



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

Departamento de Ciencias Penales y Criminología

ANÁLISIS DEL DELITO DE USO FRAUDULENTO DE TARJETA DE CRÉDITO
O DÉBITO CONTENIDO EN LA LEY 20.009

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora: NATALIA CATALINA ESCÁRATE ANDRADE

Profesor guía: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago, Chile

2015

A mamá, papá, Iñaki y Aníbal.

TABLA DE CONTENIDOS:

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: Tarjetas de Crédito	4
1.1. Concepto	4
1.2. Utilidad de la Tarjeta y Operatividad básica	10
1.3 Actores relacionados	17
1.4 Desarrollo Histórico.....	22
1.5 Tipos de Tarjetas.....	27
CAPÍTULO II: Normativa y regulación a las tarjetas de crédito.....	29
2.1. Antecedentes generales	29
2.2. Compendio de Normas del Banco Central. Cap. III, J.1	31
2.3. Recopilación normas SBIF capítulo 8-3	34
2.4. Acuerdo n° 1286-02-060810	36
2.5. Ley 20.555	37
2.6. Decreto 44.....	39
2.7. Ley 20.009.....	42
2.7.1. Historia de la ley	43
2.7.2. Análisis de los artículos 1 a 4 de la Ley 20.009	50
CAPÍTULO III: Delito “Uso fraudulento de tarjetas de crédito”	57
3.2. Sobre los delitos de fraude en general	57
3.2. Delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito.....	62
3.2.1. Generalidades.....	62
3.2.2. Bien Jurídico protegido.....	66

3.2.3.1.	Verbo Rector	73
3.2.3.2.	Sujetos	82
3.2.3.3.	Objeto material.....	85
3.2.3.4.	Elementos subjetivos, descriptivos o normativos del tipo.....	87
3.2.4.	Antijuridicidad y Culpabilidad.....	91
3.2.5.	Circunstancia agravante de responsabilidad: El perjuicio.	99
3.2.6.	Consumación e <i>iter criminis</i>	107
3.2.7.	Concursos y delito continuado	119
3.3.	Breve relación sobre métodos usuales de comisión del delito tratado.....	133
CAPÍTULO IV: Conclusiones		140
BIBLIOGRAFÍA.....		144
ANEXOS.....		148

INTRODUCCIÓN

El uso de las tarjetas de crédito y débito es actualmente, masivo y en aumento; en gran parte gracias al desarrollo de una tecnología segura, relativamente económica y adaptable a distintas circunstancias. Al mismo tiempo, se dan cada día más facilidades y beneficios para que las personas opten por de las mismas, tanto por parte de aquellos que emiten las tarjetas, como por parte de los establecimientos mismos que aceptan su uso. Este aumento exponencial del número de tarjetas circulantes y de usuarios de las mismas, ha obligado a desarrollar una creciente normativa a su alrededor, tarea que en gran parte ha quedado, históricamente, en manos de instituciones económicas y financieras, como es el caso del Banco Central, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y, ahora último, el SERNAC, Servicio Nacional del Consumidor. Dichas normativas pronto fueron insuficientes para abordar la integridad de los problemas y controversias que suscitaba el uso de dichas tarjetas, por el enfoque meramente económico y comercial que por su naturaleza, entregaban. En concreto, desde la arista de la materia de estudio del presente trabajo, dejaban sin tratar el área delictual de la materia, cualquier ilícito cometido por o con ellas, quedaba a merced de interpretaciones que pudiesen contenerlo dentro de tipos ya existentes, tipos penales pensados para

situaciones donde un instrumento tan versátil y tecnológico como las tarjetas de crédito y débito, ni siquiera se imaginaba.

En esa circunstancia, al alero de una preocupación parlamentaria por aspectos de la responsabilidad civil recaída en casos de hurto, robo o extravío de las mismas, se crea el tipo penal de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito, que pretende hacerse cargo de la problemática penal generada por los delitos - siempre en aumento e innovando en los métodos- en las que ellas se involucraban.

Actualmente, existen números textos que se refieren al delito de fraude, y al uso de tarjetas de crédito, por separado. Sin embargo, la literatura referida al fraude cometido por uso de tarjeta de crédito o débito, o bien de la información contenida o relacionada a ella, es prácticamente inexistente. Si bien se ha desarrollado un estudio sobre las novedades introducidas por la ley 20.009, este estudio ha sido mayoritariamente desde la óptima del Derecho Económico, o bien Derecho Comercial y Civil, mas no penal. Considerando el extenso uso de las tarjetas y las posibilidades delictuales que con ello viene, es este un sensible vacío.

Esta tesis pretende ser un granito de arena destinado a llenar dicho vacío, hacer una pequeña contribución a lo dispuesto por la ley 20.009, desde una

óptica penal. Analizar el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito propiamente tal.

Para ello, esta tesis comenzará por analizar los conceptos básicos de la tarjeta de crédito y débito, explorar su historia y características básicas, a fin de sentar las bases del conocimiento del delito que de ellas se ocupa.

Posteriormente se analizará el contexto normativo de dichas tarjetas, tanto legal como reglamentario, provenientes de cada institución que cuenta con atribuciones al respecto. En dicho apartado se analizará la misma ley 20.009, mas sólo en todo aquello que no es el delito propiamente tal, sino el corazón y origen de la ley: la limitación de responsabilidad para el usuario frente a ciertas circunstancias.

Una vez aclarados los conceptos y características básicas, analizadas las normas que tratan la materia desde distintas perspectivas, se analizará en detalle desde el punto de vista penal, utilizando para ello las herramientas que nos entrega el Derecho Penal. Dicho análisis será complementado, cuando corresponda, con pronunciamientos y controversias judiciales, agregando jurisprudencia a la doctrina.

Finalmente, en las conclusiones se entregará las ideas fundantes extraídas de los análisis realizados, esperando constituir un aporte y ayuda para la materia en cuestión.

CAPÍTULO I: Tarjetas de Crédito

1.1. Concepto

Para comenzar el estudio de uso fraudulento de tarjeta de crédito, es prioritario conocer y comprender qué es una tarjeta de crédito. La tarjeta de crédito es un medio de pago ampliamente utilizado en nuestros días, que además está en permanente expansión y mejora.

La tarjeta de crédito fue definida por vez primera a nivel normativo en Chile por el Banco Central como:

“Cualquier instrumento que permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito otorgado por su Emisor y que sea utilizado por dicho titular o usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente Emisor u Operador, en virtud de convenios celebrados con éstas que importen aceptar el citado instrumento

como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al titular o usuario”¹

Esta definición pone énfasis en la relación tripartita que se genera entre los 3 actores principales involucrados en el contrato: El tarjetahabiente, el operador y/o operador, y las entidades afiliadas que acepten el pago por medio de la misma. Es decir, es una definición utilitaria, explica para qué sirve y a quienes involucra en primera instancia dicho instrumento, sin mayor conceptualización.

A continuación, se verán otras definiciones entregadas por la doctrina:

“La tarjeta de crédito es una operación mediante la cual el emisor, banco o institución financiera, concede al titular de la misma un crédito rotatorio de cuantía determinada, gracias a un contrato de apertura de crédito celebrado entre ambos, con el objeto de que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos comerciales afiliados al sistema, vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichas casas comerciales a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al banco a pagarles, dentro de cierto lapso, dichas adquisiciones o servicios.”²

Esta definición del profesor de Derecho Comercial, Ricardo Sandoval, profundiza sobre la definición que entrega el Banco Central, ya que da cuenta

¹ Compendio normas BANCO CENTRAL. Acuerdo N°1749-01-130418. Circular N°3013-718.
<www.bcentral.cl/normativa/circulares/pdf/2013/Circ3013718.pdf> [visto en enero 2015]

² SANDOVAL, Ricardo. 1988. La operación de Tarjeta de Crédito. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N°184. p.73.

de la existencia de contratos entre los sujetos que forman parte de la relación y de ciertas características básicas de las obligaciones y derechos correlativos entre todos.

“Es un documento emitido por una entidad mercantil, de carácter general (bancos, grandes almacenes, empresas turísticas) o especializada en este tipo de negocios, mediante el cual una persona, llamada titular, puede obtener una serie de prestaciones, a crédito, del propio emisor o de otras empresas relacionadas con éste, en vez de pagar su importe con dinero o cheques en el acto al contado”³

La definición previamente transcrita se enfoca en el servicio que presta al tarjetahabiente la tarjeta de crédito, a la vez nos entrega nociones sobre la amplitud de los tipos de empresas que pueden emitir y/o operar esta clase de tarjetas. Como se verá más adelante, desde la génesis de la tarjeta de crédito se dio esta variedad, no tienen su origen ni son privativas de los Bancos, como se podría suponer por sus características.

Por último, otra conceptualización de la tarjeta de crédito, es:

“Un documento emitido por una sociedad mercantil, y distribuido en algunos supuestos, por una entidad bancaria, mediante el cual el usuario-titular, puede adquirir una serie de prestaciones en determinados establecimientos, y en el que subyacen uno o más contratos de crédito, según sean para el uso del

³ DE ARRILLAGA, José Ignacio. 1981. La Tarjeta de Crédito. Revista de Derecho Privado. N°65. p.787

*propio establecimiento emisor –grandes almacenes- o bien en varios de ellos, determinados por la propia emisora-.*⁴

Esta conceptualización aporta en señalar que la empresa emisora puede ser la misma que la institución que recibe el pago, como se da en las tarjetas de crédito que otorgan algunas casa comerciales. Ayuda a comprender lo dúctil que puede ser este instrumento.

Analizando la tarjeta de crédito en mayor detalle, se puede decir que es un instrumento comercial, debido a que por una parte es un medio de pago y por otra, implica la existencia de un crédito por quien la posee. Dicho crédito es otorgado por una Empresa Emisora, la cual puede ser la misma que opera la tarjeta, es decir, quien se ocupa de su funcionamiento y la relación con los establecimientos afiliados, o no. Usando esta tarjeta, el tarjetahabiente, puede pagar por bienes y servicios en los establecimientos o instituciones que acepten el pago, por estar afiliados con la empresa emisora u operadora.

Respecto de lo señalado previamente, algunos alcances: Primero, la tarjeta es propiedad de la empresa emisora, no del tarjetahabiente⁵. El usuario tiene

⁴ BELTRÁN, Teresa. 1994. Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos. Segunda edición. Editorial José María Bosh, Editor. p. 134.

⁵ SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p. 26.

deberes de diligencia y cuidado respecto a ella, y el banco puede inutilizarla y revocar el crédito cuando se cumplan las causales establecidas para ello.

Segundo, el crédito que se otorga es un crédito especial. Usualmente, los créditos que otorgan los bancos u otras instituciones financieras importan un préstamo de una suma determinada de dinero, entregada por alguna razón en particular (como los créditos habitacionales) o ninguna (como los créditos de consumo), para ser gastada o utilizada por el usuario. Este crédito se manifestará, en un sentido físico, en dinero, o bien en otros instrumentos mercantiles como una letra de cambio o incluso transferencia electrónica. Pero en el contrato de tarjeta de crédito, todo funciona diferente, así *“en primer término, los terceros a quienes el banco se compromete a pagar son determinados por el cliente cuando éste utilice sus servicios, pro dentro de un universo previamente establecido por el banco. En segundo lugar, la apertura de crédito se concede, esto es, la disponibilidad a favor del cliente, sólo puede ser utilizada mediante la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por este universo de terceros, y no por otros.”*⁶. Podemos señalar al respecto que la tarjeta de crédito es un crédito libre, pero acotado, de posibilidades para el tarjetahabiente.

⁶ RORIGUEZ AZUERO, Sergio. 1985. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Tercera Edición. Biblioteca Felaban. p.396.

Así, desde el punto de vista el usuario, *“la “tarjeta de crédito” cumple una función multifacética, respondiendo a ciertas necesidades, como la de satisfacer una finalidad de desarrollo comercial, una finalidad de desarrollo crediticio, una finalidad de garantía y una finalidad de sustituir al dinero como instrumento de pago”*⁷.

⁷ MURGUILO, Roberto A. 1985. Tarjeta de Crédito. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. p.12

1.2. Utilidad de la Tarjeta y Operatividad básica

Utilidad⁸

El uso de la Tarjeta de Crédito está cada vez más difundido. El sistema de pago está presente en prácticamente todo el mundo, cada vez más empresas emiten sus propias tarjetas, cada vez una misma persona posee y utiliza mayor cantidad de tarjetas y además, los establecimiento afiliados van en aumento permanente. Este éxito tiene su origen en gran medida en la utilidad que la tarjeta presta, para cada uno de los actores involucrados en las operaciones.

Desde el punto de vista del usuario, tiene múltiples beneficios, aparte de la utilidad básica de constituir un crédito, facilitando el pago en caso de necesitarlo, y del reemplazo del dinero. Cuando se desea comprar bienes o servicios por sobre ciertas sumas, resulta más conveniente y seguro el emplear la tarjeta de crédito en vez de portar el dinero. Se ha señalado a su vez que la

⁸ Para la redacción de este capítulo, se siguen las obras de SANDOVAL, Ricardo, 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. y SANDOVAL, Ricardo. 1999. Nuevas operaciones mercantiles. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.

mera tenencia de una tarjeta de crédito implica cierto prestigio aportado al usuario, ya que para que se le haya otorgado dicha tarjeta, ha de haber presentado ante la empresa emisora ciertos antecedentes que justifiquen el otorgamiento del crédito. De hecho, en su obra sobre la tarjeta de crédito, el señor Roberto Murguilo define al usuario como alguien *“cuya solvencia, responsabilidad y honorabilidad ha sido debidamente constatada y confirmada por la entidad emisora con anterioridad a la aprobación de la respectiva solicitud y a la emisión de la respectiva tarjeta identificadora”*⁹. Junto con ello, ayuda al propio usuario a generar un mayor control presupuestario. Los operadores o emisores de las tarjetas de crédito entregan información continua sobre el uso que se da a la misma, permitiendo al usuario un mayor control y planificación sobre los gastos que haga con ella.¹⁰

Las tarjetas de crédito ofrecen en la actualidad diversos incentivos para su uso, tales como sistema de acumulación de “puntos” por uso, tras obtener cierta cantidad se pueden canjear por otros bienes y servicios, inclusive por boletos de avión, y forman también un método útil de hacer frente a gastos imprevistos cuando se posee falta de liquidez en dicho momento.

⁹ MURGUILO, Roberto A. Op. cit. p.34

¹⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Cristián Eduardo. 2003. Aspectos prácticos y normativos de la tarjeta de crédito bancaria. Tesis de Pregrado. Universidad de Talca. p.22

En comparación con el cheque, para el usuario es relevante el poder liberatorio: al pagar con la tarjeta, ha pagado. Así, hay *“mayor confianza de la tarjeta de crédito frente al cheque – mayor comodidad de la tarjeta de crédito frente al cheque – “el cheque sustituye al dinero en efectivo de manera indirecta en cuanto que la eficacia del cumplimiento del pago queda en suspenso hasta el momento en que el acreedor la materializa procediendo al cobro del cheque, de manera que este documentos carece de poder liberatorio”*¹¹

Dentro de las desventajas, se pueden mencionar a los costos asociados con el uso de las mismas, por una parte, costos de operatividad de las tarjetas, y por otra, los intereses derivados del crédito que implican.

Para los comerciantes, establecimientos o instituciones afiliados que reciben los pagos con las tarjetas, la desventaja radica en que han de esperar para obtener el pago de los productos o servicios vendidos, ya que se hará por cuenta de la empresa operadora o emisora de tarjetas en un plazo previamente acordado. Por otra, la afiliación al sistema implica el mantener los precios a los tarjetahabientes, aunque no paguen en efectivo y, por último, el pago de ciertas

¹¹ ÁLVAREZ ARCE, Marta. 2003. Tarjeta de crédito bancaria. Tesis de Pregrado. Universidad de Concepción. pp.20 y 21.

comisiones a las empresas emisoras y operadoras. Sin embargo, es un pago seguro, avalado por las mismas empresas operadoras y emisoras, como señala Barbier, comparándola con el cheque – un medio de pago muy popular que ha ido perdiendo usuarios tras la explosión de las tarjetas- *“esto se debe a que la recepción del cheque implica asumir un riesgo de crédito respecto al librador, mientras que la venta de bienes o servicios contra la firma de un comprobante supone el respaldo directo de la entidad emisora de la tarjeta”*¹². Por último, el estar afiliado al sistema permite una ventaja eventual frente a otros establecimientos que no lo posean, ante la disyuntiva de un usuario que desee un producto o servicio pero no porte, o no quiera usar, efectivo.

Por último, pese a que los costos de operatividad y publicidad son muy altos, para las empresas resulta conveniente el tener tarjetas de crédito. Son clientes permanentes, a los cuales se les cobran ciertos cobros operativos, ofrecen seguros complementarios, y todo esto aparte de los intereses cobrados por los créditos mismos, como señala Sandoval: *“para el banco resulta de utilidad porque concede al cliente una apertura de crédito que, naturalmente, implica el cobro de intereses por el uso del crédito con el empleo de la tarjeta”*¹³

¹² BARBIER, Eduardo Antonio. 2002. Contratación Bancaria. Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. p.345.

¹³ SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p.19.

Si la emisora de una tarjeta de crédito es una casa comercial, o un miembro del retail, produce una fidelización del cliente, quien preferirá comprar en aquella casa comercial donde se le dan facilidades para pagar. Esta fidelización es muchas veces complementada con descuentos o promociones especiales para quienes usan sus tarjetas.

Operatividad Básica

La tarjeta de crédito tiene un modelo estándar a nivel mundial. Son tarjetas de material plástico, de 51 mm de alto y de 86 mm de largo. Según la empresa emisora que, ella podrá ser de diversos colores y poseer distintos símbolos distintivos.¹⁴ Para efectos de identificación y de seguridad, el Banco central indica que

“La tarjeta podrá corresponder a un instrumento plástico o cualquier dispositivo físico, electrónico o informático, que cuente con un sistema de identificación

¹⁴ PEREZ FONTANA, Sagunto. 1989. La tarjeta de crédito, estudio de Derecho Comparado Uruguayo-Argentino. Fundación de Cultura Universitaria. p.18.

unido del respectivo medio de pago, y cuyo soporte contenga la información y condiciones de seguridad acordes con tal carácter.”¹⁵

En la práctica, es usual que la tarjeta lleve impreso o manifestado de algún medio la denominación del banco o sociedad financiera que la emite y otorga el crédito, la nacionalidad y fecha de término de vigencia de la misma y, por último, la numeración codificada de la tarjeta,¹⁶ elemento fundamental que permite reconocer la tarjeta a nivel operacional, de esta forma es el número codificado el que se publica en los boletines de seguridad que son enviados a los establecimientos afiliados a fin de dar cuenta de tarjetas bloqueadas.

Actualmente las tarjetas suelen contener información identificatoria en una banda magnética al dorso de la misma y que sirve para interactuar con los soportes digitales de los que se valen los establecimientos.

Una transacción actual usual con tarjeta de crédito, implicará el deslizar la parte de la tarjeta de crédito que contiene la banda magnética por un lector de bandas magnéticas, adjunto a una computadora donde dicha información se lee. Así el vendedor o prestador de servicios puede ver si la tarjeta ha sido bloqueada, si tiene cupo de crédito, o si tiene puede efectivamente ser usada

¹⁵ Compendio normas BANCO CENTRAL. Acuerdo N°1749-01-130418. Circular N°3013-718. <www.bcentral.cl/normativa/circulares/pdf/2013/Circ3013718.pdf> [visto en enero 2015].

¹⁶ SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p.44 y 45.

en dicho establecimiento. Existe una interconexión automática entre el establecimiento y la empresa emisora de la tarjeta de crédito, y la compra y el cargo al crédito se realiza automáticamente. Normalmente, esta operación es realizada por el soporte de un tercer interviniente, una empresa operadora, *“en el comercio habitual, las operaciones con tarjeta de crédito se realizan a través de un P.O.S.: Point of Sale Terminal, o terminal de punto de venta. En esta modalidad, la información viaja por la Red Bancaria Interconectada, de propiedad de los bancos y administrada por Transbank”*¹⁷

Esta utilización electrónica de tarjetas tiene consecuencias , como señala Eduardo Barbier, *“es precisamente la utilización de estos instrumentos y la ausencia de documentación lo que distingue estas operaciones de las que son procesadas normalmente, ya que en lugar de ser objeto de “autorización”, las realizadas electrónicamente son motivo de “autenticación”, por ejemplo, mediante utilización de claves de identificación numérica o criptografía”*¹⁸, materia que cobra relevancia en casos de fraude o suplantación.

¹⁷ YOPO DÍAZ, Natalia Valentina. 2012. Responsabilidad en los casos de fraude por extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile. p.17.

¹⁸ BARBIER, Eduardo. Op. cit. p. 322.

1.3 Actores relacionados

Al buscar definiciones de tarjeta de crédito, se pudo ver que en varias conceptualizaciones se explicitaba la existencia de varias relaciones jurídicas entre los miembros de la operación. Esto es porque la relación jurídica que implica la tarjeta de crédito es una operación compleja, en la cual existen varios actores, quienes están relacionados entre sí por diferentes contratos.

En un principio, se podría decir que *“es una relación jurídica triangular (entre emisor-comercio, adherido-tenedor de la tarjeta) por intermedio del cual se legitima activa y pasivamente al tenedor de la tarjeta para que el mismo pueda, sin abonar en forma inmediata al ente emisor, adquirir bienes y/o servicios, en los comercios adheridos al sistema, los cuales se benefician con el aumento de sus ventas y los entes emisores perciben un porcentaje variable como utilidad quedando a priori estos últimos obligados al pago respecto de los comercios”*¹⁹

Esta definición no señala, de todas formas, la posible existencia de un cuarto actor involucrado: la empresa operadora de la tarjeta, una intermediaria entre la empresa emisora y los comercios afiliados, así también entre la emisora y los tarjetahabientes.

¹⁹ SIMON, Julio A. 1991. Tarjetas de Crédito. Editorial Abeledo. p.64.

A continuación, se analizará a los distintos actores involucrados:

Usuario

Ricardo Sandoval, profesor chileno de Derecho Comercial que se ha ocupado en extenso de la materia, señala que *“el usuario, titular de la tarjeta, o como también se le ha denominado tarjetahabiente, es la persona natural o jurídica beneficiaria del crédito otorgado por el banco emisor, quien, en uso de la tarjeta, paga su compras y servicios con ella ante los establecimientos afiliados”*²⁰ A este usuario usualmente el crédito otorgado es de tipo “rotativo”, el cual *“consiste en abrir un crédito al usuario fijándole un límite proporcionado a sus recursos. El titular de la tarjeta efectúa toda clase de compras con ella y a fin de mes recibe la factura detallada que puede pagar íntegramente, en cuyo caso sigue disponiendo del crédito inicial o sólo en parte, disminuyendo entonces su crédito para el subsiguiente período”*²¹

Empresa Emisora

El Banco Central ha definido a la empresa emisora como *“la persona jurídica que emite y pone en circulación una o más tarjetas, celebra los contratos de*

²⁰ SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p. 22.

²¹ MURGUILO, Roberto A. Op. Cit.. p.5.

*afiliación con las entidades que acepten dicho instrumento como medio de pago, y asume la responsabilidad de pagar las adquisiciones de bienes o servicios que efectúen sus titulares o usuarios en las entidades afiliadas”*²² La empresa emisora deberá cumplir con una serie de requisitos para constituirse como tal, dar muestras de operatividad y solvencia mínimas para dar sustento al sistema, y ofrecer al mercado constantes buenas políticas de administración y gestión. Como se ha señalado, *“dado que la entidad emisora de tarjetas de crédito, como administradora del sistema, debe supervisar y controlar constantemente el funcionamiento de dicho sistema, interviene directamente en las relaciones jurídicas que se generan en torno de la emisión y uso de la tarjeta. Por tanto, no puede equiparársela a un mero fabricante o distribuidor de “plásticos”, pues puede y debe prever las contingencias que se susciten en su funcionamiento y adoptar las prevenciones pertinentes, obrando con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Ello es así, pues se trata de la prestación de un servicio profesional”*²³

Entre la empresa emisora de tarjetas y el tarjetahabiente existe el contrato de tarjeta de crédito, aquel que otorga al usuario la tarjeta y el crédito. Dicho contrato está sujeto a las normas del Banco Central, le regulación y fiscalización

²² Compendio normas BANCO CENTRAL. Acuerdo N°1749-01-130418. Circular N°3013-718. <www.bcentral.cl/normativa/circulares/pdf/2013/Circ3013718.pdf> [visto en enero 2015].

