo sistema de limitación de responsabilidad por parte del titular de las tarjetas, pero no abordaba ni la apropiación previa de la tarjeta ni su posterior uso ilícito.

Luego de que la Cámara de Diputados despachara el proyecto sin innovar en este aspecto,⁷⁶ es recién en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado,⁷⁷ de 26 de enero de 2005, que se incorpora la norma, como resultado de la discusión de que fue objeto una indicación del senador *Lavandero*, del siguiente tenor:

“Artículo... Se sancionará con presidio menor en su grado medio al que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Falsificar tarjetas de crédito o débito;
- b) Usar, vender, exportar, importar, distribuir o negociar en cualquier forma con tarjetas de crédito o débito falsificadas, y
- c) Usar, vender, exportar, importar, distribuir o negociar en cualquier forma con los datos o el número de tarjeta de crédito o débito que posibiliten las operaciones de compra o el acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente a su titular.

La pena se elevará en un grado cuando la conducta sancionada haya ocasionado perjuicio patrimonial a terceros”.⁷⁸

Oyendo las sugerencias del Prof. Waldo *del Villar*, la Comisión decidió agregar como objeto material del delito, además de las falsificadas, las *tarjetas sustraídas*, concepto bajo el cual se entendía envueltas las tarjetas hurtadas y robadas. Asimismo, se reordenaron los verbos rectores, tratando separadamente las hipótesis de “negociar” con las tarjetas o los datos de las mismas y se modificó el marco penal⁷⁹. El texto así aprobado fue luego ratificado sin mayores discusiones tanto por la Sala del Senado, como luego, en Tercer Trámite Constitucional, por la Cámara, y así llega a ser ley.

Probablemente la única intervención que da algunas luces respecto de los propósitos perseguidos en el ámbito penal sea la del diputado *Burgos*, llamando a aprobar la enmienda realizada por el Senado, cuando señala que “hasta el momento, cuando se comete un fraude de cualquier naturaleza mediante el mal uso de una tarjeta de crédito, los perjudicados deben recurrir a los tipos generales del Código Penal, como son la estafa, la apropiación indebida o, atendido el origen del ilícito, el robo o el de hurto, lo cual, obviamente, complica las cosas,

Art. 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”.

⁷⁶ Véase Primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, de 8 de septiembre de 2003, aprobado en general y en particular a la vez en sesión de 2 de octubre de 2003.

⁷⁷ En su Primer Informe, de 14 de abril de 2004, la Comisión simplemente aprobó el proyecto en general, en los términos en que había sido despachado por la Cámara.

⁷⁸ Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, de 26 de enero de 2005, p. 6 (indicación N° 8).

⁷⁹ Segundo Informe, p. 7. Adicionalmente se reubicó en el mismo artículo la figura de uso de tarjeta bloqueada, que hasta ese momento se encontraba en el art. 4° del Proyecto, “para tratar estos delitos de forma sistemática y completa, en un solo precepto”.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.
Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

porque estamos en presencia de conductas ilícitas muy concretas, como las que, a nuestro juicio de manera bastante clara, configura el Senado en el artículo 5^o.⁸⁰ Como se puede ver, sin embargo, no es posible saber si se trataba de hacer frente a un vacío legal o si, por el contrario, se creía sólo preferible contar con figuras más específicas.

Como sea, lo que es totalmente claro es que el legislador chileno optó por un modelo de tipificación específicamente orientado a cubrir las necesidades de protección del objeto “tarjeta”, esto es, por el *segundo modelo* de intervención (*supra* 2.1), en la línea del derecho federal de los Estados Unidos o del derecho italiano.

3. Valoración crítica y posibles alcances de la figura

3.1. Méritos, dudas y defectos

En definitiva, el texto que llegó a ser ley es del siguiente tenor:

“Artículo 5^o. 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 o débito 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 al 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”.