²³ BARBIER, Eduardo Antonio. Op. cit. . p 351.

del Sernac y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, SBIF, además de las leyes que correspondan, como la ley 20.555 y la ley 20.009. En dicho contrato, entre otros, se delimitarán los montos a pagar por comisiones por uso, intereses el crédito, monto máximo del mismo, causales de revocación de la tarjeta, entre otros.²⁴

Empresa Operadora

Ha sido definida por el Banco Central:

“Empresa operadora de tarjetas es la persona jurídica que en virtud de un contrato con el emisor, presta a éste los servicios relacionados con la autorización y registro de las transacciones que efectúen los titulares o usuarios de la tarjeta; y realiza, por encargo de este último, los actos de administración conducentes al pago de las prestaciones que se adeuden por el emisor a las entidades afiliadas por concepto de la utilización de las tarjetas.”²⁵

Es una verdadera intermediaria entre los distintos actores y en la práctica suele ser la facilitadora práctica de las operaciones, por medio de tecnología, infraestructura y soporte. En nuestro país, la principal empresa operadora de tarjetas es Transbank S.A..

²⁴ SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p. 23-24.

²⁵ Compendio normas BANCO CENTRAL. Acuerdo N°1749-01-130418. Circular N°3013-718. <www.bcentral.cl/normativa/circulares/pdf/2013/Circ3013718.pdf> [visto en enero 2015].

Establecimiento Afiliado

Corresponderá al establecimiento que ofrece bienes y servicios que pueden ser pagados a través de la tarjeta de crédito. Se señala que *“entre el titular de la tarjeta y el establecimiento afiliado, la relación es un verdadero vínculo justificativo de la existencia de todos los otros actos y contratos que forman parte de la operación”*²⁶

Entre el banco o la empresa emisora existirá un contrato de afiliación el cual se dispondrán los plazos de pago, obligaciones del establecimiento respecto al otorgamiento de comprobantes y envío a la emisora de los mismos, cobros y descuentos por el servicio, y los protocolos de seguridad en la recepción de los pagos con tarjeta de crédito que deberán tener. A su vez, la empresa emisora se compromete a dar oportunos avisos por las tarjetas bloqueadas o revocadas.

27

²⁶ SANDOVAL, Ricardo. 1999. Nuevas operaciones mercantiles. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. .p. 128.

²⁷ SANDOVAL, Ricardo.1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p 31 y 32.

1.4 Desarrollo Histórico

Las tarjetas de crédito nacieron por primera vez en Europa, en países como Francia, Inglaterra y Alemania, al amparo de grandes hoteles en búsqueda de la fidelización y beneficios a sus clientes más importantes y habituales.²⁸ Sin embargo, el sistema tuvo su verdadera génesis en los Estados Unidos, en el seno de la empresa Western Union, importante empresa que partió como un servicio de telegramas en 1851, ampliando pronto su giro a servicios de comunicación en general y financieros. En ese marco, en 1914 dio origen a la primera tarjeta de crédito, la cual tenía *“el propósito de asegurar a los usuarios una atención preferencial en todas las sucursales de la empresa y, además, proporcionarles la posibilidad de un pago diferido.”*²⁹

El sistema dio buenos resultados, diversos establecimientos ofrecieron tarjetas similares para sus clientes. Esto estuvo en expansión hasta la llegada de las dos grandes guerras cuando el crédito se vio reducido, y el aprecio al dinero en efectivo, por motivos de confianza, se hizo más patente. Durante muchos años,

²⁸ CANAHUATE RONDA, Ricardo. 1989. Reglamentación legal de la tarjeta de crédito bancaria en Chile. Tesis de Pregrado. Universidad de Concepción. p. 10.

²⁹ SANDOVAL, Ricardo. 1988. La operación de Tarjeta de Crédito. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N°184. p. 71.

las tarjetas de crédito estuvieron prácticamente extintas, hasta la aparición de la tarjeta de Diners Club en 1950, de la mano del empresario estadounidense Frank McNamara. Dicha tarjeta tuvo la particularidad de que podía ser utilizada en diversos establecimientos, ya no en uno sólo o en miembros de una misma cadena. Los establecimientos asociados a esta tarjeta tenían relación con el entretenimiento y el descanso: hoteles, restaurantes etc. Siguiendo la misma idea, en el año 1958 nace la tarjeta “American Express”.

Las tarjetas de crédito amparadas por los bancos vinieron después de Diners Club: En 1951, el Franklin National Bank de Nueva York lanza una tarjeta de crédito para sus clientes, la cual estaba conectada con su cuenta corriente y línea de crédito en el banco mismo.

Desde entonces, el uso y número de las tarjetas de crédito no ha hecho sin aumentar. Como razones de este aumento -aparte de las ventajas que posee el sistema, mencionadas previamente en este trabajo- podemos encontrar que *“Desde el punto de vista técnico, han contribuido considerablemente, dos factores: primero, el gran avance experimentado por los medios electrónicos e informáticos y la generalización de los mismos, lo que se traduce en un respaldo constituido por una base tecnológica que permite modalidades de*

operación seguras y sencillas a los usuarios, optimizando así la calidad del servicio ofrecido por los emisores y operadores de tarjetas de crédito.”³⁰

En nuestro país, las tarjetas de crédito llegaron en el año 1978, cuando aparece la primera tarjeta de “Diners Club”, emitida por el Banco Hipotecario y de Comercio. A ella la seguirán tarjetas VISA del Banco de Talca y el Banco de Concepción³¹

En la actualidad, las tarjetas de crédito están totalmente insertas en las transacciones habituales de nuestro país. No sólo existen las tarjetas internacionales tradicionales, de amplia difusión y emitidas por los principales bancos, como VISA, MasterCard y American Express, además prácticamente la totalidad de las casas comerciales, el retail, locales, tienen sus propias tarjetas de crédito. Así, supermercados como “Jumbo”, tiendas de ropa y variedades como “Falabella” e incluso farmacias, poseen una tarjeta para ofrecer a sus clientes.

Hoy en día el foco está en entregar mayor seguridad para los tarjetahabientes. Ante diversos casos ocurridos en los pasados años de fraude con tarjetas, la

³⁰ ÁLVAREZ ARCE, Marta. Op. cit. p.4-5

³¹ REVISTA DEL CONSUMIDOR, 2006, diciembre. Chile, SERNAC. p.2
www.revistadelconsumidor.cl/paginas_pdf_art/2006/diciembre_06.pdf [consulta febrero 2015]

aparición de “bandas” clonadoras de tarjetas, que falsifican tarjetas para utilizar cuentas de terceros víctimas, la preocupación por la vulnerabilidad de las mismas *va in crescendo*. Es usual que las empresas emisoras y operadoras de tarjetas emitan publicidad masiva sobre el buen uso y cuidado de las tarjetas, y también se está invirtiendo en nuevas tecnologías.

A nivel mundial, VISA y MasterCard, dos de las más grandes emisoras de tarjetas se unieron con IBM para realizar el Protocolo SET, Secure Electronic Transaction (Transacción Electrónica Segura) que utiliza una *“combinación estratégica e métodos criptográficos, ofreciendo servicios de autenticación de las partes que participan en una transacción mediante certificados digitales.”*³²

En Chile, aparecen las tarjetas con “chip”, tarjetas inteligentes que *“ofrecen una variada gama de sofisticación y de prestaciones o servicios, , se caracterizan por contar con una o dos pastillas microelectrónicas (chips) que actúan como auténtico microprocesador y pequeños bancos de datos sobre la identidad del titular y el total de las operaciones realizadas--- lo que impedirá la falsificación del documentos “tarjeta de crédito”*³³.

³² YOPO DÍAZ, Natalia Valentina. Op. Cit. p. 19.

³³ SAN MARTÍN MACHUCA, Virginia del Carmen y SAN MARTÍN MACHUCA, María Carla. 1997. La tarjeta de crédito, un acto de comercio. Tesis de Pregrado. Universidad Central. p.173.

Dicho sistema con chip está siendo implementado de manera progresiva en gran parte de las tarjetas bancarias del país, de crédito y débito, dicho chip implica una mejora en los estándares de seguridad para el usuario y para los establecimientos comprometidos.

A su vez, algunos bancos ofrecen a sus clientes alternativas aún más sofisticadas, tal como la tecnología “Contactless” (Sin contacto), un sistema que permite comprar acercando la tarjeta a un terminal de venta, sin que la tarjeta salga jamás de la mano del tarjetahabiente, previniendo que sea, en unos instantes, clonada.

1.5 Tipos de Tarjetas

La primera distinción a realizar es distinguir entre la tarjeta de crédito y la tarjeta de débito. Ambas tienen presentaciones físicas prácticamente idénticas, pero tienen efectos, usos y obligaciones totalmente diferentes.

La tarjeta de débito está unida a una cuenta bancaria, gracias a esta conexión, el usuario puede pagar con ella, siendo el importe automáticamente descontado de su cuenta. No existe crédito, sólo es necesario tener saldo en la cuenta desde la que se pretende pagar. Sin saldo, a su vez, no hay posibilidad de comprar. La tarjeta de débito se caracteriza también por permitir retirar dinero en efectivo desde los cajeros automáticos.³⁴

La tarjeta de crédito siempre tiene un crédito correlativo. Este crédito puede tener distintas modalidades de pago, a cuotas, sin cuotas, con interés o incluso sin, pero el crédito, generalmente rotativo, como se analizó previamente, existe siempre. No todas las tarjetas de crédito permiten retirar dinero desde los cajeros automáticos, debido a que en esencia basan su utilización en los establecimientos afiliados, o en el que la emite. Como importa un crédito,

³⁴ BARBIER, Eduardo. Op. cit. p.348.

permite el tarjetahabiente pagar aun cuando no tenga liquidez en el presente momento de la compra.

Las tarjetas de crédito se clasifican, a su vez, en:³⁵

a) Bancarias, aquellas donde un banco asume el rol de emisor de la tarjeta de crédito

b) No Bancarias, aquellas emitidas por instituciones no bancarias, funcionan otorgando un cupo de crédito al usuario para adquirir bienes y servicios en establecimientos determinados, quienes hacen cesión de créditos al emisor, que se subroga frente al usuario. No están permitidas en Chile.

c) Comerciales, aquellas emitidas por un establecimiento comercial dado, como un supermercado o una tienda del *retail*. Sólo se pueden usar en dicho establecimiento y sus sucursales.

d) De Descuento, no son verdaderas tarjetas de crédito, sólo importan un descuento otorgado por la emisora a ser utilizado en algún establecimiento o producto

³⁵ Clasificación de SANDOVAL, Ricardo, 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile. p.17, 18 y 19.

CAPÍTULO II: Normativa y regulación a las tarjetas de crédito

2.1. Antecedentes generales

En 1978 hizo su primera aparición una tarjeta de crédito en nuestro país, la tarjeta Diners Club, y en es 1979 que la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras autoriza a los Bancos a participar del mismo sistema. En abril de ese mismo año, se autorizó también a la empresa Bancard, emisora y operadora de tarjetas de crédito, a funcionar³⁶.

Todas estas operaciones quedaron sujetas a las normas dictadas por el Banco Central, ya que por lo señalado por la ley 18.840, la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile en su artículo 35, n° 7, es dicho Banco quien tiene la atribución de “*dictar las normas a que deberán sujetarse*”

³⁶ YOPO DÍAZ, Natalia. Op. cit. p.11.

las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;”, haciendo uso de sus facultades normativas y reglamentarias dispuestas en el párrafo cuarto de la mencionada ley a fin de regular el Sistema Financiero y el Mercado de Capitales del país.

Como se podrá apreciar a continuación en el siguiente trabajo, no ha sido sino en los últimos 15 años cuando se ha complementado la normativa del Banco Central, a través de leyes y la entrada en juego de otras instituciones con facultades regulatorias de la materia.

2.2. Compendio de Normas del Banco Central. Cap. III, J.1

El Banco Central se ocupa de la materia en las normas que podemos encontrar en el Compendio de Normas del Banco Central, en particular en el capítulo III.J.1. Debido a que el Banco Central fue el primer regulador de la materia, podemos encontrar allí las bases de las futuras normativas y legislaciones, se delimitan conceptos y establecen requisitos básicos de las operaciones, en ocho capítulos numerados del I al VIII.

En una primera instancia, capítulo I, “Disposiciones Generales”, define los conceptos de Tarjeta de Crédito, Empresa Emisora de Tarjetas, Empresa Operadora de Tarjetas, los cuales ya fueron tratados en el presente trabajo en el capítulo I, apartado 1.4.

En el segundo apartado, se ocupa de las empresas emisoras, disponiendo que además de las instituciones bancarias y cooperativas de ahorro y crédito acreditadas y fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) que cuenten con cierto patrimonio, podrán emitir tarjetas cualquier otra Sociedad Anónima que cumpla con los requisitos establecidos en esta misma normativa.

Tales requisitos tienen un contenido mayoritariamente de índole económica y normativa, en el sentido que establecen capitales mínimos para constituirse en

emisores de tarjetas, la obligatoriedad de crear fondos de reserva de liquidez, entre otros, requisitos que miran a otorgar seguridad y solvencia a todos los participantes del sistema, en particular respecto a los pagos. Por otro lado, establece la necesidad de informar, de manera periódica, a la Superintendencia respecto a las operaciones y estados de la Sociedad.

En tercer lugar, se establecen los requisitos para conformar una empresa Operadora de tarjetas, las cuales nuevamente podrán ser los bancos y cooperativas de ahorro ya mencionados, así como empresas de otra índole que cumplan los requisitos señalados. Ahora, el acento estará puesto en la factibilidad operativa de la empresa, en sus facultades de recursos para poner en funcionamiento el sistema de tarjetas de crédito: plataformas, tecnología, personal, seguridad y establecer políticas de control y gestión, entre otros.

El capítulo IV se refiere a la operación de tarjetas de crédito emitidas en el extranjero pero con uso en suelo nacional, y el capítulo V se refiere a las causales de revocación o suspensión de la autorización para emitir u operar tarjetas, en cuatro causales que atienden a la infracción de la normativa del Banco Central o la Superintendencia, a las buenas prácticas administrativas y financieras, la falta o disminución por debajo de los márgenes establecidos de la reserva de liquidez, o por reducción del capital pagado o de las reservas por lo mismo.

El sexto capítulo otorga a la Superintendencia las facultades de emitir normativa sobre las operaciones con tarjeta de crédito, y de fiscalizar al respecto. Se establece a su vez, en el capítulo VII de la normativa, la pauta de información mínima que la propia Superintendencia ha de proporcionar a los emisores y operadores. Por último, en el capítulo VIII, establece el deber para todas las empresas operadoras y emisoras de tarjetas de inscribirse en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, llevado por la misma SBIF.

2.3. Recopilación normas SBIF capítulo 8-3

El Banco Central otorgó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –SBIF- la facultad de dictar normas e instrucciones que se requieran para aplicar las disposiciones formuladas por el mismo, sumado a la facultad de fiscalizar el efectivo cumplimiento de dicha regulación por parte de las empresas Emisoras y Operadoras. Haciendo uso de dichas facultades la Superintendencia regula y norma, cuyo contenido se encuentra en la Recopilación Actualizada de normas, capítulo 8-3 que realiza la misma SBIF.

Dentro de la normativa, destacan:

- Contenido mínimo del contrato entre la empresa operadora de la tarjeta de crédito y el establecimiento afiliado, modo de pago, obligaciones y derechos de las partes, entre otros. En la materia que nos convoca, es importante mencionar que el contrato ha de señalar la *“responsabilidad económica que le cabe a cada parte, ante el uso indebido de las tarjetas o por eventuales errores que pudiesen existir en la validación de las transacciones.”*³⁷
- Contenido mínimo del contrato entre Emisores y Operadores, también las obligaciones y derechos por las partes, las cuales están orientadas a la

³⁷ Recopilación Actualizada de Normas, SBIF. Capítulo 8-3. Circular N° 3.553, 23.07.13.

continuidad y seguridad del sistema, y a la oportunidad de los pagos entre ambos, a los establecimientos y lo particulares.

- Características de las tarjetas, que “ *deberán contener, a lo menos, la información que permita conocer la marca, el nombre del emisor, su numeración codificada y el nombre del titular o la persona autorizada para su uso*”.³⁸ También señala la información que deberá entregar el Banco a los usuarios, sobre el correcto uso y resguardo de las misma.
- Respecto del hurto, pérdida, robo, falsificación adulteración de la tarjeta, se remite a la ley 20.009 que se verá más adelante.

³⁸ Recopilación Actualizada de Normas, SBIF. Capítulo 8-3. Circular N° 3.553, 23.07.13.

2.4. Acuerdo n° 1286-02-060810

El acuerdo 1286-02-060810 del Consejo del Banco Central de Chile, adoptado en su Sesión Ordinaria n°1286³⁹ permitió la entrada al mercado de operaciones con tarjeta de crédito a nuevas instituciones y entidades, como a las casas comerciales (Paris, Falabella, etc). En la práctica, esto significó que con este acuerdo dichas entidades quedaron sujetas a la normativa y regulación de la SBIF también en sus operaciones con tarjetas.

³⁹ ACUERDO1286-02-060810 Banco Central. Disponible en<www.bcentral.cl/normativa/acuerdos/pdf/1286-02-060810.pdf> [visto en enero 2015]

2.5. Ley 20.555

Como se dijo anteriormente, el Banco Central tenía el monopolio de la facultad de dictar normativa regulatoria de las tarjetas de crédito. Esto cambia el año 2011, con la dictación de la Ley 20.555, que “Modifica la ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor”⁴⁰

Esta ley establece dos grandes cambios: Por un lado, norma respecto a contratos de adhesión en materia de servicios financieros, señalando nuevas obligaciones de las empresas que prestan esta clase de servicio, con un énfasis puesto en el deber de entregar mayor información al usuario respecto de los costos, obligaciones, formas de poner término al contrato y valor de esto, cargas mensuales y anuales y otras materias semejantes. A su vez, crea la institución del “Sello Sernac”, un sello al que pueden optar los proveedores de servicios y productos financieros de manera voluntaria en sus contratos, que

⁴⁰ CHILE. LEY 20.555. Modifica ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor. 5 Diciembre 2011. < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865> > [visto en enero 2015]

asegura al contratante que dicho contrato ha sido revisado y verificado por el Sernac, quien acredita que éste cumple con la ley y normativa.⁴¹

En segundo lugar, en el artículo 62 dispone que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo deberá dictar un reglamento específico sobre información a consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, lo cual constituye *“un llamado expreso a regular a un organismo distinto del que hasta a fecha tenía atribuciones expresas en esta materia”*.⁴²

⁴¹ DEPARTAMENTO DE COMUNICACIONES, SERNAC. [en línea]
<://www.revistadelconsumidor.cl/articulos/contenidos.php?ID_Articulo=596> [visto febrero 2015]

⁴² SANGUESA REBOLLEDO, María Paz. 2014. Tarjetas de crédito y Ley de protección al consumidor. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile. p36.

2.6. Decreto 44

Este decreto que aprueba el Reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias nace al amparo del artículo 62 de la ley 20.555 ya estudiada, el cual mandata al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo a crearlo.

El decreto será aplicable a Empresas Operadoras y emisoras de Tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, y a consumidores, tanto aquellos que han contratado una tarjeta de crédito no bancaria como aquellos que son meros destinatarios finales de la publicidad, promoción, oferta, cotización u ofrecimiento de las mismas.⁴³

El reglamento consta de siete títulos, los cuales norman:

1. Título I: *Disposiciones generales*. Establece definiciones de los conceptos básicos utilizados y presenta fórmulas de cálculo para criterios financieros, como valor de las cargas, tasas de interés y otros.

⁴³ CHILE. DECRETO 44. Aprueba reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias. 13 de Julio 2012.< <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041745>> [visto en enero 2015]

2. Título II: *Información en las cotizaciones, contratos y otros productos y servicios asociados a las tarjetas de crédito.* Como señala el nombre del título, se especifican los puntos informativos de la cotización y del contrato, el contenido mínimo y la forma de éstos.
3. Título III: *Razones del rechazo a la contratación de una tarjeta de crédito.* Establece el derecho a ser informado y del contenido de la información del rechazo, así también las condiciones objetivas que podrían motivarlo.
4. Título IV: *Información durante la vigencia del contrato de tarjeta de crédito.* Obligatoriedad y contenido de los informes periódicos, como el estado de cuenta; derechos del consumidor durante la vigencia del contrato, y los derechos y obligaciones al momento de liquidar la tarjeta de crédito.
5. Título V: *Información publicitaria.* Mandata sobre el formato, información mínima, medios de difusión y obligatoriedad de la veracidad de la información
6. Título VII: *Hoja Resumen.* Habla sobre la misma y sus contenidos obligatorios.
7. Título VII: *Disposiciones finales.* Señala que “*las exigencias de información y contenido mínimo de los contratos de adhesión establecidos en este reglamento, se aplicarán sin perjuicio de las*

obligaciones establecidas en leyes especiales y normas dictadas conforme a ellas”⁴⁴

Como complemento a este reglamento, existe el Decreto 41, que establece el llamado “Sello Sernac”, mencionado previamente en este trabajo.

⁴⁴ CHILE. DECRETO 44. Aprueba reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias. 13 de Julio 2012.< <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041745>> [visto en enero 2015]

2.7. Ley 20.009

La ley 20.009, que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, publicada el primero de abril del año 2005, responde a una necesidad legislativa de otorgar mayor protección a los usuarios de tarjetas de crédito frente a las circunstancias señaladas en su título: hurto, robo o extravío, otorgando además protección civil y penal, mediante la creación de un tipo penal, por el uso fraudulento de las tarjetas.

Antes de la dictación de esta ley, la limitación de la responsabilidad en estos casos estaba dada por lo señalado en los contratos respectivos, los cuales se sometían a la normativa vigente, la cual aparte de señalar algunas obligaciones para las empresas operadoras tales como mantener un canal de aviso continuo y avisar a los establecimientos afiliados en un plazo breve (que, en el caso de los establecimientos que no mantenían un sistema informático, podía ser de uno a dos días), poco más decía.

En cuanto a la protección penal, se debía adecuar a los tipos de estafa existentes en nuestro Código Penal, para muchos, insuficientes.

2.7.1.Historia de la ley

El 14 de noviembre del año 2002, diez diputados (los srs. Espinoza, Saffirio, Walker, Paredes, Ortiz, Burgos, Silva, Valenzuela, Hales y Escalona) presentan vía moción parlamentaria un proyecto de ley que “limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas”⁴⁵ En la fundamentación del mencionado proyecto, se hace notar que en la presente situación, el Banco Central establece para los operadores de tarjeta la obligación de generar ciertos canales de comunicación que permitan un aviso seguro y oportuno del robo, hurto o extravío de la tarjeta, mas la forma en la cual esto se implementa y, más importante aún, toda mención respecto a la responsabilidad y los límites de esta en relación a cada uno de los actores involucrados, queda a manos de los contratos de tarjeta de crédito suscritos, los cuales son verdaderos contratos de adhesión, aquellos donde el contratante –en este caso, el tarjetahabiente- tiene poco o nada que modificar, quedando sus posibilidades limitadas a aceptar o rechazar lo ofrecido.

⁴⁵ HISTORIA DE LA LEY. 20.009. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/10161/1/HL20009.pdf>> p 5. [consulta enero 2015]

Considerando lo anterior, junto con el explosivo aumento del uso y existencia de tarjetas de crédito en el país, desde su primera implementación en 1979, y teniendo en vista la experiencia de otras legislaciones, como la de Estados Unidos y la Unión Europea, es que los diez parlamentarios autores del proyecto estiman menester legislar sobre la materia, a fin de entregar mayor protección al usuario, el cliente común, limitando legalmente la responsabilidad que sobre él recayera por el mal uso de una tarjeta que le ha sido robada, hurtada, o bien se ha extraviado, cuando éste cumpla con dar el oportuno aviso correspondiente a la operadora de la tarjeta.

A continuación el contenido del proyecto de ley en un principio:

“Artículo único:

Los usuarios de tarjetas de crédito, débito u otras que permitan realizar operaciones de crédito o de dinero, siempre podrán limitar su responsabilidad de acuerdo a las siguientes reglas:

1.- Dar aviso pertinente por el extravío, hurto o robo de la tarjeta respectiva al administrador y/o emisor de la misma. El administrador y/o emisor deberá proveer servicios de comunicación que permitan su acceso gratuito durante las 24 horas del día y todos los días del año. El administrador y/o emisor de las tarjetas deberá entregar, en el acto de su registro, un número o código de recepción del aviso antes referido, con indicación de la hora de su recepción.

2.- Las tarjetas por las que el usuario haya dado aviso de extravío, hurto o robo, serán bloqueadas de inmediato por el administrador y/o emisor, procediendo a la entrega de una nueva para el usuario, si éste así lo solicita.

El que diere aviso de extravío, hurto o robo con intención de defraudar, será responsable de todos los perjuicios ocasionados, además de la responsabilidad que le cupiera como autor del delito tipificado en el artículo 468 del Código Penal

3.- En el caso que las tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas sean operadas con posterioridad al aviso que el usuario ha debido dar, corresponderá al administrador y/o emisor de la misma probar que las operaciones fueron realizadas por el titular, o en las adicionales autorizados por este.

Las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el usuario por operaciones realizadas con posterioridad a los avisos por tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, se tendrán por no escritas.

4.- El usuario no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al administrador y/o emisor, sin perjuicio de lo establecido para el caso de las defraudaciones, en el número 2 de la presente ley.