Como ya se ha dicho, en vista del muy insatisfactorio estado que presentaba hasta el año 2005 el derecho chileno en cuanto a una serie de conductas asociadas a tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas y a las claves de las mismas (*supra* 1), constituye un mérito en sí mismo haber abordado legislativamente dicha situación. De los posibles modelos de intervención disponibles, en definitiva se ha optado por aquél que pone énfasis en el objeto específico “tarjeta” (*supra* 2.1), con todos sus ventajas e inconvenientes. Precisamente la existencia de diversos modelos y la evidencia en cuanto a que todos ellos presentan puntos más o menos débiles, impiden emitir un juicio genérico y *a priori* sobre las concretas soluciones adoptadas por el legislador chileno. Por el contrario, todo indica que, más allá de las propias preferencias sistemáticas, las valoraciones críticas deben referirse a las diversas

⁸⁰ Diario de sesiones de la Cámara, Leg. Extr. 352, sesión 49^o, de 10 de marzo de 2005, p. 11.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

cuestiones específicas resueltas por la ley. A continuación se señalan cuáles son, a nuestro juicio, los méritos, las dudas y los defectos que presenta la nueva regulación.

3.1.1. Méritos

a) Solución unitaria para todos los casos de uso de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves

En la medida en que la ley tipifica en términos genéricos el *uso* de las tarjetas falsificadas o sustraídas (letra b]), se resuelve limpia y unitariamente el conjunto de casos que más importan a la práctica (*supra* 1). Sea que la tarjeta se use en un cajero automático, en un expendedor automático de bienes o servicios, en un terminal electrónico o ante el dependiente en un establecimiento de comercio, en la actualidad no cabe duda de que debe aplicarse el art. 5° de la Ley N° 20.009.

Asimismo, sin perjuicio de los muy defectuosos términos de su concreta consagración (*infra* 3.1.2 c] y d]), la referencia expresa al “número” y a los “datos” de las tarjetas, resuelve lo que en otros ordenamientos que emplean una técnica similar de tipificación, como el italiano, sólo se obtiene mediante una interpretación sospechosamente extensiva (*supra* 2.1).

b) Solución de la problemática de las “relaciones internas” del titular

El principal problema que trae consigo un sistema de incriminación emancipado de las tarjetas como objeto y que opera fundamentalmente a través de la tipificación del uso indebido de “datos verdaderos” es el de la debida *delimitación* de los casos realmente merecedores de pena. En ese contexto destacan como hipótesis problemáticas, por no parecer merecedoras de una consideración penal especial y, no obstante, encuadrarse en principio en la letra de la ley, todas las referidas al *uso en sí consentido* por el sujeto legitimado para acceder y operar en el sistema, pero que exceden de los términos de su consentimiento,⁸¹ como sería el caso de quien recibe del titular de una tarjeta el encargo de obtener una determinada suma de un cajero automático y contrariando los términos de su mandato obtiene una cantidad mayor o no la aplica al fin previsto. Es lo que podríamos denominar la cuestión de las “relaciones internas” del titular con las personas a quienes permite el uso de su titularidad.

Las enormes dificultades que ofrece esta delimitación en la práctica se aprecian con toda nitidez cuando se observa el debate suscitado en el derecho alemán a propósito de la tercera variante de la llamada estafa informática, que se hace cargo precisamente del uso indebido de datos verdaderos. Al respecto se han desarrollado básicamente tres líneas interpretativas. Frente a una interpretación fuertemente *subjetiva* que califica de “indebido” todo uso contrario a la voluntad del titular legitimado y a la llamada interpretación *específicamente*

⁸¹ Lo mismo rige, y con mayor razón, para los casos en que el uso en cuestión corresponde plenamente a la voluntad del titular, por mucho que dicho uso implique un incumplimiento de las obligaciones que éste ha asumido con el emisor de la tarjeta, *in puncto* carácter intransferible de la misma.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

computacional, que restringe el alcance del término a la contradicción con la voluntad del titular expresada técnicamente en el programa en cuestión, se ha venido alzando como opinión dominante una interpretación *específica propia de la estafa* (“*betrugspezifisch*”), que entiende por tal sólo aquellos usos que, de realizarse frente a una persona natural, realizarían el elemento engaño del tipo de estafa.⁸² Todo indica que lo que subyace a la interpretación que, con mayor o menor fortuna, ha acabado por imponerse es el propósito de restringir los alcances de un tenor literal que conduce a interpretaciones consideradas excesivas, al punto de convertir la estafa computacional en una suerte de “infidelidad informática” con base meramente contractual.⁸³

En la discusión legislativa chilena anterior a la Ley N° 20.009 el asunto fue tenido en cuenta, y si bien no se encontró una fórmula que permitiera resolverlo en la letra de un texto legislativo, sí al menos se dejó constancia en cuanto a que los tipos proyectados no alcanzaban a tales “relaciones internas”.⁸⁴