En todo caso, el administrador y/o emisor de las tarjetas podrá contratar un seguro para que cubra los perjuicios ocasionados por el mal uso del documento. El usuario, en virtud de lo expuesto, responderá sólo de hasta 2 unidades de fomento, correspondientes a los gastos de caducidad de la tarjeta y/o prima del seguro que opere respecto de estos casos.”⁴⁶

⁴⁶ HISTORIA DE LA LEY. 20.009. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/10161/1/HL20009.pdf>> p 5. [consulta enero 2015]

Como se puede apreciar, el único artículo del proyecto se preocupaba casi únicamente de la limitación de responsabilidad, complementado con el establecimiento de ciertas obligaciones y limitaciones para el operador o emisor de las tarjetas. La única mención penal que encontramos en el artículo está en inciso 2 del número 2, haciendo responsable del delito de fraude a quien de un aviso falso con intención de defraudar, en los términos del artículo 468, el cual dispone *“Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”*.

Tras su presentación, el proyecto pasa a manos de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, quien en esta oportunidad contó con la presencia de los srs. Enrique Marshall, Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, Enrique Sepúlveda, Jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Sergio Cruz, asesor del directorio de la empresa Transbank S.A. y del sr. Mauricio Zelada, abogado de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, quienes aportarán distintos puntos de vista. A grandes rasgos, manifiestan la necesidad de distinguir entre el uso de la tarjeta extraviada, hurtada o robada antes del aviso, y de lo mismo pero después del aviso y sobre la posibilidad de implementar un seguro - sin acuerdo en si ha de

ser obligatorio o no-que se haga cargo de los perjuicios producidos antes del aviso, e incluso después, en el caso de la utilización de la tarjeta en locales que no tengan implementado el sistema electrónico y por tanto, no haya operado el bloqueo automático.

Tanto el sr. Enrique Sepúlveda como el sr. Mauricio Zelada estuvieron en desacuerdo con la remisión al artículo 478 del Código Penal, debido a que aquel establece la generalidad del delito de estafa y se haría difícil subsumir la conducta en el tipo. El sr. Zelada propone una remisión al artículo 473, que considera más específico.

Por último, sugieren cambiar la terminología del artículo, a fin de hacerla más concordante con los conceptos utilizados en las otras leyes y normas que rigen la materia.

Tras discusión en sala, el proyecto ve modificada su estructura, de un artículo ahora son 4; la inclusión de la obligatoriedad de un seguro para hacer frente a los perjuicios que se pudiesen producir por el mal uso de la tarjeta tras el aviso, y además la limitación de la responsabilidad del usuario de la tarjeta hasta 2 unidades de fomento.

En la tramitación del proyecto en el Senado, tanto el senador Parra como el senador Lavandero presentaron indicaciones que tenían por fin el introducir un tipo penal de uso fraudulento de tarjeta de crédito. El senador Parra lo hizo a

través de una sugerencia de modificación del artículo 4, y el Senador Lavandero propuso la creación de un nuevo artículo:

“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.”. CITAR A LA HISTORIA DE LA LEY P69

Dicha propuesta fue analizada en la Comisión de Economía del Senado, con la ayuda del abogado Waldo del Villar Brito, especialista en Derecho Penal, quien, entre varias indicaciones, sugirió unificar la sanción penal establecida en el artículo 4 del proyecto, que sancionaba el aviso fraudulento de robo, hurto o extravío de la tarjeta, con este nuevo artículo. Finalmente, tras el paso por la Comisión de Economía, el tipo penal de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito establece:

“Artículo 5º.- 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 cualesquiera de sus grados.

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

Finalmente, es esta la forma definitiva, que será promulgada el 18 de Marzo del año 2005, y publicada el primero de Abril del mismo año. No ha sufrido modificaciones desde entonces.

2.7.2. Análisis de los artículos 1 a 4 de la Ley 20.009

La ley 20.009 consta de 5 artículos, constituyendo el último artículo, el 5to, aquel que contiene el tipo penal de uso fraudulento de tarjeta de crédito, el cual será estudiado en extenso en el siguiente capítulo del presente trabajo.

A modo de contextualización, se revisarán los 4 primeros artículos, los cuales tratan sobre la limitación de responsabilidad del tarjetahabiente ante el hurto, robo o extravío de su tarjeta.

La tarjeta de crédito, como se ha visto, es un medio que reemplaza el dinero, por una parte, y por otro, otorga un crédito. En cierta medida, es una “línea directa” a los fondos, existentes y de cupo de crédito de una persona determinada. Esto significa que al ser una tarjeta hurtada, más que robar el simple plástico, da acceso a todas las posibilidades económicas del sujeto en relación con esta tarjeta. Dicho de otro modo, si a una persona en la calle le roban la billetera, que contenía 40 mil pesos chilenos en billetes, la pérdida serán esos 40 mil pesos. Sin embargo, si se le hurta o roba la tarjeta de crédito, el ladrón podría obtener productos y servicios por sumas mucho más altas, disponer de todo el activo de su víctima y, además, dejarlo endeudado.

La víctima, al momento de recibir su estado de cuenta, se encuentra en un problema, *“dado que la tarjeta de crédito es intransferible y puesto que existe una sólida presunción iuris tantum de que cualquier bien o servicio adquirido mediante la presentación de ella lo es por su titular, no basta con un negativa genérica de haber realizado los consumos, sino que es necesario el desconocimiento preciso de los cupones, cargos o intereses cuyos importes se registren en el resumen de cuenta”*⁴⁷

Es por todo lo mencionado, que la creación de un sistema de bloqueo y de limitación de responsabilidad por el mal uso, es algo tan relevante.

Análisis de los artículos de la ley estudiada:

“Artículo 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.”

⁴⁷ BARBIER, Eduardo Antonio. Op. cit. p. 364.

En el primer artículo de la ley, se da peso legal a la obligación que ya tenían las empresas operadoras y/o emisoras, en las normativas previamente analizadas, de otorgar al tarjetahabiente que ha sufrido la desaparición de su tarjeta por una u otro razón, un canal y una forma fácil, expedita y segura para efectuar el aviso, así también una forma de comprobar la existencia de este aviso mediante el número o código de recepción del mismo. Una vez dado el aviso, se genera el principal efecto, el de la limitación de la responsabilidad, de cuyo alcance se ocupará el artículo 3.

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

Nuevamente se otorga peso legal a una obligación ya existente, con miras a reforzar la seguridad de los usuarios. En este caso, da cuenta del bloqueo, circunstancia fáctica que una vez producida, impediría a quien haya robado, hurtado o de otra forma quiera utilizar la tarjeta, de efectivamente usarla. Si la empresa ha cumplido diligentemente con el bloqueo tras el aviso, tras ello no habría necesidad de pensar en limitaciones de responsabilidad, porque sencillamente la operación fraudulenta no existiría.

En todos los establecimientos afiliados al uso de la tarjeta que operen mediante transferencias electrónicas esto no constituirá ningún problema ya que una vez dado el aviso de bloqueo, la tarjeta no podrá funcionar. No sucede así con establecimientos que funcionen aun con métodos más arcaicos, como la

utilización de un boucher o cupón firmado, los cuales tienen dos problemas: requieren de una firma y de comprobación de identidad, ambos falseables; y al no estar conectados en un sistema en línea, la información del bloqueo puede no llegar a tiempo.

Aparte de la protección que otorgan los artículos de esta ley, el sistema financiero cuenta con sus propias defensas, “*en el sistema de tarjetas de crédito existe un límite cuantitativo que tiene por finalidad proteger al titular en caso de su utilización indebida por un tercero no autorizado. Este mecanismo de protección que ha creado el sistema es el límite cuantitativo de disponibilidad. Se establece, como protección al usuario, un límite cuantitativo diario, semanal o mensual más allá del cual no se podrá utilizar la tarjeta de crédito.*”⁴⁸ Dicho límite es una barrera extra para limitar el daño que puede sufrir un tarjetahabiente ante un mal uso de sus tarjetas.

Artículo 3º.- *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

⁴⁸ MARIÑO LOPEZ, Andrés. Distribución del Riesgo de uso fraudulento de tarjeta de crédito en caso de su extravío o sustracción en el Derecho Español y Chileno. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado IV. Universidad Diego Portales. p.106.

tarjetahabiente, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, se tendrán por no escritas.

Este artículo establece una presunción a favor del tarjetahabiente, quien una vez dado el aviso, queda libre de tener que probar que él no realizó las compras o usos de la tarjeta posteriores a éste. El emisor y/o operador de la tarjeta tendrá entonces la carga de la prueba, aun cuando en el contrato suscrito por el tarjetahabiente se señale lo contrario. Ahora bien, esta es una presunción simplemente legal, por lo cual la empresa puede usar los medios de prueba disponibles para el caso para probar que el uso de la tarjeta tras el aviso sí fue hecho por el titular de la tarjeta, o uno de sus adicionales.

Artículo 4º.- 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.

Este artículo tiene sentido, ya que al dar el aviso, el tarjetahabiente ha cumplido con la obligación que tiene para con la empresa emisora u operadora después del robo, hurto o extravío de su tarjeta. Si él ha cumplido, queda en la empresa o los establecimientos afiliados el cumplir a su vez, cumplimiento que se manifiesta en bloquear la tarjeta, como se señala en el artículo 2 de esta misma ley, y cualquier falla o retraso en el bloqueo no será ya responsabilidad del tarjetahabiente, si no de la entidad emisora o del afiliado. Como se menciona por Andrés Mariño, “Si el establecimiento adherido, la entidad emisora o ambos

no han controlado en forma diligente la operación de pago realizado con la tarjeta, o han causado el uso ilegítimo por haber incumplido alguna de las obligaciones preventivas a su cargo, el titular de ésta no tiene porqué resultar afectado por dicho incumplimiento”.⁴⁹

Así, si el bloqueo no fue inmediato o no llegó a comunicación donde correspondía, será falla del sistema que las empresas operadoras están comprometidas y obligadas a mantener funcionando correctamente, y sería injusto que por ella respondiera el usuario. Considerando además el avance de la tecnología en nuestro país, que cada vez está más sofisticado y alcanza más zonas y materias, cobra mayor sustento.

Para finalizar, es interesante hacer mención que el año 2007 se presentó en la Cámara de diputados un proyecto que busca explicitar que lo dispuesto en estos 4 artículos es extensivo a las víctimas de los llamados delitos de “clonación de tarjetas”; esta inclusión está motivada debido a que, si bien el artículo 5 que tipifica el uso fraudulento lo incluye, como “falsificación”, esta primera parte de la ley que se refiere a la limitación de la responsabilidad del tarjetahabiente sólo menciona los casos de robo, hurto y extravío. En la

⁴⁹ MARIÑO LÓPEZ, Andrés. Op. Cit. p.100.

clonación la tarjeta puede jamás salir de la esfera de protección del usuario, por lo cual no entra en ninguna de dichas hipótesis.⁵⁰

⁵⁰ YOPO DÍAZ, Natalia. Op. cit. pp 50 y 51.

CAPÍTULO III: Delito “Uso fraudulento de tarjetas de crédito”

3.2. Sobre los delitos de fraude en general

Dentro de la clasificación general de los delitos en relación al bien jurídico principal protegido encontramos los delitos contra la propiedad. Lo primero que hay que señalar al respecto, es que se ha entendido que en materia penal el concepto de Propiedad es distinto al utilizado por el Derecho Civil, definido en el Código Civil:

“Art 582: El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.

Este concepto de propiedad es ampliado en el Derecho Penal, ya que se entiende como propiedad el concepto del Código Civil, pero además, como señala Etcheberry, “se extiende igualmente a la propiedad entendida como el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular y que sean

*económicamente apreciables, esto es, tanto a los derechos reales que no son el dominio (como el usufructo) como a los derechos personales o créditos.*⁵¹

Aclarado el concepto de propiedad seguido por nuestro Código Penal, se entiende que los delitos de propiedad se clasifican en delitos de destrucción y delitos de apropiación. Los delitos de destrucción, como su nombre señala, implica la lesión e incluso desaparición de cosas sobre las cuales se posea propiedad, lo cual incluye a delitos como el de daños, e incendio. Dichos delitos no son materia del presente trabajo.

Por su parte, los delitos de apropiación son aquellos *“que consisten fundamentalmente en un desplazamiento patrimonial: determinados bienes salen de hecho de un patrimonio determinado para ingresar a otro patrimonio”*.

⁵². Es decir, delitos donde existe un perjuicio patrimonial sobre la víctima, quien ve mermado su patrimonio por la acción de un tercero quien, contra su voluntad, de una u otra forma retira bienes desde el patrimonio de la víctima hacia el propio.

Una nueva sub-clasificación aparece en este momento. Dentro de los delitos de apropiación, se distingue entre los delitos que para perpetrar la apropiación se valen de medios materiales, como el hurto o el robo; de aquellos que se valen

⁵¹ ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal Parte Especial. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. p 287

⁵² ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. . p 295.

de medios inmateriales, en ellos, el desplazamiento patrimonial de hecho “no se obtiene mediante un despliegue de energía física, sino a través de un modo de obrar que tiene que ver más bien con elemento de carácter intelectual orientados al engaño de la víctima”⁵³, los delitos de apropiación inmateriales, la fuerza de acción radica en la mente, no en la materialidad de una acción corporal. El fraude es el delito que más destaca dentro de esta subclasificación, el mismo Bullemore lo define al fraude como,

*“El medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado típico”*⁵⁴

Y a su vez, Etcheberry señala:

*“En términos generales, puede caracterizarse el fraude como causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas”*⁵⁵

En ambas definiciones existen elementos comunes; el engaño o abuso de confianza (ya que el incumplimiento voluntario de una obligación importa un abuso de confianza) es el núcleo común del actuar típico que caracteriza a quien realiza la acción. Es un acto a traición, valiéndose de medios dolosos. Más adelante se verá que no se concibe, al menos en un principio, un engaño

⁵³ BULLEMORE, Vivian. 2007 Curso de Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV. Segunda Edición. Editorial LexisNexis. p 71.

⁵⁴ BULLEMORE, VIVIAN. Op. Cit. Parte Especial, Tomo IV. p.72

⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. p.377.

culposo. También se puede señalar que si bien en la definición de Bullemore no se explicita la necesidad de perjuicio, de índole patrimonial, en la definición de Etcheberry sí, diferencia que en la práctica en la generalidad de los casos queda soslayada porque el tipo penal de fraude suele exigir dicho perjuicio –con la notable excepción del uso fraudulento de tarjeta de crédito-. En síntesis, podemos decir que los dos conceptos claves del fraude son el engaño, y el perjuicio.

A nivel doctrinario, se ha desarrollado que entre el engaño, en cualquiera de sus formas, y el perjuicio, que es siempre patrimonial en estos delitos, existe una *“cadena causal esencial, compuesta por los siguientes elementos: la simulación, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio”*⁵⁶. La simulación es un ardid, un despliegue de actividad mental y física por parte del actor que tiene por fin inducir a la víctima al siguiente paso de la cadena: el error. Para que la persona incurra en el error, el actor requiere no una simple mentira, sino una mayor actividad y desarrollo de las circunstancias en las cuales la víctima se basará para actuar, es más que simplemente manifestar algo no verídico o correcto.

El siguiente paso de la cadena es el error en que incurre la víctima, aquella representación de la realidad que es, en definitiva, falsa. Este error es inducido,

⁵⁶ BULLEMORE, VIVIAN. Op. Cit. Parte Especial, Tomo IV. p.75

mediante la simulación, por el actor. Este error es el que induce a la víctima a efectuar una disposición patrimonial, en perjuicio de su propio patrimonio, favoreciendo al del actor o a un tercero, el elemento cuarto y final de la figura clásica del fraude. El perjuicio es un menoscabo en el patrimonio, y , respecto e si el perjuicio ha de ser económico o jurídico, *“La mayor parte de los autores se inclina por estimar que el concepto de perjuicio es jurídico y no económico, pero con toda precisión Antón y Rodríguez indican que entre nosotros debe exigirse al menos que el perjuicio sea apreciable en dinero Ello, en virtud de que la penalidad de los fraudes se determina en conformidad al monto del perjuicio”*.⁵⁷ La discusión, en cualquier caso, no se encuentra zanjada.

En palabras de Politoff, Matus y Ramírez, es el delito tipificado en el artículo 473 de nuestro Código Penal, el cual sanciona a *“El que defraudare o perjudicare a otro usando cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”*; es el que nos entrega el concepto de estafa general, la figura delictiva que reúne los elementos esenciales de toda estafa ya que contempla los dos extremos, el engaño, y el perjuicio.⁵⁸

⁵⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. cit. p 399.

⁵⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. p. 416 y 417.

3.2. Delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito

3.2.1. Generalidades

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito no está sistematizado al interior del Código Penal. Es un delito nuevo, consagrado en la ley 20.009, la cual data del año 2005. El tipo penal consta de 6 hipótesis, esquematizadas de la letra a) a la f) del artículo 5 de la ya mencionada ley. A continuación, el artículo:

Artículo 5º.- 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.”⁵⁹

Como se puede apreciar, las hipótesis contenidas en el artículo son bastante diversas, contemplan una gran variedad de acciones maliciosas posibles sobre la tarjeta o la información contenida en ella. Es menester notar la particularidad del artículo, el cual si bien se autodenomina sancionador de fraude, al llamarse “uso fraudulento de la tarjeta de crédito”, no cumple con uno de los dos grandes componentes o elementos del fraude analizados previamente: el perjuicio.

Así, se puede sostener que únicamente las letras d) y f) - y la letra e) de un modo indirecto- constituyen acciones que efectivamente causan perjuicio patrimonial a la víctima, al utilizar la tarjeta o los datos obtenidos de ella. Por su

⁵⁹ CHILE. LEY 20.009. Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. 01. Abril 2005. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236736> [visto en enero 2015]

parte, las letras a) a la c), contemplan acciones que no importan en sí mismas un perjuicio patrimonial directo, sino que son vehículos, medios para conseguirlo. Por ejemplo, el falsificar una tarjeta, no es un acto que por sí solo esté generando el perjuicio pecuniario, ya que es posible que dicha falsificación jamás sea utilizada y ningún patrimonio sea tocado, sin embargo, el legislador entiende que dichas acciones son infracciones punibles.

En apoyo a la idea de que las hipótesis señaladas no tienen dentro de contemplan la necesidad de la existencia de un perjuicio patrimonial, es que en el inciso final del artículo se dispone *“Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros.”*. Dicho inciso establece un condicional, “si la acción...”, es decir, las posibilidades de acción penadas en las letras a) a la f) podrían no causar perjuicio, pero estarían sancionadas igual. Si la condicionalidad se produjese, y el perjuicio ocurre, habrá agravación de la pena, materia que será tratada más adelante en la presente tesis.

Respecto a la confusión que esta denominación de fraude a un tipo que no contempla necesariamente la existencia de uno de los elementos básicos del fraude mismo podría causar, ayudan las palabras de Etcheberry:

Existen ciertas formas de perjuicio al patrimonio ajeno que, a falta de mejor ubicación sistemática, han sido equiparados por el legislador a los fraudes,

*como es el caso de destrucción de la cosa embargada; otras formas en que a la protección del patrimonio privado se mezcla la tutela de intereses económicos generales, como los delitos relacionados con las quiebras; otras que francamente son atentados contra el comercio y la economía, y no contra el patrimonio privado, como la usura, y, en fin, otras infracciones establecidas en las leyes especiales y calificadas por estas de fraudes o estafas, por lo menos para los efectos de la penalidad, como el giro de cheque sin provisión de fondos*⁶⁰

En el caso que nos convoca, el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito, el legislador parece haber considerado para la penalidad la lesión a la confianza en el correcto funcionamiento del sistema ⁶¹ de pago por tarjeta de crédito, que involucra a criterios económicos y comerciales. Al producirse un uso fraudulento por tarjeta de crédito, son lesionados los métodos y fórmulas de protección establecidas por los privados, y la normativa que los ampara.

⁶⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op cit. p 377 y 378.

⁶¹ ÁLVAREZ ARCE, Marta. Op. cit. p 88.

3.2.2. Bien Jurídico protegido

Bien jurídico es un derecho, protegido por el ordenamiento jurídico. En materia penal, se ha dicho que su protección constituye la misión del Derecho penal.⁶²

El concepto *“alude a derechos objetivos con titular determinable, no a derechos subjetivos; de modo que cuando se habla de “vida”, se hace referencia a la de una persona concreta, no a la vida en general.”*

En materia de fraudes, “parece existir un acuerdo en que el bien jurídico protegido aquí no es la propiedad – la posesión- sino el patrimonio como una universalidad”. Además, como se estipuló en el apartado de “Generalidades” del presente trabajo, el legislador al parecer busca proteger más que el patrimonio, además persigue proteger el correcto funcionamiento del sistema financiero.⁶³

Ahora bien, atendiendo a la forma en la cual el delito lesiona el bien jurídico protegido, es que se clasifican aquellos en delitos de lesión y de peligro, los cuales a su vez se sub-clasifican en delitos de peligro abstracto y peligro concreto.

⁶² GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. p 63.

⁶³ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte Especial. p. 414.

El delito de lesión *“es aquel que para su perfeccionamiento, o sea su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger”* ⁶⁴ Dicho de otra forma, en palabras de Bustos, *“se consume con una destrucción o menoscabo (valorativo) del bien jurídico”*⁶⁵ Un ejemplo de un delito de lesión es el delito de daños: la propiedad es el bien jurídico protegida, y en la ejecución del delito se produce un menoscabo o destrucción física del bien material, afectando el bien jurídico que se posee sobre él. Otro ejemplo es el delito de fraude tradicional, nuevamente se protege el patrimonio, el cual se ve mermado debido a las maniobras engañosas ejecutadas por el actor.

Por su parte, un delito de peligro *“es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión.”* ⁶⁶

Los delitos de peligro se sub-clasifican en delitos de peligro concreto, en el cual *“el tipo penal establece una relación inmediata de la situación de peligro con un*

⁶⁴ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p 253.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, Hernán. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Editorial Trotta. p 42.

⁶⁶ Ibid.

*bien jurídico determinado” y peligro abstracto, en cuyo “ proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico; bastará con probar la realización del comportamiento típico para su consumación”*⁶⁷

Complementando lo anterior, en doctrina se dice que son delitos de *peligro concreto* aquellos que requieren una *efectiva* sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido⁶⁸ En esta conceptualización se establecen los criterios de análisis necesarios para dar cuenta del peligro.

Por su parte, respecto de los delitos de peligro abstracto, “están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación (en sede procesal) del peligro que se pretende evitar.”⁶⁹ por ejemplo, manejar en estado de ebriedad.

⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, op cit. Vol. II. p 43.

⁶⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. p 211.

⁶⁹ *Ibíd.*

Es difícil determinar si las conductas tipificadas en el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito constituyen delito de lesión, de peligro abstracto o de peligro concreto, debido a que el bien jurídico protegido en primer lugar es el patrimonio de las posibles víctimas, sin embargo, como se analizó previamente, al no contemplar la necesidad de perjuicio para conformar el tipo, el legislador permite reflexionar sobre la existencia de otros bienes jurídicos protegidos, como la confianza y el correcto funcionamiento de los sistemas financieros y comerciales. Así, al falsificar una tarjeta de crédito pero no usarla, se estaría efectivamente lesionado el bien jurídico económico-comercial, pero sería la sanción de un mero peligro para el bien jurídico protegido "patrimonio". Dentro de la consciencia de estar en presencia de una discusión que está lejos de ser zanjada, el presente trabajo se inclina por considerar el delito como un delito de peligro abstracto, debido a que establece una serie de conductas que amenazan el patrimonio de sus posibles víctimas, ya sean personas naturales, compañías aseguradoras, o empresas emisoras u operadoras de tarjetas que carguen con la responsabilidad, sin necesariamente lesionarlo. Se considera que el patrimonio es el bien jurídico protegido principal en el presente tipo penal, y por ello tiene primacía por sobre otros bienes jurídicos que pueden estar comprometidos igualmente.

Es peligro abstracto, no concreto, ya que el legislador no ha especificado en ninguno de los supuestos cuál es el bien jurídico en concreto que se está

buscando proteger. En materia procesal, no será necesario probar que la actividad conducía al peligro temido, sino únicamente la conducta misma.

3.2.3. Tipicidad

En nuestro ordenamiento jurídico, *“por mandato constitucional (art 19 n°3) se debe describir la conducta que es objeto de sanción”*⁷⁰ descripción de la conducta que es objeto de sanción constituye el tipo penal; es, en otras palabras, *“la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por una norma”*⁷¹. Este concepto está directamente relacionado con el concepto de tipicidad, que es la *“cualidad del hecho concreto en cuanto a subsumirse en la descripción legal”*⁷²

Son conceptos relacionados, pero distintos: *“El tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal”*⁷³; dicho de otro modo, *“tipo penal es la descripción del comportamiento prohibido que hace la ley, descripción que es general, abstracta y conceptual.*

⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. p53.

⁷¹ BULLEMORE, Vivian. 2007. Curso de Derecho Penal. Tomo II, Teoría del Deito. Segunda Edición. Editorial LexisNexis.. p. 12

⁷² *Ibíd*

⁷³ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p. 183.