Como sea, es indudable que la construcción del nuevo derecho vigente exclusivamente a partir de las tarjetas “falsificadas o sustraídas” resuelve en términos negativos la cuestión de la relevancia penal del uso abusivo de las tarjetas voluntariamente entregadas por el titular, al menos en sede de la Ley N° 20.009. Tales hipótesis sólo darán lugar a una responsabilidad penal cuando el abuso realice las exigencias de los tipos penales tradicionales de estafa o, en ausencia de un tipo general de administración desleal, con todas sus limitaciones, de apropiación indebida.⁸⁵

La única duda subsistente es si las disposiciones de las letras b) y c) del art. 5° son también aplicables a las tarjetas *extraviadas* y encontradas por el agente, así como a las tarjetas

⁸² Un panorama de la discusión en TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, cit. nota al pie n° 10, § 263a Rdn. 40 y ss.; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, cit. nota al pie n° 47, § 263a Rdn. 25 y ss.; WESSELS; HILLENKAMP, *Strafrecht. BT 2*, cit. nota al pie n° 23, Rdn. 608 y ss.; SCHÖNKE; SCHRÖDER; CRAMER, *Strafgesetzbuch*, cit. nota al pie n° 23, § 263a Rdn. 8 y ss.; MARBERTH-KUBICKI, Anette. *Computer- und Internetstrafrecht*. München: Beck, 2005, Rdn. 46 y ss.; HILGENDORF, Eric; FRANK, Thomas; VALERIUS, Brian. *Computer- und Internetstrafrecht*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer, 2005, Rdn. 144 y ss.

⁸³ Así, por ejemplo, WESSELS; HILLENKAMP, *Strafrecht. BT 2*, cit. nota al pie n° 23, Rdn. 609.

⁸⁴ Así, en la tramitación del proyecto del Ejecutivo en materia de delito informático (Boletín 3083-07), al proponerse la incorporación de la hipótesis indebida de datos (verdaderos), el representante del Ejecutivo destaca “que, en todo caso, no está contemplado aquí el caso en que uno presta una tarjeta a otro, para que saque del cajero automático, por ejemplo, \$ 100.000 y, en definitiva, saca \$ 200.000. Estima que esa hipótesis es apropiación indebida y no de fraude informático, porque obtiene los datos con autorización, pero no así respecto del monto, en que hay abuso de confianza” (Primer Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara, p. 32 y s.), lo que reafirma luego señalando que “para evitar dudas interpretativas y ciertos excesos ocurridos en la práctica alemana, ha parecido conveniente aclarar que no usa indebidamente la tarjeta y los datos verdaderos para estos efectos – puede ser distinto desde la perspectiva contractual del operador de la tarjeta – quien hace uso de ellos con el consentimiento del titular de la misma, aun cuando se abuse de dicho consentimiento (por ejemplo, extrayendo más dinero o comprando más o distinto que lo encargado). En otras palabras, las relaciones internas entre titular y tercero a quien se ha consentido el uso de la tarjeta quedan fuera del tipo penal propuesto y deben sancionarse conforme a las reglas generales” (p. 34).

⁸⁵ Al respecto HERNÁNDEZ, “La administración desleal”, cit. nota al pie n° 4, p. 201 (231 y ss.).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

recibidas e injustamente *retenidas*. Si el punto ya es muy discutible en el ámbito del robo con fuerza en las cosas,⁸⁶ donde tradicionalmente se ha considerado que el concepto de “llave falsa” lleva implícita la voluntad contraria del titular del bien jurídico protegido,⁸⁷ tanto más lo es en este caso, donde no se aprecia que los términos precisos de la ley permitan una interpretación similar, lo que implicaría una seria merma de efectividad para las nuevas figuras penales.

3.1.2. Dudas y defectos

a) Objeto de las figuras típicas: “tarjetas de crédito o débito”

Si la situación de las tarjetas extraviadas o injustamente retenidas provoca serias dudas interpretativas, mayores son en sus efectos las dudas que suscitan los alcances de la parca expresión legal “tarjetas de crédito o débito” empleada para definir el objeto material de las nuevas figuras.

Desde luego es relevante que, a diferencia de lo que ocurre con las disposiciones extrapenales de la Ley N° 20.009, el art. 5° se haga cargo expresamente de las tarjetas “de débito”, así como que el concepto de tarjeta de crédito pueda interpretarse en términos amplios, en particular no restringidos a las tarjetas bancarias, como se desprende de la expresa mención en el art. 1° a las “tarjetas de crédito emitidas por... casas comerciales”. Con todo, la escueta formulación de la ley chilena contrasta con la amplitud de las definiciones que se encuentran en el derecho comparado⁸⁸ e incluso con la de las empleadas en las iniciativas legislativas previas discutidas en Chile, como la de “tarjetas u otros instrumentos similares de crédito, débito o pago, provistos de banda magnética u otro dispositivo técnico de almacenamiento de datos” (Boletín 3083-07) o “tarjetas de crédito, débito o pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda” (art. 235 Anteproyecto del Foro Penal).

⁸⁶ Mientras LABATUT, *Derecho penal*, cit. nota al pie n° 9, p. 207; y ETCHEBERRY, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 12, p. 328 y s. niegan que su uso pueda considerarse constitutivo de fuerza en las cosas, GARRIDO, *Derecho penal*, T. IV, cit. nota al pie n° 9, p. 228 y s.; y POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit. nota al pie n° 9, p. 327 y s. lo afirman categóricamente.

⁸⁷ Interpretación que, sin embargo, se ve seriamente resentida con la mención separada de la “llave verdadera sustraída”.

⁸⁸ Piénsese en la exhaustiva definición del derecho federal estadounidense, donde se define el término genérico “access device” como “any card, plate, code, account number, electronic serial number, mobile identification number, personal identification number, or other telecommunications service, equipment, or instrument identifier, or other means of account access that can be used, alone or in conjunction with another access device, to obtain money, goods, services, or any other thing of value, or that can be used to initiate a transfer of funds (other than a transfer originated solely by paper instrument)” (18 U.S.C. § 1029 [e] [1]). O el derecho italiano, que se refiere a “carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi” (art. 12 Ley N° 197 de 5 de julio de 1991).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

En particular parecen quedar excluidas de la aplicación de los nuevos tipos penales las conductas que recaigan en las llamadas “tarjetas de pago con provisión de fondos”⁸⁹ y, en general, las tarjetas de prepago o “de monedero”. En este último caso, la incorporación del valor previamente pagado en la tarjeta misma podría constituir una razón para excluir dicha aplicación y hacer descansar la protección penal exclusivamente en la tipificación de las conductas previas al uso. Si ésta ha sido la voluntad del legislador, hubiera sido deseable, sin embargo, alguna aclaración expresa de su parte en ese sentido.

b) ¿Adelantamiento justificado de las barreras de protección?

La ley prevé un importante adelantamiento de la barrera de protección al tipificar - en términos algo caóticos - una serie de operaciones sobre las tarjetas, como su venta, exportación, importación, distribución (letra b]) y, en fin, genéricamente, la “negociación” en cualquier forma con tarjetas falsificadas o sustraídas (letra c]). Si bien es posible que muchas de estas conductas pudieran haber tenido relevancia jurídico-penal desde antes de la Ley N° 20.009 por aplicación de las normas sobre receptación (art. 456 bis A CP) o encubrimiento (art. 17 CP), no puede negarse que desde el punto de vista del patrimonio del titular y del tráfico comercial tienen el carácter de meros *actos preparatorios*, lo que no parece condecirse con la penalidad que se les asigna en cuanto delito autónomo.

En lo que concierne a las conductas equivalentes en materia de datos o números de tarjetas (letras d] y e]), la objeción es la misma, si bien debe reconocerse que en este punto la ley chilena no se encuentra sola, pues, como se ha dicho, se inscribe en la línea ya adelantada, entre otros, por el derecho federal estadounidense y por el derecho italiano.

c) Inaplicabilidad respecto de claves no asociadas a tarjetas

En cuanto a las claves, la ley sólo recibe aplicación respecto de los datos o el número “de una tarjeta de crédito o débito”, con lo cual no se protegen las claves de ingreso a sistemas informáticos no asociados a una tarjeta en los que se pueden realizar modificaciones patrimoniales perjudiciales, como es el caso, por ejemplo, de la clave secreta para administrar cuentas bancarias por Internet. La consecuencia es ciertamente coherente con la estructura de la ley, centrada en las tarjetas de crédito o débito, pero al mismo tiempo muestra los inconvenientes de una aproximación tan limitada y casuística. Porque ciertamente no se aprecian razones para un trato diferente, tanto desde el punto de vista de la protección del patrimonio de las personas como de las específicas formas de ataque al mismo, que son en rigor las mismas.