*Tipicidad es la coincidencia de una conducta concreta, real, con el esquema abstracto contenido en el tipo penal*⁷⁴

La tipicidad conforma, junto con la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres grandes conceptos que permiten la acción del Derecho Penal, ya que cada uno de los conceptos marca una distinta etapa del análisis necesario para dar cuenta de la existencia de una conducta sancionada por el derecho, y las posibilidades efectivas de que aquella sea punible. Según se señala en doctrina, *“en términos generales, la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la definición abstracta y genérica que hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico; y la culpabilidad, es el continente de todo lo que dice relación con el sujeto responsable e implica, por tanto, la capacidad del Estado para exigirle al sujeto responsabilidad por ese hecho*⁷⁵ .

A continuación, en el presente trabajo se analizará en detalle los elementos fundamentales de la Tipicidad, las modalidades de la acción o características del tipo en relación al delito tratado por la tesis, el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito.

⁷⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. p 46.

⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, op cit. Vol. II. p15.

3.2.3.1. Verbo Rector

Anteriormente, se mencionó que el artículo 19 n°3 de nuestra Constitución Política de la República mandata al legislador a describir la conducta que es objeto de sanción. Así, el mencionado artículo señala *“Ninguna Ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*⁷⁶. Al respecto, Garrido dice que *“la ley cumple generalmente este cometido empleando una forma verbal – el verbo rector- que pasa a constituir lo que se denomina el núcleo del tipo, que hace referencia a la parte objetiva del actuar prohibido”*⁷⁷. Ya que los verbos son elementos gramaticales que dan cuenta de una acción –que puede constituir una omisión-, es natural que sean la base de la descripción de una conducta, la cual tiene como centro siempre una acción u omisión a realizar. El tipo penal será complementado por otros elementos, como se verá más adelante, pero será el verbo rector el núcleo del tipo.

⁷⁶ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta enero 2015]

⁷⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. pp 53 y 54.

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito es un delito compuesto de tipo mixto o de hipótesis múltiple. El legislador ha dispuesto letras de la a) a la f), con posibilidades de acción, y en cada una de ellas, además, existen distintos verbos rectores que pueden constituir la conducta sancionada. Es menester recordar, en este momento, que el delito es un delito de fraude, el cual tiene como principal elemento la necesidad de un engaño. Todas las posibilidades especificadas en el artículo 5) de la ley 20.009, constituyen acciones que, de una u otra manera, buscan inducir a engaño a un tercero.

Desde esa perspectiva,

1. Letra a): El verbo rector es “falsificar”, verbo definido por la Real Academia Española de la Lengua, RAE, como “falsear o adulterar algo”, o bien “fabricar algo falso o falso de ley”. Este sería el caso de las llamadas tarjetas clonadas, aquellas donde se usa información de un tercero en una tarjeta falsa. La clonación de tarjetas como delito en alza será tratado en un siguiente capítulo de esta tesis.⁷⁸
2. Letra b) : Aquí los verbos rectores son varios: usar, vender, exportar, importar o distribuir. Esta letra del artículo apunta a la circulación y uso de tarjetas, atacando cualquier posibilidad de distribución de tarjetas falsas o sustraídas, ya sea dentro del interior del país, o con negocios hacia o desde el exterior.

⁷⁸ Definición disponible en <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=falsifiquen>> [consulta ener 2015]

3. Letra c): El verbo rector es “negociar”, palabra definida por la RAE como, en su tercera definición, como “tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal”. En otras palabras, es comercial con las tarjetas de crédito o débito sustraídas, comprando o vendiendo, con el fin de aumentar el propio patrimonio.
4. Letra d): Nuevamente los verbos rectores son varios, “usar, vender, exportar, importar o distribuir”, los mismos de la letra b). El tipo cambia porque el objeto material sobre el cual se actúa es distinto.
5. Letra e) Al igual que en la letra anterior, el verbo rector se repite, pero cambia el objeto material sobre el que se actúa.
6. Letra f) Por último, si bien el verbo rector ya se había utilizado, podemos definirlo, siguiendo a la RAE, “como hacer servir una cosa para algo”. Esta letra se caracteriza por presentar un elemento subjetivo dentro del tipo, la necesidad de que el uso sea “malicioso” y además, la acción ha de recaer sobre tarjetas bloqueadas, no meramente sustraídas.

Recordemos que el *“el núcleo o verbo rector es la descripción de la conducta punible, la acción u omisión sancionada”*⁷⁹. Por tanto analizar si la conducta es

⁷⁹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p. 188

concordante con el tipo, es el primer paso fundamental para distinguir si existe o no infracción al ordenamiento jurídico.

Si el tipo penal está conformado por la descripción de una sola acción, el delito en cuestión será un delito simple. Si por el contrario, existen diversas acciones, este será compuesto.

El delito compuesto puede ser complejo o de hipótesis múltiple. En el primero de los casos, *“está conformado por dos o más acciones punibles que deben concurrir copulativamente para que se de, como sucede con el art 433 con el robo con homicidio, donde tiene que haber un acto de apropiación junto a otra de provocación de muerte.”*⁸⁰

El delito compuesto será de hipótesis múltiple o mixto cuando el tipo señala una serie de acciones y la realización de cualquiera de ellas lo perfecciona. Se dice que el tipo está formado por una pluralidad de hipótesis unidas por “o”.⁸¹

En el libro “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, de Politoff, Matus y Ramírez, se propone la existencia de los llamados “delitos de emprendimiento”, aquellos *“en los cuales el autor participa una y otra vez en una empresa criminal iniciada*

⁸⁰ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p.54

⁸¹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p 189

*o n por él, en la cual cada participación es punible por sí sola, pero, en atención al sentido de la ley, su reiteración no puede ser sometida a las reglas concursales comunes”.*⁸²

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito es un delito compuesto de hipótesis múltiple o mixto. La realización de cualquiera de los hipótesis presentadas en cualquiera de las letras del artículo 5 de la ley 20.009, conforman el tipo.

Atendiendo a que clase de modalidad de conducta se requiere para conformar el tipo penal dado se dividen los delitos en delitos de acción y delitos de omisión. En los delitos de acción, se requiere que el actor actúe, física o materialmente, como señala Garrido, *“delito de acción es aquel cuya descripción típica requiere que el sujeto lleve a cabo una actividad material o externa”*⁸³. Por el contrario, en los delitos de omisión, el actor ha de dejar de hacer algo, en un caso que su acción era esperada o debida en las circunstancias en que se encontraba. Nuevamente, según Garrido, *“El delito de omisión consiste en no realizar la acción que el ordenamiento jurídico espera de*

⁸²POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p.189

⁸³GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo I, p254

una persona en una situación dada".⁸⁴ Al respecto, Politoff, Matus y Ramirez disponen que *"la ley, en ciertos casos, no prohíbe sino exige un hacer, imponiendo una pena para el caso de desobediencia"*⁸⁵. En otras palabras, la persona se encontraba en una posición y circunstancias tales, que el ordenamiento jurídico le mandaba actuar de una determinada manera, a fin de evitar o prevenir un perjuicio. El sujeto, con su inacción, infringe la norma.

Así, para que un delito de omisión esté consumado, usualmente basta la mera omisión⁸⁶

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito constituye un delito de acción, todos los verbos rectores que constituyen la pluralidad de hipótesis que podrían conformar el tipo, constituyen acciones, actividades que el actor ha de realizar, como "usar", "falsificar", "negociar", etc. No hay un deber de conducta infringido con la inacción, por tanto no es un delito de omisión.

Sin embargo, la clasificación de los delitos según modalidad de realización no se agota aquí. Dentro de los delitos de acción, se establece una segunda

⁸⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo I, p254

⁸⁵ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p173.

⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉ, op cit. Vol. II. p 39

clasificación, aquella que los diferencia según se requiere la producción de un resultado dado, o no, para satisfacer con el tipo.

Como se ha señalado en doctrina,

*“Cuando la figura legal requiere –para su consumación- la producción de un resultado separado de la conducta que lo causa (p. ej. En el homicidio, la muerte del ofendido; en las lesiones del art. 397 n°2, la enfermedad o incapacidad por más de 30 días, etc.), se habla de delitos materiales o de resultado. En tales casos, por resultado se entiende la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal en que consiste la acción (o de su omisión). Cuando dicho resultado no se exige, se habla de delitos formales (p. ej. La injuria del art 416 Cp, y la violación de domicilio del art 144)”*⁸⁷.

En el mismo sentido, Garrido señala,

*Según se exija o no un resultado, se distingue entre delitos materiales o de resultado y de mera actividad. En estos últimos el tipo se satisface con la realización de la acción descrita. En el delito material o de resultado, para que el tipo se dé es necesario que se produzca un efecto material independiente de la acción realizada, pero vinculado causalmente con ella.*⁸⁸

En síntesis, se divide a los delitos entre los *formales o de mera actividad*, que se consuman con la estricta y sola realización de la conducta que el tipo penal

⁸⁷ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p.174

⁸⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. p.54 y 55

describe ⁸⁹ y los delitos *materiales o de resultado*, cuando el tipo penal involucra un resultado determinado, separable de la acción⁹⁰; al respecto señala Bustos, *“cuando se habla de resultado se está haciendo referencia a una modificación del mundo exterior que es parte integrante del tipo penal”*⁹¹

Por último, esta distinción tiene relevancia, entre otras cosas, por la relación con los conceptos de tentativa y frustración. Así, doctrinariamente se distingue entre los delitos de resultados y los de mera actividad para establecer la posibilidad y oportunidad de la tentativa, así Politoff, Matus y Ramirez disponen:

*“Se habla de tentativa en general o conato cuando el autor que da principio de ejecución al delito, aunque se lo proponga, no logra consumarlo, bien porque no se produce el resultado punible (que no muera la víctima, en el caso del art. 391), o bien porque, cuando la ley no exige un resultado material, como sucede en los llamados delitos formales o de mera actividad y en los delitos de peligro, la conducta punible es fraccionable material e intelectualmente, y habiéndose dado comienzo a la actividad, ésta no ha alcanzado el pleno desarrollo que la hace punible”*⁹²

⁸⁹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p 252.

⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, op cit. Vol. II. p 39

⁹¹ *Ibíd.* p 40.

⁹² POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p.369

Es decir, para que sea posible la existencia de la tentativa en un delito de mera actividad, este ha de estar conformado por una conducta fraccionable, en la cual al menos alguna de sus primeras instancias de acción no sean punibles.

Respecto del delito frustrado, definido en el Código Penal artículo 7 como aquel donde *“el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”* para la existencia de un delito frustrado en un delito del tipo de consumación con mera actividad, es también necesario que sea fraccionable⁹³

En esta tesis se considera al delito de fraude por uso de tarjetas de crédito un delito de mera actividad y no de resultado, ya que de ser de resultado, aquel resultado debiese ser el perjuicio producido al sujeto pasivo de la acción o a un tercero víctima, sin embargo, como se estudió previamente, el perjuicio no es integrante del tipo, sino un mero agravante de punibilidad. Es por tanto que el tipo penal sanciona la mera realización de las conductas descritas, ya sea porque constituyen un peligro al bien jurídico patrimonio, como se vio en el apartado anterior de este trabajo, o bien porque con su simple acción se vulneran otros bienes jurídicos protegidos por el tipo. En otras palabras, resultado consecuente de las conductas descritas en las distintas hipótesis descritas es el perjuicio, y éste no se integra a la tipificación del delito.

⁹³ORELLANA VALENCIA, Juan Pedro. 2007. Desarrollo Jurisprudencia de la Tentativa y Frustración: Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema. Tesis de Pregrado. Universidad Austral de Chile. p 13.

3.2.3.2. Sujetos

Dentro de los sujetos, hay que distinguir primero entre los sujetos de la acción y los sujetos del delito. En ambos, existirá un sujeto activo y uno pasivo, los cuales pueden incluir a una o varias personas y, en la actualidad, tanto los sujetos activos como los pasivos pueden ser personas naturales o jurídicas.

Al respecto, Garrido señala:

*El sujeto pasivo de la acción y el sujeto pasivo del delito no forman parte del tipo penal: el primero es la persona sobre la que materialmente recae o se ejerce la acción, pero no la integra; el sujeto pasivo del delito es el detentador del bien jurídico afectado; en numerosos delitos resulta complejo individualizarlo y tampoco conforma el tipo*⁹⁴

Podemos concluir que los sujetos de la acción son los actores materiales, fácticos y prácticos de la conducta, pero no necesariamente los titulares del bien jurídico protegido. Así, en nuestro caso de estudio, el engañado con el uso de una tarjeta de crédito falsificada puede ser el dependiente de un local de venta de productos, sujeto pasivo de la acción, pero la verdadera víctima será quien ve por dicha acción, una merma en su patrimonio.

⁹⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. p. 58

Respecto de los sujetos del delito, es sujeto activo “quien lleva a cabo un delito”;⁹⁵ es sujeto pasivo, “*el ofendido por el delito, quien padece sus efectos*”⁹⁶.

En los delitos de fraude en general, *el “sujeto pasivo, es quien soporta en su patrimonio el perjuicio. Puede ser una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, e incluso potencias extranjeras.”*⁹⁷; y en delito de fraude con tarjeta de crédito, el sujeto pasivo es aquel que recibe el perjuicio económico, usualmente a quien se le sustrae, falsifica, o usa maliciosamente la tarjeta o la información contenida en ella. Sin embargo, también puede resultar perjudicado alguno de los otros actores, como las empresas emisoras, operadoras, o el mismo establecimientos afiliado que recibió el pago con la misma. En un próximo capítulo, donde se analizará jurisprudencia sobre la materia, se verá como se ha entendido que incluso existiendo seguros comprometidos, se puede entender como sujeto pasivo del delito a la misma compañía aseguradora que pagó el monto asegurado.

⁹⁵ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p. 186

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte Especial p. 420

Dentro de esta conceptualización, según quién puede cometer el delito -el sujeto activo- los delitos se clasifican en delitos comunes, especiales, y de propia mano.

Delitos comunes son aquellos que puede cometer cualquier persona, sin necesidad de contar con alguna característica o estado especial; delitos especiales, aquellos que sólo pueden cometer quienes poseen determinadas calidades, como ser militar o funcionario público, por ejemplo, el delito de prevaricación.

Por último, delito de propia mano es aquel que requiere un acto corporal que debe realizar el propio autor del delito, como la violación.⁹⁸

El tipo penal establecido respecto al delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito no se refiere a una persona en particular, ni a ninguna cualidad, sino que habla de conductas que constituyen el delito. Al no señalar ningún requisito respecto al autor que no sea el realizar la conducta sancionada, se puede establecer que es un delito común.

⁹⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Op. cit. Parte General. . p 187.

3.2.3.3. Objeto material

Ha sido descrito como *“la cosa o persona sobre la que recae la acción.”*⁹⁹. En otras palabras, *“Se refiere a aquella cosa o persona sobre la que recae la acción”*¹⁰⁰, también, *“es aquella persona o cosa sobre la cual recae la actividad, o sea la especie concreta sustraída en el hurto y en el robo, el dinero estafado, la persona lesionada”*.¹⁰¹

En el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito de la ley 20.009, el objeto material cambia. En las hipótesis a) b) c) del artículo 5, el objeto material es la tarjeta de crédito o débito misma, la cual se negocia, distribuye, usa o incluso falsifica. En la letra f), la tarjeta debe estar además bloqueada para ser objeto de dicho tipo. En las letras d) y e), el objeto material no es la tarjeta en sí misma, sino los datos o el número de la misma. Esto sirve tanto para crear bancos de datos fraudulentos, o constituye el primer paso para una falsificación mediante clonación, o bien puede ser utilizada esa información de manera

⁹⁹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 190

¹⁰⁰ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II. p 26

¹⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. Tomo II. p 54.

directa, por ejemplo en las compras por internet que no requieren la tarjeta física presente, sino la presentación de ciertos datos.

3.2.3.4. Elementos subjetivos, descriptivos o normativos del tipo

Los delitos son acciones humanas y como tales, revisten de gran complejidad. Una simple acción puede tener miles de variantes, y distintas circunstancias pueden modificar la penalidad que el legislador busca aplicar en relación al bien jurídico que pretende proteger. En algunos casos, aun enunciando el verbo rector, los sujetos del tipo y el objeto material de la acción, no basta para cumplir el mandato constitucional que obliga a explicitar, con máximo detalle, las circunstancias penales. En dichos casos, el el tipo penal se complementa por otros elementos, subjetivos, descriptivos o normativos.

Elementos subjetivos:

Son aquellos que *“hacen referencia a especiales motivaciones o finalidades del autor que deben comprobarse antes de afirmar la tipicidad del hecho.”*¹⁰². En palabras de Bullemore, *“Se trata de elementos subjetivos exigidos en ciertos tipos penales y que no coinciden con el dolo”*¹⁰³. Un ejemplo de lo anterior está

¹⁰² POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 191

¹⁰³ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II. p 49

en los delitos de abuso sexual, ya que requieren que los actos realizados, por una parte tengan significación sexual, y por otra, requieren del ánimo lascivo del perpetrador.

En el delito materia de este trabajo, sólo la letra f) requiere un ánimo especial: que el uso que se hace de la tarjeta bloqueada sea “malicioso”, es decir, doloso.

Elementos descriptivos

Estos elementos describen el tipo utilizando criterios de común utilización, así, son *“son aquellos aprehensibles mediante una simple operación cognoscitiva, sin necesidad de recurrir a criterios de interpretación o valoración elaborados”*¹⁰⁴. Usualmente, estos elementos se refieren a *“Las circunstancias temporales, espaciales y sociales son aquellas destinadas a la determinación específica del ámbito social de la tipicidad”*¹⁰⁵. Por ejemplo, el tipo puede tener que ser realizado en un lugar espacial determinado, la casa de la víctima, por ejemplo; o en un momento determinado, como es el caso del infanticidio. También se

¹⁰⁴ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II p39.

¹⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉ, op cit. Vol. II. p55.

puede referir a ciertas formas de comisión en particular, cuya descripción no es normativa.

Elementos Normativos

En algunos tipos penales, para describir la conducta típica de manera más acabada se acude a ciertos conceptos cuya significación o definición está previamente acordada por la sociedad. Por ejemplo, son los conceptos de “buen padre de familia”, o “irreprochable conducta anterior”, palabras que dentro del mundo común pueden ser entendidos, pero que el legislador los utiliza en el sentido predeterminado que la ley les ha otorgado.

En otras palabras, *“Los elementos normativos del tipo son aquellos que requieren de una valoración para ser adecuadamente aprehendidos.”*¹⁰⁶

Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez,

“Sin embargo, es claro que los tipos penales no se limitan a una simple descripción objetiva de un mal comprobable empíricamente, pues muchas veces la descripción de ese mal supone el empleo de términos o palabras cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones culturales (las buenas costumbre, del art 374 Cp) y hasta jurídicas (el “instrumento público” el art 193

¹⁰⁶ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II. p 39.

CP”), difícilmente reducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica. Estos son tradicionalmente llamados elementos normativos del tipo”¹⁰⁷.

Por último, “Se debe hacer presente que la calificación de normativos no se refiere a la infracción de una norma jurídica, que todos los tipos penales tienen como substrato, sino a la valoración del respectivo elemento”¹⁰⁸. Es decir, el uso de un elemento normativo no implica que dicho uso sea un indicador de infracción de por sí.

¹⁰⁷ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 184

¹⁰⁸ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II. p 39

3.2.4. Antijuridicidad y Culpabilidad

Se dijo previamente que la antijuridicidad constituía uno de los tres grandes elementos del delito, junto con el tipo y la culpabilidad. La antijuridicidad implica la infracción por el tipo a todo el ordenamiento jurídico. En doctrina se ha definido como:

“La constatación de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico; es la comprobación de que un acto prohibido por la normal penal no está excusado por una causal de justificación.”¹⁰⁹

En palabras de Mario Garrido Montt, quien acentúa que es un análisis realizado ante una circunstancia determinada, no en abstracto, y que como contraparte a la infracción general al ordenamiento jurídico, ofrece la existencia de una causal de justificación.

Sobre el mismo concepto, Politoff, Matus y Ramirez,

“La antijuridicidad material reside en la dañosidad social de la conducta, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular. En sentido formal, en cambio, la antijuridicidad representa la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y

¹⁰⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. p 102.

prohibiciones del orden jurídico, o más precisamente, en la falta de autorización legal expresa –causal de justificación- para realizar la conducta típica socialmente dañosa”¹¹⁰.

Quienes distinguen entre antijuridicidad material y formal. La primera, atiende al daño que se prevé con la infracción al bien jurídico protegido en particular, en circunstancias dadas. Por parte, la formal se refiere a las llamadas causales de justificación, autorizaciones expresas que permitirían, si se cumplen los supuestos, realizar la conducta tipificada.

Por último, Juan Bustos dice:

“La antijuridicidad es, pues, la contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico. Se trata también de un juicio de valor que lleva a la afirmación o negación del desvalor del resultado, esto es, de afección del bien jurídico en forma de lesión efectiva o puesta en peligro”¹¹¹

A través de la lesión a un bien jurídico, es el ordenamiento jurídico entero el afectado.

¹¹⁰ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 209.

¹¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, op cit. Vol. II. p36.

Ante dichos supuestos, es la misma antijuridicidad la llamada a determinar *“los presupuestos de una eventual exclusión del probable ilícito de que es indicio la adecuación al supuesto típico.”* ¹¹²Es decir, las llamadas causales de justificación mencionadas anteriormente, aquellos supuestos creados por el mismo ordenamiento jurídico que “permitirían” la infracción al tipo y, con ello, la lesión al bien jurídico protegido. Materia que ha de tratarse con cuidado ya *que “el permiso en que consiste la justificación es una excepción que requiere un examen cuidadoso, ya que la adecuación típica significa que, en alguna forma, un bien jurídico ha sido lesionado”* ¹¹³

Se ha entendido que las causales de justificación son: la legítima defensa; el estado de necesidad; el cumplimiento de un deber; el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo; consentimiento de la víctima; y omisión por causa legítima.

Por las características del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito, incluso por las características de los delitos de fraude en general, que requieren dolo directo, se ha entendido que no existen causales de justificación para su comisión.

¹¹² POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 166

¹¹³ *Ibíd.*

Sin embargo, Etcheberry realiza un pequeño análisis al respecto, inspirado por la causal de justificación existente en otros países, como Italia, llamada “ejercicio arbitrario de las propias razones”, más amplio que nuestro “ejercicio legítimo de un derecho”:

“No existen en esta materia particulares causales de justificación, pero se presentan algunos problemas de interés en cuanto al ejercicio de las causas generales. Se discute acerca de la concurrencia de la justificante de obrar “ en el “ejercicio legítimo de un derecho” cuando el provecho o beneficio que el agente busca es algo a lo que tiene legítimo derecho, como es el caso de un acreedor que persuade con engaño a su deuda que le entregue una suma de dinero que luego retiene para hacerse pago de su crédito.. Nos parece claro, sin embargo, que no podría hablarse de estafa o fraude cuando el sujeto simplemente se vale de la simulación para recuperar algo que jurídicamente, pero no de hecho, está en su patrimonio, como es el caso del que engaña al ladrón para que éste le devuelva lo robado. ¹¹⁴

¹¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Op cit. p 403

Culpabilidad

La Culpabilidad constituye el último gran eslabón del análisis penal de una conducta y es menester para la punibilidad del actor de la acción penada. De esta forma, *“La exigencia de culpabilidad significa que ese hecho puede atribuirse subjetivamente a su autor, porque él estaba en condiciones de obrar diversamente”*¹¹⁵

Una vez determinado que la acción o conducta está tipificada, y que no existen causales de justificación que liberen al sujeto en sede de Antijuridicidad, queda determinar su culpabilidad, y así, si el Estado tiene efectivamente la facultad de sancionarlo porque podía optar de manera diferente.

Comparada con la antijuridicidad, *“a diferencia de la antijuridicidad, que casi exclusivamente se integra con elementos negativos (excluyentes), es decir, con la ausencia de causas de justificación, la culpabilidad se integra no solamente con elementos negativos, esto es, con la ausencia de causas de exculpación, sino también con elementos positivos (fundamentadores), en los que se apoya la imputación subjetiva: el dolo y la culpa”*¹¹⁶

¹¹⁵ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p. 167

¹¹⁶ Ibíd.

En los delitos de fraude, doctrinariamente existe consenso en que han de ser perpetrados con dolo directo, descartando la posibilidad de un fraude culposo, o con dolo eventual; *“por su naturaleza, el fraude por engaño es un delito que sólo se concibe con dolo directo. En cuanto a las causales, es difícil concebir que alguien estafe coaccionado, pero será frecuente que concurra el error.”*¹¹⁷

. En el mismo sentido, Bullemore, *“habitualmente estos delitos sólo podrán verificarse con dolo directo, especialmente por el hecho de existir un engaño finalmente orientado a obtener un beneficio económico que simultáneamente importa el perjuicio patrimonial de la víctima”*¹¹⁸

Sin embargo, existe un detalle: la existencia de excusas absolutorias, de existir una excusa legal absoluta, no existirá pena, aun cuando el sujeto haya cumplido con el tipo, no concurra ninguna causal de justificación, y además haya actuado con dolo.. *“Las llamadas excusas absolutorias son causales para prescindir de la pena, aunque el delito esté íntegro en sus ingredientes de tipicidad, injusto y culpabilidad, si está presente una determinada características personal del actor”*¹¹⁹ Por su parte, Bullemore las define como *“circunstancias*

¹¹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op cit. p 405

¹¹⁸ BULLEMORE, Vivian. Op. cit. Tomo II. p 76

¹¹⁹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 361

*personales que, por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico, excluyen la imposición de pena.*¹²⁰. Es decir, la existencia de las excusas legales absolutorias está fundamentada en otro bien jurídico, al cual el legislador quiere proteger por encima del bien jurídico protegido por el tipo penal infringido.