Desde esa perspectiva parece preferible una tipificación más amplia basada en las claves mismas más que en los sistemas a que están asociadas, como la que ofrecen los proyectos legislativos que tipifican el llamado fraude informático incluyendo la variante del uso indebido de “datos verdaderos”, sin perjuicio de los problemas de delimitación que dicha

⁸⁹ Cuya operación regula el Capítulo III.J.3 (Acuerdo N° 664-06-980326, Circular N° 3013-316) del Compendio de Normas Financieras del Banco Central.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

solución plantea. Por de pronto, estos casos deben abordarse de la mano de los restantes tipos penales disponibles.⁹⁰

d) Inaplicabilidad respecto del uso de claves para operaciones propias

Aun tratándose de los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, la ley contiene una limitación del todo incomprensible que conspira gravemente contra su aplicación práctica, como es que el uso, venta, exportación, importación o distribución de tales datos o números deba realizarse “haciendo posible que *terceros* realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular” (letra d]), de suerte que las operaciones de compra o acceso al crédito realizadas directamente por el agente serían atípicas.

Es probable que la construcción adverbial se haya previsto sólo para las hipótesis de venta, exportación, importación, distribución de las claves (letra d]) o de negociación sobre las mismas (letra e]), para las cuales, si bien no resulta indispensable, tiene al menos un sentido. Pero en la medida en que la letra de la ley es inequívoca y la construcción determina también el supuesto de uso, el principio de legalidad impone la atipicidad de un uso que no cumpla con esa exigencia.

La tipicidad del uso de dichas claves para operaciones propias queda entregada al eventual cumplimiento de las exigencias de los tipos penales tradicionales.

e) Uso de claves y necesidad de delimitación

Si bien el defecto recién apuntado limita la aplicación de la ley al supuesto probablemente más significativo de uso de claves, de todos modos deben abordarse las cuestiones de delimitación que suscita la amplitud de los términos legales. Porque a diferencia de lo que ocurre con las tarjetas, cuyo uso directo requiere la posesión material de las mismas o al menos una operación sobre su materialidad (para la alteración de la tarjeta misma o su “clonación”, esto es, el forjamiento de una nueva tarjeta), el uso de una clave sólo implica *conocimiento* de la misma, presupuesto que en muchos casos puede darse de un modo extraordinariamente simple. También aquí, y aun con mayor urgencia, se requiere delimitar adecuadamente los casos que realmente justifican la imposición de una pena.

Aunque la ley no contiene ninguna limitación expresa, debería seguirse el mismo criterio impuesto en materia de uso abusivo de una tarjeta voluntariamente entregada. La concreción de este criterio en relación con las claves requiere, sin embargo, ciertas matizaciones. Porque no sería correcto considerar atípico *per se* el uso de una clave

⁹⁰ Si bien la subsunción en el art. 2° de la Ley N° 19.223 del acceso mismo al sistema mediante el uso de la clave, en cuanto “acceso indebido”, enfrenta también, en principio, el ya señalado problema de no realizarse con el “ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información” contenida en el mismo (*supra* 1), debe reconocerse que en estos casos, en la medida en que las operaciones concretas probablemente se fundarán en una valoración o aprovechamiento de la información disponible en el sistema, aquélla resulta claramente más probable.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

voluntariamente revelada, toda vez que en muchos casos su revelación, con o sin entrega conjunta de la tarjeta misma, es requisito de la transacción. Así, por ejemplo, claramente debe considerarse típica la conducta del dependiente que, enterándose de los datos de una tarjeta con motivo del pago con la misma de un bien o servicio, los usa luego en una transacción propia.

La atipicidad debe predicarse entonces de toda revelación de la clave *no exigida* por una transacción del propio titular. Tal es el caso del uso abusivo de una clave deliberadamente revelada para la realización de una transacción específica con alcances precisos por parte de un tercero que ocupa el lugar del titular, uso abusivo consistente en su utilización más allá de los términos previstos (“relaciones internas”), pero también, nos parece, de todo otro tipo de revelación voluntaria – es decir, en este contexto, exenta de engaño o coacción – a terceros cuando es *innecesaria*, esto es, no exigida por ninguna transacción. En general la protección penal sólo debería prodigarse a quienes al menos se cuidan de no ventilar graciosamente su clave.