La excusa legal absolutoria clásica existe precisamente en relación a la materia de fraudes: la del artículo 489, *“conforme al cual quedan impunes por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren determinadas personas unidas por el matrimonio o parentesco”*¹²¹. En otras palabras, para efectos de la materia en estudio, cualquier fraude que sea realizado por actor hacia el cual la víctima esté unida por matrimonio o parentesco, queda inserto dentro del supuesto y, por tanto, libre de punibilidad.

En este minuto podemos darnos cuenta de la relevancia que tiene el distinguir si el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito es, efectivamente, un delito de fraude. Si lo es, le será aplicable este artículo, por tanto existirá una excusa legal absolutoria sobre cualquiera de sus supuestos. Sin por el contrario, debido a su falta de necesidad de perjuicio, y ubicación en una ley

¹²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉ, op cit. Vol. II. p236

¹²¹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General p. 361

especial que regular una materia de responsabilidad económica lo hacen quedarse fuera de los fraudes, no lo será.

3.2.5. Circunstancia agravante de responsabilidad: El perjuicio.

Como se ha dicho previamente, *“los elementos típicos fundamentales del fraude por engaño son dos: 1) el engaño, y 2) el perjuicio. Esta afirmación es correcta, siempre que se tenga en consideración que el concepto de “engaño” es completo, y comprende tanto una actividad del sujeto (simulación) como un efecto en la psiquis de la víctima (error), y que por otra parte, el perjuicio, en cualquiera de sus formas, resulta siempre de una prestación o disposición patrimonial del sujeto pasivo”*¹²². No se hay fraude sin engaño y perjuicio, incluso se ha dicho que *“el delito de estafa se consuma con el perjuicio. Mientras este no se produce, estamos en situación de tentativa o frustración”*¹²³; sin embargo, el delito del artículo 5 de la ley 20.009 se autodenomina como fraude, pese a que la existencia del perjuicio no es condición de punibilidad, está inserto en el último inciso como un agravante de la pena:

“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.”

¹²² ETCHEBERRY, Alfredo. Op cit. p 392

¹²³ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte Especial. P442.

El artículo dispone, más allá de la obligación para el juzgador de imponer la pena en su grado máximo si existe perjuicio, que el perjuicio ha de ser a “terceros”. Esto no sólo implica el sujeto pasivo de la acción y del delito, puede ser cualquier tercero. Lo amplio de este artículo ha permitido, como se verá en el siguiente capítulo de análisis de jurisprudencia, que dicho perjuicio sea encontrado incluso fuera de los actores tradicionales de la relación de operación con tarjeta de crédito, valga decir, el tarjetahabiente, el establecimiento afiliado, la empresa emisora y la empresa operadora; se ha entendido que alcanza a cubrir el perjuicio sufrido por la compañía aseguradora que comprometió su garantía ante un caso de fraude.

A nivel jurisprudencial, crucial ha sido el determinar quién es el tercero que puede verse afectado con el perjuicio, ya que quien sea influye sobre la determinación de si el perjuicio efectivamente existe o no.

¿Quién es tercero?. Para algunos, será cualquier afectado por la comisión del ilícito. Para otros, únicamente el tarjetahabiente, e incluso, se sostendrá que puede ser cualquier afectado, menos el tarjetahabiente. En general, la doctrina entiende que *“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”.*¹²⁴

La Corte de Apelaciones de Santiago opta por una visión inclusiva,

*“Que la expresión “tercero” usualmente indica a la persona ajena a un negocio de cualquier género, al sujeto que no interviene en él y que es totalmente extraño e ignorante de su existencia. Claramente entonces, en este caso, el tarjetahabiente o el titular de la tarjeta de crédito clonada revestía tal calidad, no sólo porque ninguna participación le cupo en el ilícito de momento en la transacción espuria, sino, además, en razón que la ignoraba totalmente hasta que advirtió un cargo en su estado de cuenta que no reconoce como propio y que compromete su capacidad de crédito.”*¹²⁵

En el considerando séptimo de la sentencia citada, opta por una definición amplia de tercero: cualquiera que no haya intervenido en el negocio, en este caso, en la transacción con la tarjeta fraudulenta. En el mismo sentido, pero con énfasis en que el tarjetahabiente sí constituye un tercero perjudicado, el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago,

“Plenamente acorde con lo que se viene razonando, sólo cabe colegir entonces, que “el perjuicio a terceros” a que alude el legislador y que sirve

¹²⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. 2008. Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves. Política Criminal, N°5. P. 36

¹²⁵ CA Santiago. 18 de octubre 2006. ROL N° 1864-2006.

como elemento de agravación de la pena en el inciso final de la norma que se examina viene dado como acertadamente señala el señor Fiscal, tan sólo por el hecho de que la víctima o tarjeta habiente legítimo de la tarjeta de crédito que resultó clonada no tuvo injerencia alguna en los negocios fraudulentos que se hicieron con aquella y ya desde ese aspecto se confirma nuevamente su rol de “tercero perjudicado”. Crédito que por lo demás, se le había concedido personalmente a él como cliente de tal institución bancaria y no a otra persona atendidas sus particulares características, cumpliéndose entonces nuevamente con la referida exigencia de resultar un “tercero perjudicado”.¹²⁶

Esta definición, como bien se dice, incluye al tarjetahabiente, pero en teoría podría incluir a cualquier otro tercero que recibiera perjuicio, incluyendo establecimientos, bancos, u otras instituciones, lo cual se ha discutido en doctrina.

Al ser la relación de la tarjeta de crédito o débito una relación compleja, donde existen varios intervinientes y contratos asociados, el perjuicio puede resultar siendo soportado por una persona –natural o jurídica- inesperada.

Al respecto, el Séptimo Juzgado de Garantía, pronunciándose sobre el perjuicio,

“Tales hechos son constitutivos del ilícito de uso fraudulento de tarjeta de crédito falsificada, cometido en perjuicio del Banco de Chile, previsto y sancionado en el artículo 5 letra b) de la ley 20009, sancionado con la pena de

¹²⁶ TOP 3°, Santiago. 12 de septiembre 2006. RIT: 195-2006.

presidio menor en cualquiera de sus grados. (...) Que en atención a que efectivamente con la acción se produjo perjuicio a un tercero, en este caso, al Banco de Chile que reversó la suma de \$1.144.500 que se cargó con el uso de tarjeta de crédito falsificada a la titular del número de la cuenta doña P.C.B. la pena correspondiente es la de presidio menor en su grado máximo, al tenor del inciso final del artículo mencionado.”¹²⁷

De lo transcrito se deduce claramente que el Juzgado considera, efectivamente, al Banco como un tercero que recibe perjuicio en los términos del inciso final del artículo final de la Ley 20.009. En el caso, el Banco devolvió la suma a la tarjetahabiente, suportando él el perjuicio pecuniario efectivo.

Actualmente, ante la exposición mediática que han tenido estos delitos, en particular el delito de “clonación de tarjeta”, muchos bancos tienen a disposición de sus clientes “seguros contra fraude”, que cubre eventuales pérdidas ante esta eventualidad. El Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago se hace cargo de esta situación, y en sentencia del año 2006, dispone:

“Respecto a las compañías de seguros, el Defensor del acusado Ceballos, argumentó que ellas se encuentran sujetas a contingencias inciertas de ganancias o pérdidas, por lo que en este caso las pérdidas que pueden haber sufrido tienen su origen en los contratos de seguros celebrados y no en el uso de las tarjetas falsas, criterio que los sentenciadores desestiman ya que fueron

¹²⁷ JG 7°, Santiago. 20 de marzo 2006. RIT: 1063 -2005

*montos derivados del uso de esas tarjetas los que debieron cubrir las compañías de seguro”.*¹²⁸

El tribunal reconoce que las compañías de seguro trabajan bajo la base de posibilidades y probabilidades, y que dentro de aquellas que tienen previstas, está precisamente la ocurrencia de aquella eventualidad que protegen, en este caso, un fraude. Sin embargo, el Tribunal estima que el dinero que las compañías desembolsan a efectos de pagar los seguros no tienen origen en el sistema mismo, sino que es fruto directo del fraude. En otras palabras, si bien las compañías de seguro prevén la existencia de fraudes, y tener que pagar los montos asegurados, el hecho del pago propiamente tal, en concreto, se produce a raíz de la existencia efectiva de un fraude, y no de la eventualidad prevista en el contrato. De no existir fraude, no existiría pago, y por tanto no habría detrimento patrimonial por él para la compañía de seguros.

Por último, se analizará una postura distinta, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, donde señala que el titular de la tarjeta, el tarjetahabiente, no es el protegido por la norma:

¹²⁸ TOP 6° Santiago. 14 de noviembre 2016. RIT: 170-2006

“Tal como se adelantó, el tribunal ha tenido presente que, por un parte, que la propia ley en la letra d) del artículo 5° refiere la existencia de terceros distintos del titular, lo que invita a definir cómo cada uno de ellos puede verse perjudicados patrimonialmente.

Tal como lo indica la ley, con ella se pretende una delimitación de responsabilidades. Así, si el perjudicado con la sustracción, oportunamente bloquea su tarjeta, no será sujeto de ningún perjuicio, pues quien deberá asumir el costo del uso fraudulento de la tarjeta será la entidad emisora, generalmente un banco. Claramente en esta situación la víctima de la sustracción de la tarjeta no sufre una pérdida patrimonial. En otra hipótesis, si el bloqueo es tardío – como en la especie- será justamente el titular de la tarjeta quien deba asumir la pérdida patrimonial que la conducta de un tercero le provoca. Esto permite distinguir situaciones en que el perjuicio es sufrido por diversas personas – naturales o jurídicas- entonces ¿cuándo existe un tercero perjudicado?. El tribunal estima que cuando el uso indebido de la tarjeta provoca un perjuicio patrimonial a un sujeto distinto del natural, es decir, distinto del titular, pues originalmente debe ser él quien asuma la responsabilidad de cumplir las responsabilidades que con ella se adquieren.

La penalidad más alta se puede justificar considerando que el portador de la tarjeta está obligado a su resguardo y uso lícito, él mantiene ese control. Luego si la pierde o es sustraída, aparece el riesgo para un tercero, desde que el originalmente obligado puede traspasar esa responsabilidad al bloquearla, situación que escapa al control de ese tercero. Ello, sin perjuicio de las justificaciones de política criminal que puedan criticarse, aunque no en esta sede.

De lo anterior, puede concluirse que, debiendo darse a las normas una interpretación que lógicamente resulte aplicable por sobre otra que no tenga utilidad, aparece como necesaria tal distinción, pues de lo contrario si tanto el

tarjetahabiente como la entidad emisora de la tarjeta puede ser considerados como terceros ¿cuándo estaríamos en presencia de un “no tercero” que haga aplicable la sanción más benévola?”¹²⁹

El tribunal para realizar esta interpretación, analiza la ley en su conjunto y no únicamente el artículo 5 que establece el tipo penal. Así, llega a la conclusión que el tarjetahabiente en la generalidad de los casos está protegido por la limitación de responsabilidad que establece la misma ley, debiendo ser la institución bancaria, la emisora, operadora, o bien la compañía de seguros involucrada quien tenga que soportar el perjuicio provocado por el uso fraudulento y por tanto, la calificante del inciso final del artículo 5° no se puede referir al tarjetahabiente, quien ya está protegido, sino a un tercero que se vio expuesto con el actuar del malhechor, y por la protección que la misma establece al titular de la tarjeta.

El tribunal estima que de no interpretarse la norma de esta manera, siempre existiría un perjudicado, por tanto nunca se podría aplicar la norma sin la calificante. En otras palabras, las letras a) a la f) implican un perjuicio hacia el tarjetahabiente de todas maneras, y si el perjuicio no pasa por él, o bien lo trasciende y llega a otros, estamos en presencia de la hipótesis protegida por el calificante mencionado.

¹²⁹ TOP Valdivia. 25 de marzo 2014. RIT: 8-2014

3.2.6. Consumación e iter criminis

Como bien señala el profesor Garrido Montt, el tipo penal *“es la descripción de un proceso conductual, más o menos complejo y prolongado temporalmente. No es una instantánea, es toda una actividad desarrollada en el tiempo, complementada, a veces, con el proceso causal que provoca y con el resultado en que se concreta.”*¹³⁰, en otras palabras, es una cuestión dinámica en el espacio-tiempo, no es posible comprender la conducta como un acto fugaz, sin implicancias hacia el pasado y el futuro.

Este es el camino, el recorrido del que se ocupa el iter criminis, en el cual tradicionalmente se distingue entre una etapa interna, y otra externa. En la etapa interna, se genera la idea, la planificación y la voluntad inequívoca de llevar a cabo el delito. En la fase externa, dicha voluntad se ve manifestada por acciones, en el mundo físico propiamente tal. Al respecto, e ha dicho que

“La fase interna comprende la "ideación", "deliberación" y "resolución" delictiva. La externa, que sigue en el tiempo a la anterior, comprende los actos "preparatorios"; los de "ejecución" y "consumación", que se creen susceptibles

¹³⁰ GARRIDO MONTT. Op cit. p 266.

de diferenciar objetivamente, aunque hay reconocimiento unánime de que en la realidad esa distinción es compleja y ambigua, aun recurriendo a criterios objetivos y subjetivos en conjunto.”¹³¹

Distinguir entre ambas fases es difícil, mas tiene una utilidad: la fase interna del delito no es punible, ya que queda protegida por el principio “*Cogitationes poenam nemo patitur*”, bajo el cual se entiende que lo punible son las acciones, no los pensamientos.

Dentro del desarrollo del delito, se distingue legalmente entre el delito consumado, la tentativa y el delito frustrado.

La **tentativa** está conceptualizada en el artículo 7 del Código Penal, se señala que “*deben concurrir dos requisitos para que exista delito intentado: a) que el culpable haya dado principio a la ejecución del crimen o simple delito, y b) que lo haga por hechos directos.*”¹³². No es un delito o un concepto autónomo, “*sino una forma de aparición de un delito al que falta la parte conclusiva, por lo que no existe una tentativa "en sí", sino tentativa de homicidio, tentativa de hurto, tentativa de estafa, etc.*”¹³³. En otras palabras, tentativa de un delito se

¹³¹ GARRIDO MONTT. Op. cit. p.261

¹³² GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p.274

¹³³ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p379

produce cuando el autor, por alguna razón externa a su voluntad –salvo el caso del desistimiento: cuando el sujeto detiene la acción delictual ya iniciada por él, o bien impide su consumación- no logra concluir el delito propuesto. La punibilidad de la tentativa misma estará dada por la pena del delito “tentado” ya que, como se señaló, no es un delito autónomo.

Respecto a los dos requisitos de la tentativa, en doctrina se enseña que

“Conforme al modelo objetivo-material dominante en nuestra doctrina, se da principio de ejecución a un crimen o simple delito cuando la realización del plan del autor representa, para un tercero imparcial, un peligro para un bien jurídico concreto, ejecutado mediante hechos directos, esto es, objetivamente idóneos para causar el resultado típico”¹³⁴ .

Sobre el mismo tema, en particular la cualidad de hechos “directos”,

“El acto tendrá la calidad de directo cuando cumple con dos condiciones, que se desprenden del alcance semántico de la palabra en cuestión. Directo significa aquello que “se encamina derechamente a un objetivo o mira”, lo que encierra en este caso una doble cualidad:

- i) El acto debe dirigirse rectamente a la ejecución del delito, y*
- ii) Debe ser apto o idóneo para lograrlo.”¹³⁵*

¹³⁴ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General.

¹³⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p275

Ahora bien, respecto al delito que nos convoca, la tentativa no sería procedente, por ser este un delito de mera actividad. Así, definiendo la tentativa, en Politoff, Matus y Ramírez, se señala que

“Se habla de tentativa en general o conato cuando el autor que da principio de ejecución al delito, aunque se lo proponga, no logra consumarlo, bien porque no se produce el resultado punible (que no muera la víctima, en el caso del art. 391), o bien porque, cuando la ley no exige un resultado material, como sucede en los llamados delitos formales o de mera actividad y en los delitos de peligro, la conducta punible es fraccionable material e intelectualmente, y habiéndose dado comienzo a la actividad, ésta no ha alcanzado el pleno desarrollo que la hace punible”¹³⁶

De lo anterior se desprende que, si el delito de mera actividad no es fraccionable material e intelectualmente, no es posible hablar de la existencia de tentativa. Todas las hipótesis del artículo 5to de la ley 20.009 establecen una acción única, “usar”, “negociar”, “vender”, etc., que constituyen una única unidad, no son fraccionables.

Sobre el delito **frustrado**, se lo define en contraposición a la tentativa, ya que son muy similares en cuanto a que en ambos, no se produjo el resultado anhelado en abstracto. Así, *“la tentativa propiamente tal es acción inconclusa, la frustración es acción terminada pero sin el resultado típico esperado; de*

¹³⁶ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. P369

*consiguiente, el delito frustrado puede presentarse únicamente en los delitos denominados materiales o de resultado.*¹³⁷, en otras palabras, *“en lo esencial, los elementos constitutivos del delito frustrado son los mismos que los de la tentativa propiamente tal, radicando su diferencia sólo en el número de actos de ejecución requeridos, en la tentativa, parte de ellos; en la frustración, todos.”*¹³⁸ . Entonces, en el delito frustrado el autor llevó a cabo todos y cada uno de los pasos necesarios para cometer el delito, sin embargo no tuvo éxito, su delito no tuvo resultado. Como la frustración es tan solo aplicable a delitos de resultado, no existirá delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito frustrado.

Por último, se analizará el delito consumado, aquel que existe *“cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo, esto es, cuando el bien jurídico objeto de la tutela penal ha sido ya suficientemente afectado, con arreglo al alcance del respectivo tipo legal, por una lesión o puesta en peligro, aunque el agente no haya obtenido los eventuales propósitos ulteriores que perseguía con la perpetración del delito agotamiento del delito”*.¹³⁹ En el delito consumado, no existió ningún impedimento interno o externo que no

¹³⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p267

¹³⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. P383

¹³⁹ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. P368

permitiera la realización del ilícito ni su resultado: el hecho fue ejecutado en su totalidad, y el bien jurídico protegido fue, efectivamente, lesionado.

Delitos instantáneos, habituales, continuados, permanentes o instantáneos con efectos permanentes

Según cuándo se entiende producida la consumación se divide a los delitos en simples o instantáneos, habituales, continuados, permanentes y por último, instantáneos con efectos permanentes. Esta clasificación tiene relevancia a fin de determinar ciertos criterios de procesabilidad y punibilidad. Ayudan a establecer el lugar y el tiempo de su comisión, con lo cual entregan criterios para determinar la prescripción, la jurisdicción competente, el posible carácter flagrante del mismo, entre otros.

Los delitos instantáneos con efectos permanentes son aquellos que se una acción produce cambios de estado que se mantienen en el tiempo, como la bigamia.

Los permanentes, significan una acción que requiere permanencia en el tiempo para su consumación, como es el caso del secuestro.

Delitos habituales, son producto de la repetición de una conducta. No es el acto en sí, sino la repetición de este.

Continuados, aquellos delitos que están conformados por acciones que, de verse por separado, constituirían tipos penales también.

Por último, los delitos instantáneos con aquellos que se consuman con la mera realización de la acción o con la aparición del resultado de la misma, dependiendo de su es un delito de mera actividad o formal, o un delito de resultado.¹⁴⁰

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito es un delito instantáneo, ya que la realización de cualquiera de las acciones señaladas en cualquiera de sus letras, será punible desde su mera realización.

Consumación de la agravante

El delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito es un delito de mera actividad, por tanto, se consuma sólo con realizar la conducta típica. Sin embargo, el perjuicio es un resultado, por tanto para aplicar la calificante el

¹⁴⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte general. p 188 y 189

último inciso del artículo 5 de la ya citada ley, es menester que este exista. El cuándo existe, tendrá relevancia para efectos penales y procesales relativos con el *iter criminis* del delito en cuestión; es decir, los ya mencionados efectos de prescripción, ley penal aplicable, jurisdicción de tribunal competente, entre otros. Este tema se ha discutido en nuestros tribunales, los cuales se han centrado particularmente en el concepto de perjuicio para decidir cuándo éste se produce, y por tanto, la consumación de la agravante:

Interpretando la noción de perjuicio en un sentido amplio, la Corte de Apelaciones de Santiago señala,

“Siendo así, la aplicación del artículo 69 del Código Penal, en orden a establecer la pena de acuerdo a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, nada tiene que ver con el perjuicio económico que el artículo 5° inciso final de la ley 20.009 ha dispuesto para fijar la cuantía de la pena en un determinado grado (presidio menor en su grado máximo), pudiendo el sentenciador, como ya está dicho, recorrer tal grado de sanción libremente, teniendo como única limitante lo que dispone el artículo 67 del Código Punitivo.”¹⁴¹

¹⁴¹ CA Santiago. 28 septiembre 2007. ROL N° 2061-2007. Visto en <<http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/index.do>>, Biblioteca Defensoría Penal Pública.

Dando a entender, de manera indirecta, que el perjuicio es un concepto pecuniario, por tanto para que este exista, es menester un detrimento pecuniario en el mismo.

El Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago manifiesta:

*“Por otro lado, tampoco comparte la tesis de la defensa en cuanto no existió un perjuicio efectivo a la víctima, ya que [en] el patrimonio del señor D. existió una disminución patrimonial no deseada y se constituyó un poder de disposición efectiva sobre porciones patrimoniales que ya no dependían de la voluntad del afectado como son las sumas de dineros adeudadas, independiente que posteriormente no hubiesen sido cobradas, pues ello sólo aconteció por circunstancias ajenas a la víctima, la cual en un sentido económico y contable tuvo una deuda en su patrimonio originada por el uso de una tarjeta clonada de la suya. En tal sentido este Tribunal adhiere a un concepto de patrimonio jurídico económico, entendiendo que el mismo comprende una unidad de valor económico y respecto del cual se tiene disposición del mismo, sustrayendo sólo aquellos bienes o valores no amparados por el derecho. Así desde el instante que hubo una disminución del patrimonio del tarjeta habiente al originarse un pasivo no deseado, existió este perjuicio, independiente que al final no haya tenido que cancelarla”.*¹⁴²

Para este Tribunal, el patrimonio es un concepto jurídico económico, que consta de un pasivo y de un activo, siendo ambos considerados por la ley. No es un

¹⁴² TOP 3°, Santiago. 12 de septiembre 2006. RIT: 195-2006.

mero monto de dinero y bienes determinados. De esta forma, si el uso de la tarjeta de crédito falsificada generó un aumento del pasivo, es decir, de la deuda, estamos en presencia de perjuicio para la víctima, aunque esta haya sido temporal, y finalmente no se concretara como merma patrimonial efectiva a través del pago de la misma.

El Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sostiene una tesis similar,

“El tribunal estima que en cada uno de los casos por los que se condenará a los acusados, se produjo un perjuicio en la medida que inmediatamente de efectuada la compra, el valor de ella fue cargado al titular de la tarjeta de crédito original, por lo que se vieron perjudicados ya que su estado de situación financiera en ese momento reflejó que eran deudores de sumas que ellos no habían gastado, de montos por lo demás elevados, lo que desde luego implicó un desmedro para su condición de sujetos comerciales. Si bien esos valores fueron restituidos por los seguros contratados, no lo fueron de inmediato, sino que luego de varias diligencias que por su naturaleza implicaron distracción de tiempo y desagradados y tampoco lo fueron en su totalidad, puesto que el titular de las tarjetas debió pagar una suma correspondiente al deducible del seguro y aún se le están haciendo cobros con motivo de las compras efectuadas con su tarjeta principal y con la adicional de su esposa.”¹⁴³

En este caso, el tribunal analiza a las víctimas como sujetos comerciales, y desde esa perspectiva, durante el tiempo que vieron disminuido su pasivo,

¹⁴³ TOP 6°, Santiago. 14 de noviembre 2006. RIT: 170-2006.

vieron mermada su capacidad comercial y valoración en solvencia pecuniaria, y eso es, a juicio del tribunal, perjuicio. Se hace cargo también de la existencia del seguro y del pago del deducible del mismo, es decir, el monto de dinero que en el contrato de seguro se estipula ha de pagar el asegurado ante la ocurrencia del siniestro, su propia responsabilidad pecuniaria.

En una postura contraria a las vistas, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago,

“Sin embargo, el tribunal estima que en este caso no ha existido un detrimento real, como lo pretendía el Ministerio Público. En efecto, sostuvo el Ministerio Público que el dueño de la tarjeta al estar privado un mes de la posibilidad real de utilizar su tarjeta de crédito habría sido privado de dicho derecho personal. Sobre éste punto baste decir que, si se repasan las características de los derechos personales, se puede recordar que se trata, por regla muy general, aplicable eso sí al caso en comento, de una relación bilateral entre dos sujetos, en este caso, el dueño de la tarjeta y el banco emisor, ligados por un contrato de mutuo. Así las cosas, el tribunal ha observado que no hubo prueba que sustentara que el banco que otorgó el crédito, haya desconocido en algún momento siquiera su obligación de poner a disposición de la víctima el monto involucrado en el delito, tampoco existieron gestiones de cobranza de dicho monto respecto del banco hacia el dueño de la tarjeta que hicieran pensar que el banco entendía utilizado por el dueño de la tarjeta dicho monto y por lo tanto, puede concluirse que para ambos contratantes nunca estuvo en duda el derecho personal de la víctima y por ello se torna inexistente el perjuicio alegado por el Ministerio Público.”

El mencionado tribunal estima que, dado que el Banco jamás intentó cobrar la deuda, no existió perjuicio para el tarjetahabiente, además considerando que el Banco no comprometió, al menos aparentemente, el crédito otorgado al tarjetahabiente en ningún momento. Entonces, al no ver comprometido el crédito prometido ni tener una deuda cierta, para el Tribunal no existe perjuicio por causa del delito. Continúa el tribunal,

“Puede decirse sin ambages que, tal y como lo sostuvo don P.R. de Transbank, la demora en normalizar la situación del ofendido por el delito no es más que el tiempo necesario para cumplir los protocolos propios de una industria compleja que mueve enormes sumas de dinero y que debe tomar sus resguardos antes de determinar responsabilidades en las diferentes etapas de cada una de las transacciones que se generan diariamente, tiempo de normalización que de alguna manera se encuentra ya cubierto con la existencia de la figura de mera actividad ya comentada al inicio del considerando.”

En este párrafo, trata sobre el tiempo en el cual la tarjeta del afectado no estuvo en funcionamiento. El tribunal estima que la demora en aquello es propia del sistema de tarjetas de crédito y débito, con toda su complejidad, y que la penalidad respecto a afectar dicho sistema está contenida en las letras a) a la f) del artículo 5 como delitos de mera actividad que afectan el orden económico, y no en la calificante del inciso final del artículo en cuestión.

3.2.7. Concursos y delito continuado

El Derecho Penal tipifica conductas en abstracto, estableciendo una pena para una conducta o conductas determinadas. Sin embargo, en concreto, puede suceder que una misma persona realizando un único acto, lesione varios bienes jurídicos protegidos por un tipo; también, que para realizar un único tipo realice otras conductas previas, sancionadas a su vez; o bien, que un mismo delito sea realizado varias veces en el tiempo, persiguiendo un único motivo.

Hipótesis así son las tratadas en materia de concursos, la respuesta del Derecho Penal a la problemática que se genera al intentar penar dichas circunstancias. Así, *“el problema del concurso o pluralidad de delitos se presenta cuando, en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo”*.¹⁴⁴

En nuestro país, contamos con los artículos 74 y 74 del Código Penal y, más recientemente, el artículo 351 del Código Procesal Penal.

¹⁴⁴ ¹⁴⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte general. p 445

El artículo 74 establece la regla general consistente en una mera acumulación de penas, las cuales han de ser cumplidas, en lo posible, simultáneamente. Esto ocurre en los casos de “concurso real”: distintos actos, distintos delitos, todos punibles, se cumple la pena correspondiente a cada uno de ellos.

Sin embargo, en el artículo 75 el Código se hace cargo de lo ocurrido cuando un solo hecho constituya dos o más delitos, es decir, una única acción está enmarcada por distintos tipos penales, el llamado “concurso ideal”, caso en el cual se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

La misma sanción espera a los casos del llamado “concurso medial” en doctrina, situación producida cuando el delincuente comete varios delitos, pero unos son medios para el otro.

El artículo 351 del Código Procesal Penal tiene especial relevancia para este trabajo, ya que la posibilidad de su aplicación ha generado controversia en nuestros tribunales, generando jurisprudencia al respecto.

El mencionado artículo de nuestro Código Procesal Penal, señala (texto en negrita es de este trabajo):

“Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. *En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se*

impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.”

Al respecto, Matus manifiesta: *“La aplicación de esta regla, que no contiene una definición de bien jurídico operativa, producirá diversas interpretaciones, particularmente por el hecho de que muchos delitos no protegen "un" único bien jurídico, sino varios y que, aunque se de el caso de dos o más delitos que protejan "un" mismo bien jurídico, nada impide que cada uno de ellos proteja o no, además, otros bienes jurídicos.”*¹⁴⁵

¹⁴⁵ MATUS, Jean Pierre. Propositiones Respecto de las cuestiones no resueltas por la ley n°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas.. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.2 [visto 2015-04-08], pp. 525-559 . <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200015&lng=es&nrm=iso>.

Y ese es precisamente la controversia en este delito; previamente en esta tesis se analizó el concepto de bien jurídico protegido en relación al delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito. Se pudo apreciar que doctrinariamente, se ha considerado que el tipo penal protege al patrimonio, y al orden económico, financiero y comercial, en otras palabras, la fe pública se encuentra comprometida. Es decir, más de un bien jurídico protegido. Sin embargo, a la luz de lo transcrito, resulta notorio que el determinar cuál es el bien jurídico protegido por la norma es vital judicialmente para determinar si los delitos son, en efecto, de la misma especie y es la norma aplicable.

En ese mismo sentido, se ha dicho que *“la reiteración de delitos del art. 351 CPP es un caso especial de la regla concursal general y subsidiaria contemplada en el art. 74 CP, cuyos presupuestos de aplicación son tres: a) los exigidos para la aplicación de la regla concursal del art. 74 CP (que se trate de un mismo imputado que ha cometido dos o más delitos y no ha sido condenado por alguno de ellos previamente) ; b) que estemos ante un caso de reiteración de delitos de una misma especie, y c) que la pena resultante de aplicar la regulación específica que contempla, sea "menor" que la que resultaría de aplicar las reglas del art. 74 CP.”*¹⁴⁶

¹⁴⁶ MATUS, Jean Pierre. Propositiones Respecto de las cuestiones no resueltas por la ley n°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas.. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.2 [visto 2015-04-08], pp. 525-559 . <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200015&lng=es&nrm=iso>.

En tribunales esta no es materia pacífica. La determinación del bien jurídico protegido por la norma tiene efectos concretos sobre cuál será la pena a aplicar a los condenados, por tanto es materia de ardua discusión y deliberación en los tribunales de nuestro país.

En términos prácticos, es frecuente que en la comisión del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito, se cometa en conjunto otro delito, por ejemplo, junto con un hurto o robo, al sustraer la billetera de la víctima y de ahí obtener la tarjeta que se utilizará fraudulentamente; o apropiación indebida, como en un caso que se analizará donde se arrendó un vehículo usando una tarjeta de crédito fraudulenta, y posteriormente el auto no se devolvió a su legítimo dueño. En estos casos, donde el bien jurídico protegido es el patrimonio, exista o no perjuicio, es crucial determinar si el delito en estudio lo es también, para analizar la procedencia del artículo recién transcrito, o no.

A grandes rasgos, algunos tribunales se inclinan por la tesis de la protección del patrimonio, y otros señalan que lo protegido es ante todo, la fe y orden público.

El Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, en una sentencia del año 2006, dice:

“(…)Si bien nos encontramos ante delitos que infringen el mismo bien jurídico, en este caso, el patrimonio, no se aplicará la regla contenida en los dos primeros incisos del artículo 351 del Código Procesal Penal, sino aquella en su inciso tercero, por resultar más favorable al sentenciado la imposición de la pena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”¹⁴⁷

En esta sentencia queda en evidencia no sólo lo señalado respecto a la posibilidad de aplicación por parte del sentenciador del artículo 351 del Código Procesal Penal, sino que además se manifiesta cual es el bien jurídico que el Tribunal estima protegido en la norma, en este caso, el patrimonio.

En el mismo sentido, dispone el 14° Juzgado de Garantía de Santiago,

“... este sentenciador considera además que los delitos de Uso de Tarjeta de Crédito Falsificada causando perjuicio, descrito y sancionado en el artículo 5 letra b) de la Ley 20.009, como el delito de Receptación, descrito y sancionado en el artículo 456 bis a) del Código Penal, son delitos de la misma especie, es decir, afectan al mismo bien jurídico siendo en el caso concreto la finalidad de ambos tipos penales la protección del derecho de propiedad”¹⁴⁸

Nuevamente, es estimado por el Tribunal que la norma busca proteger el patrimonio, en este caso, tomado como el derecho de propiedad. El delito de

¹⁴⁷ TOP Viña del Mar, 25 de febrero 2006. RIT: 01-2006.

¹⁴⁸ JG 14°, Santiago. 20 de Julio 2006. RIT: 3042-2006.

receptación y el de uso fraudulento de tarjetas de crédito son, para este tribunal, ambos delitos contra la propiedad, por tanto, protegen el mismo bien jurídico.

Por último, de un modo algo indirecto, en una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, en sentencia del año 2012,

“que los hechos antes descritos, en convicción de estos jueves, no configuran el delito de uso fraudulento de tarjeta de débito, previsto y sancionado en el artículo 5to letra b de la ley 20.0009, ya que si bien la hechora o agente, en las circunstancias antes establecidas, usando o utilizando la tarjeta bancaria de la denunciante giró el dinero, sólo lo hizo para hacer frente a una necesidad urgente y sin poder ubicar, a esta último para pedirle prestado el dinero – a quien la unía una gran o íntima amistad- y al día siguiente restituyó el dinero, pues no pretendía perjudicar a la denunciante, ni menos defraudarla, en esa suma de dinero, dándole las explicaciones por qué lo había hecho”¹⁴⁹

En este caso, la imputada había utilizado la tarjeta de débito de la víctima, sin su permiso ni aviso por medio, sin embargo, como el tribunal entiende que lo hizo sin intención de obtener un provecho económico, o bien de mermar el patrimonio de la víctima, devolviendo el dinero sustraído al día siguiente, no habría delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito. Dicho de otra forma, el Tribunal estima que para que exista delito, ha de existir un ataque,

¹⁴⁹ TOP Punta Arenas, 25 de Junio 2012. RIT: 27 -2012.

efectivo, hacia el patrimonio de la víctima, un detrimento pecuniario efectivo; por tanto el bien jurídico protegido es la propiedad o patrimonio.

En la vereda contraria encontramos al Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que señala que el tipo penal tiene el fin de

“proteger la confianza en los instrumentos de créditos para las transacciones comerciales y, por tanto el bien jurídico protegido es el orden público económico”¹⁵⁰

Este tribunal estima que el foco de la protección de la norma está en la fe pública, en concreto, en la protección al orden público económico. Al defraudar, se genera desconfianza en todo el sistema, lo que lleva a concluir que el sistema es atacado con la mera realización del uso fraudulento. El sistema de tarjetas de crédito y débito, como gran parte de las transacciones comerciales, tiene una base en la confianza, es natural que sea objetivo del legislador el protegerla.

Una resolución inclusiva es la pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual dispone en el considerando séptimo de una sentencia referida a la materia,

¹⁵⁰ TOP 3°, Santiago. 12 de septiembre 2006. RIT: 195-2006

“Que quien haya clonado la tarjeta, afectó la fe pública en instrumentos como la tarjeta, por un lado, y por otro, afectó el patrimonio de la empresa propietaria del automóvil, y a otras personas a las que engañó.”¹⁵¹

Como se puede apreciar, la Corte estima que tanto la fe pública como el patrimonio han sido vulnerados y afectados con el ilícito. Existen personas que recibieron perjuicio económico con la acción fraudulenta, y además, se afectó la confianza depositada en el instrumento tarjeta. Ambos son objeto de la protección jurídica establecida por el legislador, a juicio de la Corte.

Por último, se analizará una sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que tiene interés por innovar en la interpretación, así declara,

“En tal sentido, es necesario precisar que el tribunal entiende que los daños al Orden Público Económico, al ponerse en duda la efectividad del sistema financiero pues en muchas oportunidades, como esta aparece en dicho sistema, una persona con una deuda en el mismo sin serlo, son precisamente las razones por las cuales el legislador creó este tipo penal, de mera actividad, renunciando a la exigencia de un resultado, dejando de esta forma de lado el perjuicio, aplicándolo sólo como calificante de una conducta de las descritas en el propio artículo 5 de la ley en comento, siendo ese en definitiva el contenido del injusto de dicha norma.

¹⁵¹ CA Valparaíso. 26 de abril 2006. ROL N°: 246-2006.

Por otra parte, coincidimos con el persecutor en el sentido que sea de la manera que se analice el patrimonio, como objeto protegido por la calificante que regula el perjuicio, puede decirse que el derecho personal de crédito es un objeto de protección del mismo de manera tal que si se logra comprobar detrimento efectivo del mismo, debe acogerse la calificante.”¹⁵²

Analizando la sentencia, entendemos que el Tribunal establece una distinción: Por una parte, las hipótesis de los tipos penales contenidos en las letras a) a la f) del artículo 5 de la Ley 20.009; y por otra, la calificante del inciso final del mismo artículo. Recordemos que la calificante establecía una pena más alta cuando el uso fraudulento ha causado algún perjuicio a terceros.

Hecha la distinción, el tribunal entiende que al renunciar a la necesidad del perjuicio en el tipo penal, dejándolo como un delito de mera actividad, estableció a aquellos como delitos de mera actividad y así el bien jurídico que protegen es el Orden o la Fe pública; no el patrimonio, que está protegido por el legislador con la calificante del inciso final. El tribunal entiende que puede existir delito sin perjuicio económico, y que en ese caso el bien jurídico afectado no sería patrimonio. Dicho de otra forma, si el delito genera perjuicio, se caerá dentro de la hipótesis de la calificante, y dado que lo castigado es, precisamente, el perjuicio, entendemos que el bien jurídico protegido es el patrimonio

¹⁵² TOP, 4° Santiago. 31 de diciembre 2007. RIT: 155 -2007. Visto en <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/index.do>, Biblioteca Defensoría Penal Pública.

Delito continuado

Una persona sustrae una tarjeta de crédito o de débito de otra persona, y procede a sacar dinero de un cajero automático con ella. El cajero tiene una limitación respecto a las cantidades que permite sacar de una sola vez, y en cada día, por tanto concurre al cajero durante varios días a retirar montos de la cuenta corriente del afectado. O bien, se “clona” una tarjeta de crédito, y con ella se procede a comprar especies en distintas casas comerciales. En estos casos, ¿Se está en presencia de un delito continuado?

El delito continuado existe *“cuando un sujeto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realiza una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distintos tiempos pero en análogas condiciones, con las que infringe el mismo o semejante precepto penal”*¹⁵³, es decir, un mismo sujeto realiza acciones que constituyen un mismo penal, bajo las mismas circunstancias, bajo una misma intención.

¹⁵³ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Tomo II. p. 339

Doctrinariamente se postula que para que exista delito continuado, requiere de *“la reiteración de varios hechos que, considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo, se consideran como unidad. Entre estos criterios se pueden mencionar: la unidad del bien jurídico afectado, la igual naturaleza del objeto material, la unidad temporal, la unidad de propósito, la consideración social del conjunto de los hechos.”*¹⁵⁴. Se reitera que es importante es destacar que requiere de algo que permita considerarlo como unidad, ya sea por tiempo, circunstancias, propósito u otro.

La creación del concepto de delito continuado tuvo fines procesales; por una parte, ante la imposibilidad probatoria que concurre ante varios delitos cometidos de la forma descrita, por ejemplo, una serie de hurtos continuados; y también para efectos humanitarios, el no condenar múltiples veces a quien estaba, en realidad, desarrollando una única acción.

Usualmente, al sustraer una tarjeta, o bien usar una tarjeta falsificada, es común que el delincuente no haga una única transacción. Es por esto que los tribunales han discutido si es que procede el aplicar esta figura en casos similares.

¹⁵⁴ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Op. cit. Parte General. p 453

Desde la postura que el delito no es continuado, declara la Corte de Apelaciones de Valdivia en el considerando segundo de una sentencia del año 2008:

“No hay elementos que permitan arribar a la conclusión que esta [imputada] haya tenido como objetivo realizar una acción ilícita con ánimo de apropiarse de todos los fondos que la tarjetahabiente mantenía en su cuenta, por el contrario, las operaciones fueron realizadas en cuatro oportunidades independientes, encontrándose establecidas con exactitud fecha y monto, de modo que no es posible estimarlas como un solo delitos, sino que constituyen reiteración de acciones ilícitas de la misma especie¹⁵⁵

En el caso de autos, la Corte estima que no es un delito continuado, ya que no existía un criterio que sirviese de unión más allá que el uso fraudulento de la tarjeta. Señala que no existía un propósito único, y que además cada actividad delictual está debidamente delimitada, y que son independientes una de las otras. Al existir dicha separación, en tiempo, espacio y motivación, el Tribunal entiende que no se cumplen los criterios establecidos como requisito para estar en presencia de un delito continuado y establece que lo que en realidad existe, es reiteración.

¹⁵⁵ CA, Valdivia. 24 de abril 2008. ROL N° 123-2008

En el mismo sentido, el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dispone,

“El número de oportunidades en que se hizo uso de la tarjeta de débito sustraída, como ya se dijo, 18, se está en presencia de delitos reiteraos de uso fraudulento de tarjeta de débito, teniendo en vista para el efecto que en cada una de las utilizaciones se concretó el designio buscado, no existiendo un propósito común objetivo que anulara las acciones unitarias de manera de considerarlas como un actuar continuando”¹⁵⁶

Nuevamente, es rechazada la hipótesis del delito continuado. En general, los tribunales han optado por considerar cada sustracción de dinero, o utilización de la tarjeta en la compra de bienes o servicios, como acciones diferentes. La utilización del mismo medio –la tarjeta sustraída o falsificada- no basta para constituir unidad, se entiende que cada delito se agota con la comisión de cada una de las acciones, por separado.

¹⁵⁶ TOP 3°, Santiago. 13 de abril 2008- RIT: 52-2007

3.3. Breve relación sobre métodos usuales de comisión del delito tratado.

El artículo 5° de la Ley 20.009 entrega variadas hipótesis de comisión del ilícito penal, agrupados en letras de la a) a la f), sumado a un calificante –la existencia de perjuicio a terceros- en el inciso final. A su vez, estas 5 hipótesis presentan alternativas de comisión.

Para efectos de esquematización se subdividirán los métodos en tres: 1) Aquellos donde el objeto material es la tarjeta de crédito o débito; y 2) Aquellos donde el objeto material del delito son los números y la información contenida en ella.

Dentro del subgrupo que llamamos 1), se encuentran las hipótesis a), b), c) y f) del artículo 5°:

- 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.*
- f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes.*

Como se puede apreciar, la tarjeta puede ser sustraída y ser utilizada por el malhechor, estando o no bloqueada –la hipótesis de la letra f)-, o bien puede ser falsificada, es decir, se comete el delito mediante una tarjeta que aparenta ser legítima, pero no es tal.

Dentro del subgrupo 2), donde el objeto material es la información contenida en la tarjeta y los números de aquella, encontraremos las hipótesis previstas en las letras d) y f):

- 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.*

No hay que olvidar que la tarjeta de crédito, es decir, el plástico, es un objeto representativo del crédito o el débito que posee el tarjetahabiente. En un principio, el método para individualizar la tarjeta era a través de la firma contenida en ella. Posteriormente, se utilizaron números codificados, cada tarjeta con combinaciones distintas, a fin de entregar una protección más

profesional y segura que la que entrega la simple firma. De la mano de la tecnología, se sumó a la codificación la aparición de bandas magnéticas en las tarjetas, las cuales van adheridas a las tarjetas mismas y sirven para que éstas interactúen con máquinas con la capacidad de leer la información que en ellas se contiene. Por último, como se vio previamente, se hacen avances con tarjetas con chip y otros dispositivos cuyo único fin es aumentar la protección de los datos propios de cada tarjeta; los datos protegidos en ambas letras mencionadas del artículo 5).

En la vida diaria, existen variadas situaciones en las cuales lo utilizado es precisamente dicha información, prescindiendo de la tarjeta. Tal ocurre en las compras vía telefónica e internet. En el primero de los casos, el vendedor solicitará al comprador que facilite los datos de la tarjeta, usualmente el número de tarjeta, la serie de tres dígitos de seguridad, y la fecha de expiración. Comparará dicha información con el boletín de seguridad proporcionado por la empresa operadora de tarjetas, y en caso de estar todo correcto, no estará bloqueada ni que exista otro problema, dará curso a la operación y se cobrará.

En el caso de internet, el sistema funciona de manera similar, sólo que no se interactúa directamente con una persona, sino que el procedimiento se realiza a través de formularios encriptados y preparados para tal efecto.

Como se puede apreciar, en ambos casos lo utilizado es la información contenida en la misma tarjeta, más que la tarjeta misma. Es posible separar estos datos de la tarjeta y utilizarlos, ya sea de vía manual o digital.

A modo de observación, en Tribunales se ha manifestado respecto al uso de la tarjeta, manifestándose sobre una característica del estado de la tarjeta utilizada no siempre notado:

“En la especie, no obstante que se estableció que la acusada M.C. había utilizado o usado la tarjeta de débito de la denunciante E.A para girar el 13 de diciembre del 2010, desde el cajero automático de Puerto Williams, la suma de \$50.000, -dinero que, sabemos –conforme al análisis de la prueba incorporada- que restituyó al día siguiente-, cumpliéndose a este respecto la exigencia del verbo rector “usar”, no se ha establecido que la hechora, en alusión, “hubiera sustraído”, dicha tarjeta, como lo requiere el tipo penal, en estudio, de manera que si la imputada tomó dicha tarjeta por la gran o íntima amistad que la unía al titular de la misma, y la utilizó por estar en conocimiento de la clave, también en razón de esa profunda y larga amistad, ello no cumple ese requisito del tipo penal, esto es, la sustracción de la tarjeta, en alusión. Además, se hace notorio que el legislador al emplear la expresión “sustraída” alude al verbo “sustraer”, en su acepción de hurtar, robar fraudulentamente, como apropiación de especie ajena”¹⁵⁷

¹⁵⁷ TOP Punta Arenas. 25 de junio 2012. RIT:21-2012

Dicha sentencia pone de manifiesto que no basta con usar una tarjeta de crédito o débito, el origen de esta tarjeta en uso debe ser malicioso o ilícito a su vez, ha de ser “sustraída”, en el sentido jurídico de la expresión

Clonación

De todos los métodos de comisión del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito, existe uno que destaca por la sofisticación de su método, y la relevancia mediática que ha tenido en los últimos años: El delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito, conocido como “Clonación de tarjetas”.

El delito de clonación es considerado de alta tecnología, y suele ser cometidos en grupos o pandillas, donde cada persona tiene un papel dentro de la serie de actos que son necesarios para su éxito. El afectado se suele dar cuenta después que los gastos se han realizado, y debido al fraccionamiento de las tareas, es difícil dar con todos los participantes del ilícito. La comisión de estos delitos ha ido en aumento, siendo extensamente cubiertos por los medios de comunicación, y actualmente, tanto las policías como las empresas operadoras y emisoras de tarjetas trabajan para impedir que el delito se siga propagando, educando a los tarjetahabientes medidas de protección, y a los

establecimientos afiliados u operadores de cajeros automáticos, medidas para que dichos delitos se concreten.

Para que la falsificación o clonación tenga éxito, requiere de varios pasos:

En un primer lugar, se extrae de modo fraudulento los datos de una tarjeta de crédito o débito, sin que su tarjetahabiente se entere. Usualmente, la extracción de los datos de una tarjeta de crédito se realiza a través de un procedimiento denominado “skimming”, “que no es más que una modalidad de fraude de alta tecnología, mediante la cual los delincuentes se valen de dispositivos electrónicos que son insertados en cajeros automáticos o en los dispositivos que se utilizan para operar con cualquier tarjeta de crédito o débito”¹⁵⁸

Una vez extraídos los datos, se almacenan en un dispositivo tecnológico que puede depositarlos efectivamente en una nueva tarjeta, creación de los delincuentes, que tendrá la apariencia de una tarjeta verdadera, pero contendrá los datos fraudulentamente extraídos. Usualmente, a dicha tarjeta se le estampará el mismo número que tiene la tarjeta original, pero con el nombre de otra persona –quien efectuará la compra, o retiro de dinero-, cosa de que al

¹⁵⁸ BUCAREY W., José Miguel. 2007. Revista del Abogado. N°41, año 11. p. 34

momento de hacer la transacción, si se requiere verificar la identidad del tarjetahabiente, tendrá la apariencia de ser el portador legítimo de la misma.

Quienes concurren a los cajeros automáticos a retirar el efectivo, o bien ante los establecimientos afiliados a realizar las compras, suelen ser llamados “caminantes”¹⁵⁹ constituyen el último escalafón de las bandas criminales que se dedican a esta actividad.