3.2. Consumación y tentativa de las figuras básicas

Del régimen penológico del art. 5° - presidio menor en cualquiera de sus grados, debiendo aplicarse en su grado máximo cuando la acción realizada “produce perjuicio a terceros” – se desprende con nitidez que el perjuicio *no es requisito para la consumación* de las distintas hipótesis típicas, sino sólo factor de calificación (*infra* 3.3). De ahí que pueda decirse en principio que se trata de delitos de *mera actividad*, si bien las hipótesis de “importar” y “exportar” las tarjetas o los datos de las mismas sugieren la posibilidad de un resultado típico, como sería la efectiva entrada o salida de tales objetos del territorio nacional. Como sea, cualquier discusión al respecto parece tener un interés exclusivamente teórico a la luz de la amplísima – y de previa consumación - hipótesis de “*negociar en cualquier forma*” con las tarjetas o datos. Por lo mismo pierde también importancia la posible discusión en torno a si la “venta” se entiende en sentido estricto, esto es, en cuanto simple contrato consensual que sirve de título traslativo de dominio o si para estos efectos el concepto exige la tradición. Algo similar ocurre con las posibles dudas interpretativas que ofrece el concepto de “distribución”.

En síntesis, todas las hipótesis típicas independientes del uso, generalmente previas al mismo, se reconducirían al concepto de “negociación”, debiendo entenderse por tal toda comunicación tendiente a lograr un acuerdo a título oneroso⁹¹ respecto de una tarjeta falsificada o sustraída o de los datos de la misma. No es necesario que se produzca el acuerdo, pero al menos se requiere que, más allá de los meros propósitos del agente, la comunicación efectivamente se haya entablado, haya versado sobre las tarjetas o sus datos y haya tenido connotación económica. Verificados estos requisitos debería entenderse consumado el delito. En cambio, precisamente por tratarse de una consumación tan

⁹¹ El carácter necesariamente oneroso de la conducta se desprende tanto del sentido más propio de la voz “negociar” como de la orientación de las hipótesis expresamente reguladas.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

adelantada respecto de la posible lesión de los intereses en juego, no parece posible admitir la posibilidad de una tentativa.⁹²

En cuanto al “uso” de las tarjetas falsificadas o sustraídas, evidentemente no puede entenderse por tal cualquier uso imaginable, sino sólo el uso específico de las mismas en cuanto instrumento para la realización de transacciones comerciales, lo que de ordinario implicará la ejecución de una serie más o menos compleja de actos, con consecuencias relevantes para el *iter criminis*.

Así, ha de estar comprendida la *operación de sistemas informáticos* destinados a ser accionados mediante la tarjeta (introduciéndola, deslizándola, acercándola para su “lectura” por un visor, etc.) seguida de la ejecución de los restantes pasos requeridos para una transacción. Si bien no es necesario que la operación tenga éxito en el sentido de producirse efectivamente la transacción, sí al menos parece indispensable para la consumación del delito que el agente haya ejecutado íntegramente todos los pasos requeridos para la misma, pues sólo en esa medida puede entenderse completa una conducta de “uso” en el sentido de la ley. Si no es ése el caso, debe apreciarse sólo tentativa. Tratándose de interacciones con dependientes de un establecimiento, que son los llamados a hacer efectiva la transacción, no debería bastar con la ambigüedad de la simple presentación de la tarjeta, sino que es menester su *entrega* para que el dependiente realice las verificaciones y operaciones necesarias para la transacción. En todo caso, si la operación requiere la ejecución de pasos adicionales por parte de quien presenta la tarjeta, la consumación debería supeditarse al cumplimiento íntegro de tales exigencias.

En cuanto al uso del número y los datos de una tarjeta, las soluciones deben ser estrictamente equivalentes: tratándose de la operación de un sistema informático se requiere la introducción de dichos datos en el sistema, seguida de los restantes pasos requeridos para la transacción; en caso de interacción con una persona, se requiere la transmisión de los datos y el cumplimiento de las eventuales exigencias adicionales.