Una vez que la transacción es realizada, el monto será retirado de la cuenta del tarjetahabiente, en caso que la tarjeta sea de débito; o bien será cargo del crédito del mismo, en caso que sea de crédito. El “caminante” procederá a retirar las especies o el dinero, y el botín será repartido.

¹⁵⁹ BUCAREY W., José Miguel. 2007. Revista del Abogado. N°41, año 11. p. 34

CAPÍTULO IV: Conclusiones

En el presente trabajo se realizó un análisis integral respecto a la materia tratada por la ley 20.009, con un énfasis particular sobre el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito consagrado en el artículo 5 de la ley.

Para tal efecto, se ha descrito conceptualmente lo que es una tarjeta de crédito y una de débito, y la complejidad subyacente a su utilización: una relación jurídica completa, con variados intervinientes y diversos contratos entre ellos. La utilización de tarjetas de crédito y de débito conforman una dinámica de movimiento y avance constante, con la entrada y salida de los actores mencionados y nuevos, en conjunto con una tecnología de apoyo en constante superación.

La legislación que sirve de marco a esta relación jurídica ha ido en avance también. Se analizó desde las primeras normativas vigentes, hasta las últimas modificaciones, dando cuenta de los numerosos agentes normativos al respecto: La ley, el Banco Central, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y más recientemente, el SERNAC. Pronto la legislación existente en nuestro país se hizo insuficiente para proteger a la

ciudadanía de los ilícitos cometidos por medio de las tarjetas, y durante varios años se discutieron en el Parlamento ideas sobre legislar al respecto.

Fue durante la tramitación de un proyecto de ley sobre limitación de responsabilidad, que dicha necesidad se concretó: Había sido creado el tipo penal de uso fraudulento de tarjeta de crédito.

Al respecto, podemos decir que es un delito que se basa en el concepto de tarjeta de crédito y sus datos sensibles: la información y números contenidos en ella. A partir de este concepto, se protege la mala utilización de los mismos, con fines ilícitos.

El tipo penal es un tipo de mera actividad, que se consuma con la realización de la conducta descrita en el tipo ya que, al contrario de la generalidad de los delitos de estafa o fraude, el perjuicio es una calificante, y no requisito del tipo.

Esta necesidad de perjuicio, como calificante, suscitará la mayor cantidad de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

Se ha entendido que el bien jurídico protegido por el tipo penal es el patrimonio, la propiedad, si bien se entiende también que es fin de la norma la protección del orden público económico y la fe pública, también. Esto, en atención a la complejidad del sistema comercial que da sustento a la utilización de las tarjetas, y la confianza entre los intervinientes necesaria para su correcto funcionamiento.

El tipo penal es complejo, de hipótesis mixtas: nuestro legislador estableció en letras contenidas dentro del artículo 5), letras de la a) a la f), cada una de las cuales contiene hipótesis distintas de realización del delito. Básicamente, se castiga el uso, negociación, exportación, venta o distribución de tarjetas sustraídas o la información contenida en ellas; el uso malicioso de una tarjeta bloqueada, y la falsificación de tarjetas, ilícito que alcanzará fama conocido vulgarmente como “clonación de tarjetas”. Sin embargo, tienen elementos en común: Se entiende que todos son de mera actividad, como se ha señalado, son delitos de peligro abstracto, y requieren de dolo directo para su comisión.

Como se dijo previamente, la calificante del inciso final del artículo 5 de la ley 20.009 es la cuestión que mayor discusión ha traído. Se establece el perjuicio a terceros como agravante de la pena, y esto, aparte de tener efectos sobre la naturaleza de los delitos tipificados en las letras del artículo, genera dos preguntas básicas: ¿Qué es perjuicio? y ¿Quién puede ser un tercero?. Las respuestas a estas preguntas no hayan respuesta definitiva aun ni en doctrina ni en jurisprudencia, si bien se puede señalar que respecto a la existencia del perjuicio, tendrá relación con el concepto de patrimonio que se utilice, así, algunos requerirán un detrimento pecuniario efectivo, y para otros bastará con la creación de un pasivo tras la comisión del ilícito (a cargo de la víctima.) En menor medida, se discute en torno al perjuicio según el bien jurídico que se

estima protegido, inclinándose algunos por el orden y la fe públicas, y otros, por el patrimonio y la propiedad.

Respecto a la calidad de tercero, es decir, quienes serían los terceros cuyo perjuicio agravaría la pena, se discute en primer lugar sobre si el tarjetahabiente es tercero o no, y en segundo lugar, la extensión de las personas que pueden ser consideradas terceros, aun cuando su relación con la transacción jurídica sea distante, como es el caso de las compañías de seguro que pagan seguros ante fraude.

Se analizaron, además, otras temáticas controversiales en la jurisprudencia, cuyo análisis tiene una patente utilidad para comprender el delito en sí.

Por último, cabe señalar que como conclusión general, se señala que el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito, tal como la relación que le da origen, el uso de tarjeta de crédito, es un delito que está en constante movimiento y dinamismo. El número de tarjetas aumenta día a día, y los avances tecnológicos y del ingenio permiten nuevas formas de comisión del delito, y junto con ella viene la necesidad de generar nuevas interpretaciones que amparen los hechos, también la necesidad de revisar de manera constante la legislación existente, a fin de no dejar desprotegidos tanto a los usuarios de las tarjetas, como a cualquier posible víctima.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ ARCE, Marta. 2003. Tarjeta de crédito bancaria. Tesis de Pregrado. Universidad de Concepción.
2. BARBIER, Eduardo Antonio. 2002. Contratación Bancaria. Segunda Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
3. BELTRÁN, Teresa. 1994. Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos. Segunda edición. Editorial José María Bosh, Editor.
4. BUCAREY W., José Miguel. 2007. Revista del Abogado. N°41, año 11.
5. BULLEMORE, Vivian. 2007. Curso de Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV. Segunda Edición. Editorial LexisNexis.
6. BULLEMORE, Vivian. 2007. Curso de Derecho Penal. Tomo II, Teoría del Deito. Segunda Edición. Editorial LexisNexis.
7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉÉ, Hernán. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Editorial Trotta.
8. CANAHUATE RONDA, Ricardo. 1989. Reglamentación legal de la tarjeta de crédito bancaria en Chile. Tesis de Pregrado. Universidad de Concepción.

9. DE ARRILLAGA, José Ignacio. 1981. La Tarjeta de Crédito. Revista de Derecho Privado. N°65.
10. ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal Parte Especial. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile.
11. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Cristián Eduardo. 2003. Aspectos prácticos y normativos de la tarjeta de crédito bancaria. Tesis de Pregrado. Universidad de Talca.
12. GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
13. GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
14. HERNÁNDEZ, Héctor. 2008. Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves. Política Criminal, N°5.
15. MARIÑO LOPEZ, Andrés. Distribución del Riesgo de uso fraudulento de tarjeta de crédito en caso de su extravío o sustracción en el Derecho Español y Chileno. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado IV. Universidad Diego Portales.
16. MATUS, Jean Pierre. Propositiones Respecto de las cuestiones no resueltas por la ley n°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas.. Ius et Praxis [online]. 2008, vol.14, n.2 [visto

2015-04-08], pp. 525-559 .

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200015&lng=es&nrm=iso>.

17. MURGUILO, Roberto A. 1985. Tarjeta de Crédito. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
18. ORELLANA VALENCIA, Juan Pedro. 2007. Desarrollo Jurisprudencia de la Tentativa y Frustración: Corte de Apelaciones de Valdivia y Corte Suprema. Tesis de Pregrado. Universidad Austral de Chile.
19. PEREZ FONTANA, Sagunto. 1989. La tarjeta de crédito, estudio de Derecho Comparado Uruguayo- Argentino. Fundación de Cultura Universitaria.
20. POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile.
21. POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile.
22. RORIGUEZ AZUERO, Sergio. 1985. Contratos Bancarios, su significación en América Latina. Tercera Edición. Biblioteca Felaban.

23. SANDOVAL, Ricardo. 1991. La Tarjeta de Crédito Bancaria. Editorial Jurídica de Chile.
24. SANDOVAL, Ricardo. 1988. La operación de Tarjeta de Crédito. Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N°184.
25. SANDOVAL, Ricardo. 1999. Nuevas operaciones mercantiles. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
26. SANGUESA REBOLLEDO, María Paz. 2014. Tarjetas de crédito y Ley de protección al consumidor. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile.
27. SAN MARTÍN MACHUCA, Virginia del Carmen y SAN MARTÍN MACHUCA, María Carla. 1997. La tarjeta de crédito, un acto de comercio. Tesis de Pregrado. Universidad Central.
28. SIMON, Julio A. 1991. Tarjetas de Crédito. Editorial Abeledo.
29. YOPO DÍAZ, Natalia Valentina. 2012. Responsabilidad en los casos de fraude por extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito. Tesis de Pregrado. Universidad de Chile.

ANEXOS

Compendio de normas del Banco Central

Recopilación actualizada de normas SBIF. Capítulo 8-3

Acuerdo N° 1286-02-060810

CAPÍTULO III.J.1

EMISIÓN U OPERACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

I. DISPOSICIONES GENERALES

1. Se sujetarán a las normas del presente Capítulo la emisión u operación de Tarjetas de Crédito o de cualquier otro sistema similar, cuya utilización importe que el Emisor u Operador asuma la responsabilidad de efectuar pagos en dinero a las entidades afiliadas, en los términos que se establecen en esta normativa.

2. Para los efectos de estas disposiciones, se entiende por Tarjeta de Crédito, en adelante "Tarjeta(s)", cualquier instrumento que permita a su Titular o Usuario disponer de un crédito otorgado por su Emisor y que sea utilizado por dicho Titular o Usuario en la adquisición de bienes o en el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente Emisor u Operador, en virtud de convenios celebrados con éstas que importen aceptar el citado instrumento como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al Titular o Usuario.

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

3. Empresa Emisora de Tarjetas, en lo sucesivo "Empresa Emisora" o "Emisor", es la persona jurídica que emite y pone en circulación una o más Tarjetas, celebra los contratos de afiliación con las entidades que acepten dicho instrumento como medio de pago, y asume la responsabilidad de pagar las adquisiciones de bienes o servicios que efectúen sus Titulares o Usuarios en las entidades afiliadas.

Los Emisores podrán operar por sí mismos las Tarjetas de su propia emisión, o bien, contratar la operación total o parcial de éstas con una o más Empresas Operadoras. Del mismo modo, podrán encargarse de la afiliación de las entidades afiliadas a uno o más Operadores u otro tipo de empresas que actúen en su nombre y representación. En todo caso, se entenderá que el Emisor no actúa en carácter de Operador cuando hubiere convenido con la respectiva entidad afiliada la aceptación de Tarjetas de la misma marca de otros Emisores.

4. Empresa Operadora de Tarjetas, en adelante "Empresa Operadora" u "Operador", es la persona jurídica que en virtud de un contrato con el Emisor, presta a éste los servicios relacionados con la autorización y registro de las transacciones que efectúen los Titulares o Usuarios de la Tarjeta; y realiza, por encargo de este último, los actos de administración conducentes al pago de las prestaciones que se adeuden por el Emisor a las entidades afiliadas por concepto de la utilización de las Tarjetas. En caso que la afiliación de entidades comprenda también la provisión de alguno de los servicios anteriormente señalados, solo podrá ser realizada por un Operador regulado por este Capítulo.

Asimismo, los referidos Operadores, pueden asumir directamente la responsabilidad de pago del Emisor con las entidades afiliadas.

El Operador podrá efectuar indistintamente cualquiera de las actividades indicadas precedentemente en este numeral, en los términos expuestos,

sujetándose a los requisitos previstos en el Título III del presente Capítulo, según corresponda.

La entidad afiliada por un Operador podrá establecer, en el respectivo contrato que se celebre o en una modificación del mismo, la o las marcas de Tarjetas que aceptará en su giro, correspondiendo al Operador otorgar la difusión correspondiente para informar de ello a los Titulares de las Tarjetas.

No quedarán sujetas a las normas contenidas en este Capítulo las empresas que presten servicios de afiliación o cualquier otro servicio relacionado con la operación de Tarjetas diverso de los establecidos en el primer párrafo de este numeral. Para mayor certeza, se incluyen entre los servicios que pueden ser provistos por empresas que no revistan el carácter de Operador aquellos relacionados con la provisión de canales electrónicos que no impliquen la autorización y registro de transacciones. Sin embargo, aquellos Emisores u Operadores que contraten con terceros la provisión de estos servicios, asumirán la responsabilidad por la prestación efectiva de los mismos y el resguardo de la seguridad operacional de las actividades encomendadas a dichos terceros. En todo caso, los Operadores podrán también efectuar los servicios antes indicados, asumiendo la responsabilidad contractual o legal correspondiente.

5. Las Empresas Emisoras y Operadoras, en los casos contemplados en los Títulos II y III del presente Capítulo, según corresponda, para emitir u operar Tarjetas deberán inscribirse en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito a cargo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en adelante la “Superintendencia”, sujetándose a lo previsto en el Título VIII de esta normativa.

6. Corresponderá a la Superintendencia la fiscalización de las empresas señaladas en el numeral anterior y establecer los requisitos y condiciones mínimos aplicables a los contratos que se celebren entre el Emisor u Operador

y las entidades afiliadas; y entre el Emisor y el Operador de la respectiva Tarjeta; los que incluirán los resguardos necesarios para cautelar la integridad, seguridad y certeza de los pagos que se efectúen por medio de dicho instrumento.

Asimismo, los contratos que se celebren entre el Emisor y los Titulares o Usuarios referentes a la utilización de la Tarjeta en su carácter de medio de pago, deberán contemplar, en carácter de contenidos mínimos, los siguientes: el plazo o condiciones de vigencia del contrato; el límite de crédito autorizado; la fecha de emisión de estados de cuenta y de vencimiento de la respectiva obligación de pago del Titular o Usuario; las modalidades y condiciones aplicables al cobro de comisiones e intereses; el costo de mantención de la Tarjeta; las medidas de seguridad relacionadas con el uso de la Tarjeta y los procedimientos y responsabilidades en caso de robo, hurto, pérdida, adulteración o falsificación de la misma; la resolución de controversias; como asimismo, los requisitos y condiciones aplicables respecto del término del contrato, incluidas las causales de término unilateral del mismo.

II. EMPRESAS AUTORIZADAS PARA EMITIR TARJETAS

Además de las empresas bancarias establecidas en el país, y de las cooperativas de ahorro y crédito fiscalizadas por la Superintendencia que cuenten con un patrimonio pagado igual o superior al equivalente a 400.000 Unidades de Fomento, podrán emitir Tarjetas las sociedades anónimas constituidas en el país, que cumplan los requisitos establecidos en este Capítulo.

A.- Las empresas bancarias y cooperativas de ahorro y crédito antes indicadas.

En todo caso, y para efectos de este Capítulo, la expresión “empresas bancarias” a que se refiere dicha normativa comprende, asimismo, a las sociedades filiales de prestación de servicios financieros de que trata el artículo 70 letra b) de la Ley General de Bancos, como también, a las sociedades de apoyo al giro que tengan el carácter de filial de un banco a que se refiere el artículo 74 letra b) del mismo texto legal, en los términos que autorice la Superintendencia en conformidad a sus atribuciones legales.

Del mismo modo, la expresión “cooperativas de ahorro y crédito” incluye, para los efectos indicados, a las sociedades de apoyo al giro que revistan el carácter de filial de una cooperativa de ahorro y crédito sujeta a la fiscalización de la Superintendencia, de conformidad con lo previsto en la letra o) del artículo 86 de la Ley General de Cooperativas contenida en el D.F.L. N° 5 de 25 de septiembre de 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en relación con lo previsto en el artículo 74 letra b) de la Ley General de Bancos.

B.- Otros emisores

Quedan sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, en conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley General de Bancos, todas aquellas empresas constituidas en el país, que emitan Tarjetas de Crédito o cualquier otro sistema similar y que, por concepto de la utilización del referido medio de pago, asuman en cualquier forma responsabilidad de efectuar pagos de manera habitual a las entidades afiliadas no relacionadas. El ámbito de esta fiscalización dependerá de la relevancia de las obligaciones de pago que asuman los Emisores, según se establece a continuación. En todo caso, en la

situación prevista en este párrafo, la fiscalización también se extenderá a la utilización de dicho medio de pago en entidades relacionadas.

B.1. Emisores de mayor relevancia para efectos de esta normativa

Se comprenderán en esta categoría, aquellos Emisores que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

B.1.a Emisores de Tarjetas de Crédito que por concepto de la utilización del referido medio de pago presenten un monto total de pagos a entidades afiliadas no relacionadas igual o superior a 750.000 Unidades de Fomento; o

B.1.b Emisores, cuyas Tarjetas de Crédito pasen a ser aceptadas en carácter de medio de pago en establecimientos previamente afiliados por otro Emisor u Operador, con motivo de la obligación contraída con éste en orden a aceptar Tarjetas de las misma marca indistintamente del Emisor de que se trate, ya sea que corresponda a Tarjetas de Crédito de carácter nacional o internacional y siempre que la marca corresponda a alguna de las empleadas por las empresas bancarias establecidas en Chile al desarrollar su actividad de emisión de Tarjetas.

Los Emisores comprendidos en los literales B.1.a y B.1.b precedentes, deberán cumplir con lo dispuesto en los siguientes numerales y en los Títulos V y VIII de este Capítulo:

i. Inscribirse previamente en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito a cargo de la Superintendencia, la que procederá a verificar el cumplimiento de las referidas exigencias.

Con tal objeto, los Emisores que, en el ejercicio de sus actividades, queden comprendidos en alguna de las situaciones previstas precedentemente, según corresponda, deberán solicitar su inscripción o comunicar tal situación a la Superintendencia, según corresponda, dentro del plazo de 30 días, y acompañar los antecedentes pertinentes que exija la Superintendencia.

En el evento que la Superintendencia determine que la institución ha dado cumplimiento a la normativa descrita, y practique la correspondiente inscripción en el referido Registro o determine que se encuentra en cualquiera de las situaciones previstas en el numeral B.1 de este Capítulo, se entenderá que el Emisor respectivo ha sido autorizado para iniciar o continuar ejerciendo el giro mencionado, según corresponda.

La Superintendencia podrá solicitar la opinión del Banco Central de Chile en relación con la inscripción que se solicite.

ii. Contemplar en sus estatutos como objeto social exclusivo la emisión de Tarjetas conforme al presente Capítulo y las demás operaciones complementarias a dicho giro específico que autorice la Superintendencia, mediante norma de carácter general, la que podrá, para estos efectos, consultar previamente al Banco Central de Chile.

iii. En los contratos que se convengan con las entidades afiliadas, deberá contemplarse la correspondiente modalidad de pago con arreglo a lo dispuesto en este Título II, la que deberá consistir en que los pagos a tales entidades se efectúen al contado o dentro del plazo máximo de 30 días corridos contado desde la fecha de la operación respectiva. En caso que el pago de la operación sea pactado en cuotas, el plazo se contará desde la fecha en que se haga exigible la obligación de pago de la cuota respectiva convenida por el Emisor u Operador con la entidad afiliada.

iv. Aquellos Emisores que registren un monto total de pagos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas por una suma inferior a 1.000.000 Unidades de Fomento, estarán sujetos a un requerimiento mínimo de capital pagado y reservas de 100.000 Unidades de Fomento.

v. En el caso de los Emisores que registren un monto total de pagos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas superiores al monto señalado en el literal precedente, deberán mantener un capital pagado y reservas mínimo () no inferior al valor resultante de 200.000 Unidades de Fomento y la adición del 15% del monto promedio mensual de pagos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas que se registren en el ejercicio anual anterior (), el cual deberá acreditarse a la Superintendencia, en los términos y condiciones que ésta determine.

En consecuencia, $m C$ para estas entidades se determina a través del siguiente algoritmo:

$$m C = 200.000UF + 0,15 PNR$$

La exigencia de capital pagado y reservas determinada conforme al párrafo anterior, regirá para el año calendario siguiente al ejercicio anual respecto del cual se determine e informe el monto total acumulado de pagos efectuados a entidades no relacionadas del correspondiente Emisor.

Si del monto acumulado de pagos a entidades afiliadas no relacionadas en el ejercicio anual anterior resultare una mayor exigencia de capital pagado y reservas y la Empresa Emisora no se encontrare encuadrada en la suma superior que corresponda mantener en el respectivo ejercicio anual, el referido Emisor deberá dar cumplimiento a dicho requisito en el curso del primer semestre del año correspondiente contado desde la fecha de aprobación del respectivo estado financiero anual y, en todo caso, dentro del plazo que vence el 31 de julio de dicho año.

vi. Constituir una reserva de liquidez (*RI*) por un monto no inferior al valor que resulte mayor entre 10.000 Unidades de Fomento y el resultante del producto entre el plazo promedio y el monto promedio de pagos, de acuerdo a las siguientes definiciones:

Plazo promedio (*p Plazo*): número promedio de días convenido o aplicado para efectos del pago por el Emisor respecto de entidades afiliadas no relacionadas, que no exceda de 30 días de acuerdo a lo previsto en el literal iii) anterior.

Monto promedio (*p Monto*): monto promedio diario de pagos efectuados por el Emisor a entidades afiliadas no relacionadas, durante el trimestre anterior.

En consecuencia, *RI* se determinará a través del siguiente algoritmo:

$\{10.000 ; \} p p RI \quad Max \quad UF \quad Plazo \quad Monto$

Esta reserva de liquidez deberá mantenerse depositada en dinero efectivo en una cuenta corriente bancaria en Chile; en depósitos a plazo con vencimiento no superior a 90 días efectuados en empresas bancarias; o invertida en instrumentos de deuda emitidos por el Banco Central de Chile o la Tesorería General de la República.

Los instrumentos de deuda a que se refiere el párrafo anterior deberán ser de dominio exclusivo del respectivo Emisor y encontrarse depositados a su nombre en una cuenta individual de depósito, abierta en calidad de depositante, o de mandante de este último, en una empresa de depósito y custodia de valores constituida de conformidad con la Ley N° 18.876 (la "Empresa de Depósito"); excluyéndose expresamente los valores depositados por el depositante en cuentas abiertas en la Empresa de Depósito para sus mandantes o que sean mantenidos a nombre propio por el depositante en su cuenta individual, pero por cuenta de terceros.

Asimismo, mientras sean computados para los efectos de que trata este literal, los referidos títulos de crédito deberán encontrarse libres de gravámenes, prohibiciones, embargos, medidas precautorias, prenda, u otros derechos reales o medidas que priven, limiten o afecten su libre disposición, lo cual deberá constar en la Empresa de Depósito, debiendo además registrarse dichos valores en estado de libre disponibilidad; circunstancias que deberán ser acreditadas a la Superintendencia en la forma y ocasión que ésta determine.

vii. Establecer políticas de gestión y control, especialmente, en materia de riesgos de crédito, de liquidez, operacionales, tecnológicos y de fraude, las que deberán ser aprobadas por el directorio de la sociedad. Estas políticas deberán incorporar al menos los contenidos mínimos que fije la Superintendencia mediante normas de carácter general, y ser informadas anualmente a dicho Organismo. Asimismo, los Emisores deberán evaluar e informar sobre la gestión y control de dichos riesgos, en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia, la que podrá, a su vez, mediante norma de carácter general requerir que se difundan aspectos generales de dicha política siempre que estime que ello resulta necesario para la evaluación financiera de tales entidades.

viii. Proporcionar a la Superintendencia información sobre sí mismos o sus actividades, en el momento que ocurra o llegue a su conocimiento cualquier hecho que revista el carácter de esencial conforme a los artículos 9° y 10° de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, además de informar los cambios que se produzcan en la participación en la propiedad del Emisor respecto de aquellos accionistas que tengan o lleguen a tener a lo menos un en la misma, así como de los altos ejecutivos de la sociedad. Dicha información deberá proporcionarse a la Superintendencia, en la oportunidad y sujeta a los requisitos y condiciones que la misma establezca. %10

ix. Proporcionar información a la Superintendencia respecto del monto total de pagos y del monto total de pagos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas, referida, como mínimo, a los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año, en los términos que dicho Organismo determine, sin perjuicio de los demás antecedentes que pueda requerirle la Superintendencia para fines exclusivos de supervisión, de conformidad con sus facultades legales.

x. Continuar observando las disposiciones contenidas en esta normativa aún si el Emisor respectivo deje de encontrarse, en cualquier momento, en alguna de las situaciones previstas en este Capítulo; salvo que obtenga autorización expresa de la Superintendencia que lo exima o limite la aplicación de dichas exigencias.

xi. Dar aviso inmediato a la Superintendencia, en caso que el Emisor cese en el pago de una obligación contraída con alguna entidad afiliada o al Operador. Lo mismo se aplicará tratándose del Operador que hubiere contraído la responsabilidad de pago con dichas entidades.