3.3. “Perjuicio a terceros”

Como se ha dicho, la producción de un perjuicio a terceros obliga a aplicar la pena en su grado máximo, esto es, presidio menor en su grado máximo. No obstante la extraña redacción del precepto, debe entenderse que el perjuicio en cuestión es el *resultado típico* de una *figura calificada* – no así, como se ha dicho, de las figuras simples, que son delitos de mera actividad (*supra* 3.2) - que, en cuanto tal, debe estar cubierto por el dolo del agente. Abona esta conclusión, en primer lugar, la circunstancia evidente de no tratarse de una *condición objetiva de punibilidad*, ya que no condiciona el *si* del castigo, sino sólo su *quantum*. Por otra parte, el principio de culpabilidad y su reconocimiento constitucional impiden resolver la ambigüedad legislativa en el sentido de admitir un delito calificado por el resultado, en tanto que el *numerus clausus* en materia de responsabilidad por culpa y la

⁹² Ni tampoco el delito frustrado, como es obvio por tratarse de un delito de mera actividad, aunque nuestra práctica suele ignorarlo.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

especial excepcionalidad de los delitos culposos en el ámbito de los delitos patrimoniales y económicos se oponen a la suficiencia de la imprudencia como fundamento de la calificación.⁹³

Por “perjuicio a terceros” debe entenderse simplemente *perjuicio patrimonial a otro*, distinto del propio agente. Nada sugiere que en este caso se deba adoptar una interpretación distinta de la que rige sin contrapeso respecto de fórmulas equivalentes, en que la exigencia de perjuicio se asocia expresamente a un “tercero”, como ocurre en los arts. 197 CP (“con perjuicio de tercero”), 470 N° 3 CP (“en perjuicio del mismo [otro] o de un tercero”) y 471 N° 1 CP (“con perjuicio de éste [quien tiene legítimamente la cosa] o de un tercero”), fórmulas que nunca han dado lugar a una interpretación diferente de la que rige para los demás tipos que simplemente exigen el perjuicio de “otro”, sea determinado (el Estado, un particular, los acreedores, etc.) o indeterminado.⁹⁴

De ordinario el perjuicio lo sufrirá el titular de la tarjeta, pero no puede descartarse que, conforme a la regulación de las relaciones contractuales comprometidas y a las características del caso concreto, aquél lo soporte el banco o el establecimiento afiliado. En cuanto al *momento del perjuicio* y, consecuentemente, al momento consumativo de la figura calificada, debería darse la misma discusión que se da en materia de estafa. Por nuestra parte, en consecuencia, debemos insistir en que ya se ha verificado un perjuicio patrimonial cuando se aumenta el pasivo de un patrimonio, aunque con posterioridad ese crédito en contra no sea ejecutado.⁹⁵

⁹³ La existencia de la calificación matiza considerablemente la impresión que a primera vista provoca que las hipótesis básicas no requieran perjuicio para su consumación. Esta circunstancia sugiere una regulación más cercana a la de la falsedad y uso malicioso de instrumentos públicos o de moneda que a la de las hipótesis equivalentes respecto de instrumentos privados - en la línea del Anteproyecto del Foro Penal -, arrastrando además al mismo régimen hipótesis muy distintas como las de venta, exportación, importación, distribución de tarjetas sustraídas o datos o números de tarjeta y la negociación a su respecto. Pero precisamente el efecto del perjuicio, esto es, la imposición obligatoria de una pena más grave al menos en su mínimo, hace que la diferencia sea muy relativa, pues en caso que la falsedad o el uso malicioso del documento privado falso no produzca perjuicio, de todos modos puede apreciarse una tentativa o un delito frustrado, con una pena obligatoriamente menor, en una medida cercana a la que resulta de comparar los dos marcos penales previstos en el art. 5°. La única diferencia nítida radica en que en este último caso es teóricamente posible imponer la pena máxima en ambos casos. Por lo mismo, si bien a primera vista puede tener asidero la tesis de tratarse de un delito contra la “fe pública”, no puede desecharse sin más su lectura como delito - en parte de peligro - contra el patrimonio; sobre los primeros pasos de la jurisprudencia al respecto, GRUNEWALDT, “El delito de uso fraudulento”, cit. nota al pie, n° 3, p. 7 (8 y ss.).

⁹⁴ De otra opinión el Tribunal Oral de Santiago en causa RIT N° 195-2006 (y voto de minoría en causa RIT N° 116-2006), citados por GRUNEWALDT, “El delito de uso fraudulento”, cit. nota al pie, n° 3, p. 7 (13), con consideraciones terminológicas escasamente convincentes: para la ley el titular no sería “tercero” sino “tarjetahabiente”.

⁹⁵ Al respecto HERNÁNDEZ, “Aproximación”, cit. nota al pie n° 12, pp. 173, 177 y ss., con referencia a lo que en la dogmática alemana se conoce, con una terminología que aquí no se comparte, como “puesta en peligro del patrimonio equivalente al perjuicio” (“*schadensgleiche Vermögensgefährdung*”); véase también ahora BALMACEDA, Gustavo; PELLER, Gustav Ferdinand. “Análisis dogmático del concepto de ‘perjuicio’ en el delito de estafa (especial referencia al concepto de ‘perjuicio en forma de peligro’)”. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 7 (2006), p. 185 (193 y ss.). Sobre los primeros pasos de la práctica judicial, GRUNEWALDT, “El delito de uso fraudulento”, cit. nota al pie, n° 3, p. 7 (10 y ss.).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Por último, puede postularse que la calificación cumple una importante función en materia *concurzal*, no tanto respecto de la realización simultánea de diversas hipótesis del art. 5°, que debería resolverse fácilmente como un *concurso aparente* de leyes penales,⁹⁶ sino que respecto de otros tipos penales: Tratándose de la concurrencia con delitos patrimoniales, como la estafa, debería admitirse sin mayores dificultades un *concurso aparente* de leyes penales, a resolver en favor de la figura del art. 5° de la Ley N° 20.009, tanto por especialidad como por absorción, si se tiene en cuenta que el tipo calificado de la ley se hace cargo especialmente del perjuicio y contempla una pena que se ubica en el máximo previsto en el art. 467 CP.⁹⁷

La función puede ser más interesante respecto de la relación *concurzal* con eventuales delitos contra la propiedad. Desde luego la cuestión no interesa a quienes niegan que las hipótesis de uso abusivo de tarjetas falsificadas o sustraídas puedan ser subsumibles en tales figuras penales, debiendo reconocerse, además, que la existencia de una tipificación específica para dichas hipótesis debería influir *de facto* en los progresos de dicha interpretación. Considerando, sin embargo, que la solución tradicional en nuestro país ha sido la de apreciar un hurto o, más aún, un robo con fuerza en las cosas, el tema *concurzal* desde dicha perspectiva tiene gran importancia.⁹⁸ Con todo, a primera vista la figura calificada parece consagrar para este *concurso ideal* simplemente la misma solución que resultaría de la aplicación del art. 75 CP, esto es, la pena mayor asignada al delito más grave, que en cualquier caso sería la de presidio menor en su grado máximo. En esa medida, la función *concurzal* del tipo calificado parece insignificante y hasta superflua.

Lo verdaderamente significativo es que, de aceptarse dicha función del tipo calificado, en términos de desplazar al art. 75 CP, debe entenderse que en caso de *ejecución imperfecta* del eventual delito de apropiación la ausencia de perjuicio permite situar la pena en cualquier punto del marco penal básico previsto en el art. 5°. Así, por ejemplo, cuando el sujeto intenta sin éxito extraer una determinada suma de dinero de un cajero automático con una tarjeta sustraída el marco penal aplicable debería ser presidio menor en cualquiera de sus grados y no presidio menor en su grado máximo, como sería el caso, supuesto que se asuma como aplicable el tipo penal de hurto o de robo con fuerza en las cosas, si se aplica el art. 75 CP al concurso entre el delito del art. 5° y la tentativa de hurto o robo con fuerza en las cosas.

⁹⁶ La construcción del artículo indica que se trata de un tipo de los que parte de la doctrina llama “tipos mixtos alternativos”, esto es, de tipos con varias alternativas típicas pero todas ellas equivalentes y carentes de independencia y relevancia propia, de modo que la realización simultánea de varias de ellas se mantiene dentro del ámbito de la “unidad de acción”. Al respecto POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 451 y s.

⁹⁷ Aunque se admitiera que el art. 5° protege la “fe pública”, dando lugar a un concurso ideal de delitos, la solución sería la misma de acuerdo con el art. 75 CP.

⁹⁸ Sin contar con que el concurso justifica atribuirle el carácter de *víctima* tanto al titular de la tarjeta como al banco dueño del dinero apropiado (cfr. *supra* 1.1.3).

HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”.

Polít. crim., N° 5, 2008, A2-5, pp.1-38.

[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf]

Sin perjuicio de las objeciones que puedan dirigirse a esta lectura desde otras perspectivas, en particular desde un punto de vista penológico, debe reconocerse que resuelve adecuadamente la situación de duda respecto de la aplicación futura del tipo penal que se venía aplicando hasta ahora en las hipótesis prácticas más relevantes.