B.2. Emisores no comprendidos en la letra B.1 anterior

Los Emisores de Tarjetas de Crédito sujetos a la fiscalización de la Superintendencia que no se encuentren comprendidos en alguna de las situaciones señaladas en la letra B.1 anterior, deberán cumplir en todo caso con las disposiciones contenidas en sus literales i), ii), iii), ix), x) y xi), y en los Títulos V y VIII de este Capítulo.

Dichos Emisores deberán acreditar ante la Superintendencia, y mantener en todo momento, un capital pagado y reservas no inferior a 25.000 Unidades de Fomento.

Conceptos aplicables para fines de lo dispuesto en la letra B:

Monto total de pagos: la suma consolidada de las adquisiciones de bienes y de los pagos de servicios y otras prestaciones, efectuados por los Titulares o Usuarios de las Tarjetas emitidas por el Emisor en los doce meses previos. Para efectos de esta normativa también se incluirán los avances en efectivo.

Monto total de pagos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas: la suma consolidada de las adquisiciones de bienes y de los pagos de servicios y otras prestaciones, efectuados por los Titulares o Usuarios de las Tarjetas emitidas por el Emisor a personas distintas de aquellas referidas en el artículo 100 de la Ley N° 18.045, en los doce meses previos. Para efectos de esta normativa también se incluirán los avances en efectivo.

En caso que cualquier entidad o entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, según dicho concepto se define en los términos del artículo 96 de la Ley N° 18.045, emita más de una Tarjeta, todas éstas se considerarán como una sola para los efectos de la aplicación de esta normativa.

III. EMPRESAS AUTORIZADAS PARA OPERAR TARJETAS

1. Sin perjuicio de la operación de Tarjetas de Crédito que pueden ejercer los Emisores a que se refiere el Título II anterior, podrán operar Tarjetas las sociedades anónimas constituidas en el país, cuyo objeto exclusivo

corresponda a la operación de Tarjetas y demás actividades complementarias a dicho giro específico que autorice la Superintendencia.

En todo caso, el referido objeto social podrá comprender, asimismo, la operación de Tarjetas de Débito con sujeción a las normas contenidas en el Capítulo III.J.2 de este Compendio, tratándose de empresas que, en su caso, hubieren obtenido u obtengan la autorización del Banco Central de Chile para operar Tarjetas de Débito.

En la circunstancia antedicha, al capital pagado y reservas exigido en conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III.J.2 de este Compendio, se le adicionará el que resulte de lo establecido en el numeral 3 del presente Título.

2. El Operador que resuelva prestar los servicios propios de su giro a otros Emisores o a entidades afiliadas no relacionados, deberá establecer, para la provisión de tales servicios, condiciones y exigencias públicas, generales, objetivas y no discriminatorias de contratación, por lo que una vez aceptadas dichas condiciones y exigencias, el Operador deberá otorgar acceso a los servicios que provea, sin exclusión alguna. Además, y en los mismos términos, deberá disponer de mecanismos que permitan su interconexión con otras redes y entidades relacionadas con la operación de Tarjetas, en las condiciones técnicas y de seguridad que sean acordes con su carácter de medio de pago; lo cual, asimismo, es sin perjuicio de observar la legislación y reglamentación que resulte aplicable a dicho Operador en cuanto se encuentre constituido como sociedad de apoyo al giro bancario, en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia de conformidad con sus atribuciones legales.

En todo caso, lo indicado en este numeral no conlleva la obligación del respectivo Operador de divulgar secretos empresariales o industriales protegidos de acuerdo a la legislación que resulte aplicable.

3. Las normas contempladas en el presente Título se aplicarán a las Empresas Operadoras a que se refiere el número 4 del Título I de este Capítulo.

Dichos Operadores deberán dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

i. Inscribirse previamente en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito a cargo de la Superintendencia, la que procederá a verificar el cumplimiento de las exigencias aplicables de conformidad con este Capítulo.

Con tal objeto, los Operadores que, en el ejercicio de sus actividades, queden comprendidos en alguna de las situaciones previstas precedentemente, según corresponda, deberán solicitar su inscripción a la Superintendencia dentro del plazo de 30 días, y acompañar los antecedentes pertinentes a dicho registro que exija la Superintendencia.

En el evento que la Superintendencia determine que la institución ha dado cumplimiento a la normativa descrita, y practique la correspondiente inscripción en el referido Registro, se entenderá que el Operador respectivo ha sido autorizado para dar inicio o continuar ejerciendo el giro mencionado.

La Superintendencia podrá solicitar la opinión del Banco Central de Chile en relación con la inscripción que se solicite.

ii. Acreditar ante la Superintendencia, y mantener en todo momento, un capital pagado y reservas no inferior a 25.000 Unidades de Fomento. El cumplimiento de dicho requisito se verificará ante la Superintendencia, en la forma, términos y con la periodicidad que ésta determine.

iii. Tratándose de Empresas Operadoras que otorguen sus servicios a uno o más Emisores cuyas Tarjetas registren un monto total de pagos superior a 1.500.000 de Unidades de Fomento en un año calendario, el requisito de capital pagado y reservas mínimo aplicable al Operador respectivo ascenderá a 100.000 Unidades de Fomento.

Para fines de lo previsto en el párrafo precedente, si el monto total de pagos en el ejercicio anual anterior resultare una mayor exigencia de capital pagado y reservas y la Empresa Operadora no se encontrare encuadrada en la suma superior de capital pagado y reservas que corresponda mantener en el respectivo ejercicio anual, el referido Operador deberá dar cumplimiento a dicho requisito en el curso del primer semestre del año correspondiente contado desde la fecha de aprobación del respectivo estado financiero anual y, en todo caso, dentro del plazo que vence el 31 de julio de dicho año.

iv. Observar las normas que establezca la Superintendencia en materia de gestión y control de riesgos operacionales y tecnológicos, de requisitos de acceso, interconexión e información, incluyendo lo referido a los antecedentes que deberán proporcionarse en cuanto a las tarifas por los servicios que presten a los Emisores o entidades afiliadas que contraten los mismos.

v. El Operador que contraiga directamente la responsabilidad de pago de alguno de los Emisores comprendidos en el Título II anterior, deberá, además, cumplir con lo establecido en la letra B del Título II de este Capítulo, específicamente con lo dispuesto en sus literales iii) al xi).

En todo caso, para el cumplimiento del requisito de reserva de liquidez previsto en la normativa antedicha, la exigencia aplicable al Operador que hubiere asumido la responsabilidad de pago frente a las entidades afiliadas, se

establecerá de acuerdo al monto promedio de pagos efectuados en relación con el o los Emisores respecto de los cuales ese Operador hubiere contraído directamente la responsabilidad de pago. Para los efectos indicados, el Operador podrá computar como parte de la reserva de liquidez constituida, las garantías vigentes que le hubieren otorgado los Emisores, con el objeto de caucionar las obligaciones que se originen producto de la referida responsabilidad de pago asumida por el Operador.

Las garantías aludidas podrán consistir en boleta de garantía bancaria; carta de crédito bancaria irrevocable y pagadera a su sola presentación emitida por un banco de la más alta categoría de riesgo; póliza de seguro otorgada por compañías de seguros de primer nivel; u otra caución de al menos igual calidad y liquidez. Mientras sean computadas para los efectos de que trata este literal, las referidas garantías deberán encontrarse libres de gravámenes, prohibiciones, embargos, medidas precautorias, derechos reales o medidas que priven, limiten o afecten su libre disposición; circunstancias que deberán ser acreditadas a la Superintendencia en la forma y ocasión que esta determine.

4. La normativa contenida en el presente Título III aplicable al Operador en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 N° 7 de la Ley Orgánica Constitucional que rige al Banco Central de Chile, es sin perjuicio de la regulación y demás instrucciones que establezca la Superintendencia tratándose del Operador constituido en carácter de sociedad de apoyo al giro bancario autorizada por dicha Superintendencia.

IV. TARJETAS DE CRÉDITO EMITIDAS EN EL EXTRANJERO PARA SU USO EN TERRITORIO NACIONAL

1. Las Tarjetas emitidas en el extranjero correspondientes a una misma marca que se emita en Chile por parte de las entidades referidas en el Título II de este Capítulo, podrán ser aceptadas por las entidades afiliadas, siempre que así se hubiere convenido en el respectivo contrato, en tanto la entidad que sea titular de la propiedad o la licencia de uso de la marca contrate su administración en el país con un Operador nacional, debidamente autorizado. En tal caso, la responsabilidad de pago a la entidad afiliada recaerá sobre el Operador, sin perjuicio del derecho de éste a obtener el reembolso o restitución del emisor externo.

2. Las Tarjetas emitidas en el extranjero y que no se encontraren en la situación prevista en el numeral precedente, solo podrán ser utilizadas en Chile de acuerdo con alguna de las siguientes modalidades:

i. Que el Emisor extranjero contrate la administración de la Tarjeta en Chile con un Operador nacional sujeto al presente Capítulo, en cuyo caso la responsabilidad de pago a las entidades afiliadas recaerá sobre dicho Operador.

ii. Que el Emisor extranjero actúe en Chile a través de alguna empresa bancaria autorizada por la Superintendencia para estos efectos.

En esta situación, corresponderá a la empresa bancaria, actuando como mandatario del Emisor extranjero, efectuar los pagos a las entidades afiliadas, la que para estos efectos no tendrá el carácter de Operador. En todo caso, la responsabilidad por el pago recaerá siempre sobre el mandante.

En las situaciones descritas en los literales i) y ii) anteriores, y en forma previa a la utilización de las referidas Tarjetas en el país, el interesado deberá proporcionar información al público sobre el Emisor y la marca de la respectiva Tarjeta, en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia.

V. SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA EMITIR U OPERAR TARJETAS

1. En las situaciones que se indican, la Superintendencia podrá suspender, por resolución fundada y hasta por el plazo que determine, el que en todo caso no podrá ser superior a 90 días corridos, la autorización otorgada al Emisor u Operador de Tarjetas para realizar cualquiera de las actividades previstas en los numerales 1.3 y 1.4 de este Capítulo, según determine. En las mismas situaciones la Superintendencia podrá revocar la autorización antedicha, previo informe favorable del Consejo del Banco Central de Chile:

i. En caso de incumplimiento grave o reiterado de las normas contenidas en este Capítulo o de las instrucciones que imparta la Superintendencia, previo informe emitido en tal sentido por dicho Organismo Fiscalizador;

ii. En el evento que la emisión u operación del medio de pago no se ajuste a sanas prácticas de administración financiera y seguridad operacional y así lo haya determinado la Superintendencia;

iii. Si el capital pagado y reservas se redujere a una cantidad inferior al mínimo establecido en estas normas, y la entidad afectada no hubiere cumplido con el plan de normalización que le hubiere aprobado la Superintendencia; y,

iv. Cuando se infrinjan las normas sobre reserva de liquidez en los casos que resulte aplicable.

2. En caso que la Superintendencia suspenda o revoque la autorización para emitir u operar Tarjetas, deberá dictar las instrucciones necesarias para adecuar el funcionamiento y dar término a las operaciones pendientes de la empresa afectada. En estos casos, la Superintendencia podrá requerir que se pongan a su disposición los sistemas de información y administrativos correspondientes, como cualquier otro antecedente que estime conveniente.

Los Emisores a los cuales se suspenda la autorización, no podrán suscribir nuevos contratos con Operadores, mientras dicha suspensión se encuentre vigente. Asimismo, los Emisores o, en su caso, los Operadores afectos a la medida de suspensión, no podrán emitir nuevas Tarjetas o afiliarse a otras entidades, mientras dicha suspensión se encuentre vigente.

En caso de revocarse la referida autorización para ejercer el giro sujeto a esta normativa, y a partir de la fecha indicada en la resolución, el Emisor u Operador afectado no podrá continuar desarrollando dicho giro salvo para dar cumplimiento a las operaciones pendientes, quedándole impedido, por lo tanto, contraer en adelante, nuevas obligaciones en dinero con las entidades afiliadas vinculadas a la utilización de la Tarjeta como medio de pago. La Superintendencia verificará el término de las actividades comprendidas en dicho giro.

Del mismo modo, tratándose de Operadores que otorguen servicios de administración respecto de Emisores de Tarjetas de Crédito y de Débito, las medidas de suspensión y revocación indicadas, y sus efectos, se aplicarán respecto de las actividades relacionadas con ambos instrumentos de pago.

3. Lo establecido en este Título es sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer la Superintendencia en ejercicio de sus facultades legales.

VI. FISCALIZACIÓN

La Superintendencia, en el ejercicio de sus atribuciones legales contenidas en el Título I de la Ley General de Bancos, dictará las normas e instrucciones que se requieran para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Capítulo y fiscalizará su cumplimiento con las facultades que le otorga dicha legislación respecto de las instituciones fiscalizadas, en todos aquellos aspectos relacionados con la actividad de emisión y operación de Tarjetas regulada por esta normativa dictada por el Banco Central de Chile de conformidad con el artículo 35 N°7 de su legislación institucional.

En este contexto y para fines exclusivos de la fiscalización de que trata el artículo 2° de la Ley General de Bancos respecto de los Emisores y Operadores sujetos a esta normativa, la Superintendencia establecerá mediante norma de carácter general la forma, periodicidad y contenido de la información que deberán proporcionar o remitir los Emisores a ese Organismo sobre los créditos que otorguen a los Titulares de las Tarjetas que emitan.

VII. INFORMACIÓN MÍNIMA

La Superintendencia publicará en su sitio web, en los términos y con la periodicidad que determine, en carácter de información mínima respecto de los Emisores regidos por la letra B del Título II del presente Capítulo, antecedentes referidos a las siguientes materias:

1. Los pagos y cartera de créditos asociada a los referidos Emisores;

2. El monto total de pagos mensuales y la proporción de estos efectuados a entidades afiliadas no relacionadas;

3. Monto total de pagos mensuales, distribuidos de acuerdo al número de días convenido o aplicado para efectos de su pago a las entidades afiliadas no relacionadas, dentro del plazo máximo previsto en el presente Capítulo.

4. En lo concerniente a las carteras de crédito asociadas a las respectivas Tarjetas, la información que se determine por la Superintendencia sobre el perfil de riesgo de los créditos contenidos en dicha cartera.

Los Operadores que asuman responsabilidad de pago deberán proporcionar la misma información antedicha, respecto de los numerales 1, 2 y 3 anteriores, en los términos que determine la Superintendencia.

VIII. DEL REGISTRO DE EMISORES Y OPERADORES

1. Las empresas bancarias y cooperativas de ahorro y crédito a que se refiere el Título II anterior, quedarán inscritas en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito con el solo mérito de la autorización para funcionar que le otorgue la Superintendencia o, en su caso, por haber quedado sujetas a su fiscalización. Sin perjuicio de lo señalado, las referidas instituciones financieras deberán comunicar oportunamente a la Superintendencia las decisiones que adopten en materia de emisión u operación de Tarjetas, considerando, al menos, la o las marcas de Tarjetas comprendidas en dichas actividades y si su operación corresponde a la modalidad nacional o internacional.

2. Las Empresas Emisoras u Operadoras de Tarjetas que estén comprendidas en la letra B del Título II, o en el Título III del presente Capítulo, según

corresponda, deberán solicitar previamente a la Superintendencia que se proceda a su inscripción en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, y luego de obtenido su registro podrán iniciar o continuar ejerciendo las operaciones normadas por este Capítulo. Con tal objeto, la mencionada solicitud de registro que se presente a la Superintendencia, deberá incluir los antecedentes que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en este Capítulo.

La Superintendencia deberá pronunciarse sobre la solicitud antedicha dentro del plazo de 60 días corridos, contado desde la fecha en que se acompañe la documentación requerida a objeto de tener por acreditado el cumplimiento de los mencionados requisitos

3. En caso que algún Emisor de aquellos indicados en la letra B del Título II u Operador contemplado en el Título III, determine poner término en forma voluntaria a su giro, deberá comunicarlo previamente a la Superintendencia y acreditar ante dicho Organismo, con la documentación que el mismo le requiera, que se encuentra debidamente resguardado el cumplimiento de las obligaciones pendientes derivadas de dicho giro.

NORMAS TRANSITORIAS

1. Los Emisores no bancarios y Operadores que se encuentren actualmente inscritos en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, dispondrán del plazo de un año desde la fecha de entrada en vigencia de esta normativa, para adecuarse a los nuevos requisitos que se establecen en la letra B del Título II y en el Título III de este Capítulo, según corresponda, incluidos aquellos referentes a materias de gestión y control de riesgos, en los términos y condiciones que se contemplen en el respectivo plan de adecuación que deberá ser presentado a la Superintendencia a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Para los efectos indicados, la Superintendencia dictará las normas e instrucciones referentes a la forma y oportunidad en que deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos que se incorporan en esta normativa, especialmente en lo concerniente al tipo social, la exigencia de contar con objeto social exclusivo; el nivel mínimo de capital pagado y reservas aplicable, la reserva de liquidez pertinente; las normas relativas a la gestión y control de riesgos; y proporcionar la información exigida en conformidad con este Capítulo.

2. Los Emisores y Operadores de Tarjetas que no se encuentren inscritos en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, de conformidad con lo previsto en la letra B del Título III o en el Título IV del Capítulo III.J.1 vigente a la fecha de publicación del Acuerdo de Consejo N° 1749-01-130418 y que por aplicación de las nuevas normas previstas en este Capítulo deban solicitar a la Superintendencia su incorporación en el señalado Registro con el objeto de continuar ejerciendo el respectivo giro conforme a la referida normativa, dispondrán de un plazo que concluirá el 31 de diciembre de 2013 para solicitar su inscripción provisional en dicho Registro y junto con ello, presentar un plan de adecuación a la Superintendencia.

Con tal objeto, la mencionada solicitud deberá incluir los antecedentes que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el Título II, en la Letra B; o el Título III, de este nuevo Capítulo según sea el caso, procediéndose en lo demás conforme a las normas referidas del citado Capítulo.

En todo caso, los Emisores y Operadores de que trata esta disposición transitoria, que a la fecha de su inscripción provisoria en el Registro no cumplan con alguno de los requisitos contemplados en el Capítulo indicado, dispondrán del mismo plazo establecido en el numeral 1 de estas Normas Transitorias que vence el 22 de julio del año 2014, para adecuarse a tales exigencias y solicitar su inscripción definitiva, para lo cual junto a la mencionada solicitud deberán

acompañar los antecedentes que acrediten el cabal cumplimiento de dichos requisitos.

VIGENCIA

El presente Capítulo regirá a contar del día 22 de julio de 2013.

1. Emisión de Tarjetas de Crédito.

De conformidad con las disposiciones del Capítulo III.J.1 del Compendio de Normas Financieras, del Banco Central de Chile, las entidades que emitan u operen sistemas de tarjetas de crédito deberán estar inscritas en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito de esta Superintendencia. Para los efectos de estas instrucciones y de acuerdo con la definición entregada por el Banco Central de Chile, se entiende por “tarjeta de crédito” cualquier instrumento que permita a su titular o usuario disponer de un crédito otorgado por el emisor, utilizable en la adquisición de bienes o en el pago de servicios prestados o vendidos por las entidades afiliadas con el correspondiente emisor u operador, en virtud de convenios celebrados con estas, que importen aceptar el citado instrumento como medio de pago, sin perjuicio de las demás prestaciones complementarias que puedan otorgarse al titular o usuario.

Los bancos quedan inscritos en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, en calidad de emisores, por el solo hecho de contar con autorización de esta Superintendencia para funcionar, pudiendo operar por si mismos las tarjetas que emitan o contratar la operación total o parcial de las mismas a una o más entidades que se encuentren inscritas como operadoras.

Los bancos no podrán actuar como operadores de tarjetas emitidas por terceros. Para los efectos de estas normas, se entiende que un banco no actúa en calidad de operador en los siguientes casos en que la responsabilidad de pago recae sobre el emisor: i) cuando paga a los establecimientos comerciales las adquisiciones de bienes o servicios efectuadas mediante tarjetas de la

misma marca, pero emitidas por otra entidad emisora del país; o, ii) cuando sea autorizado por esta Superintendencia para actuar como mandatario de un emisor de tarjetas de crédito situado en el extranjero, en los términos previstos en el Título IV del Capítulo III.J.1 antes mencionado.

2. Información de tarjetas que decidan emitir.

Los bancos deberán informar a esta Superintendencia las marcas de las tarjetas de crédito que decidan emitir, con anterioridad a su puesta en circulación, debiendo indicar si ellas podrán ser usadas en el exterior o sólo en el mercado nacional.

3. Contratos.

El Banco Central de Chile ha dispuesto los contenidos mínimos de los contratos que deben suscribirse entre el Emisor y los Titulares o Usuarios de tarjetas de crédito. Para los demás contratos, esto es, los que tocan el ámbito de fiscalización de esta Superintendencia y que deben suscribirse entre los Emisores, Operadores y las personas que aceptan las Tarjetas como medio de pago, las entidades fiscalizadas se atenderán a los siguientes criterios generales:

3.1. Contratos con las entidades afiliadas.

Los contratos que celebren los emisores, o los operadores es su caso, con los establecimientos afiliados que se comprometen a vender bienes o a prestar servicios a los titulares de sus tarjetas, deberán especificar debidamente todas las obligaciones y derechos de las partes, debiendo en todo caso estipularse:

- La responsabilidad de pago a las entidades, en los plazos convenidos con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III.J.1, especificando el momento a partir

del cual se computan tales plazos, de acuerdo a las diferentes modalidades de pago puestas a disposición del tarjetahabiente.

- Los procedimientos y mecanismos de conciliación y validación de las transacciones y de los montos que deben ser pagados a las entidades afiliadas, así como aquellos para realizar reclamos y solicitar rectificaciones.

- Las medidas de seguridad que las partes deben considerar para precaver el uso indebido de la tarjeta y para cautelar la integridad y certeza de las transacciones efectuadas por medio de dicho instrumento.

- Responsabilidad económica que le cabe a cada parte, ante el uso indebido de las tarjetas o por los eventuales errores que pudiesen existir en la validación de las transacciones.

- La identificación de las redes y sistemas disponibles, para la transmisión electrónica de la autorización y captura de las transacciones efectuadas.

- Las causales para la suspensión de servicios, que tengan su origen en incumplimientos por parte de la entidad afiliada, junto a las condiciones y plazos para la reposición de los mismos.

- La responsabilidad del emisor u operador respecto de la continuidad del servicio, así como los procedimientos de contingencia y eventuales compensaciones a la entidad afiliada, ante una interrupción de los mismos.

- Identificación de las marcas de tarjetas a las que es aplicable el contrato, así como una mención al derecho del establecimiento afiliado de elegir cuáles acepta.

- Estructura tarifaria aplicable a cada uno

3.2. Contratos entre Emisores y los Operadores.

Los bancos que encarguen la administración de sus tarjetas a un operador, dejarán claramente establecidos en los contratos los actos que constituyen

dicha administración y las obligaciones que emanan de ella y que contraen ambas partes. Entre los aspectos mínimos que deben ser abordados en los contratos están:

- Identificación de los servicios contratados y de los requisitos y estándares de operación requeridos para la prestación de cada uno de ellos.
- La responsabilidad del operador respecto de la continuidad de los servicios contratados, así como los procedimientos de contingencia y eventuales compensaciones, ante una interrupción de los mismos.
- Los servicios que pueden ser externalizados por parte del operador y aquellos que requieran contar con consentimiento particular del emisor.
- Estructura tarifaria aplicable a cada uno de los servicios contratados, así como su periodicidad y formas de pago.
- La responsabilidad de la empresa operadora para cautelar la seguridad y el oportuno procesamiento y validación de las transacciones, así como las obligaciones económicas que se originen ante errores y transacciones indebidas.
- La responsabilidad del operador de mantener un adecuado orden de los archivos con el registro de las operaciones procesadas, así como de los documentos que respaldan esas transacciones.
- Las obligaciones que le caben a cada una de las partes, en relación a la oportuna liquidación de los pagos.

Igualmente, en los contratos deberá especificarse en forma expresa que las bases de datos que se generen, con motivo de los procesos administrativos de las tarjetas de crédito, son de exclusiva responsabilidad de los respectivos emisores u operadores en su caso y, por ende, su uso o la información que de ellas puede obtenerse no puede ser utilizada por terceros.

4. Sobre las características y el uso de las tarjetas

4.1 Información en las oficinas de atención de público.

Los bancos deberán mantener en su sitio web y en las oficinas en que ofrezcan sus tarjetas de crédito al público, una amplia información acerca de las marcas, tipo de tarjetas ofrecidas, requisitos para optar a ellas, sus principales características y condiciones de uso, así como de las comisiones y/o cargos a que están afectas, tanto en monto o tasa, como los conceptos por los cuales se cobra y la periodicidad de esos cobros.

4.2. Características de las tarjetas

Las tarjetas de crédito son intransferibles y deben emitirse con observancia de las mejores prácticas existentes en este negocio. Las tarjetas deberán contener, a lo menos, la información que permita conocer: la marca, el nombre del emisor, su numeración codificada y el nombre del titular o de la persona autorizada para su uso, cuando se trate de tarjetas adicionales.

4.3. Información al usuario para el manejo de las tarjetas.

Los bancos deben instruir a los usuarios acerca de las precauciones que deben tener en el manejo de sus tarjetas físicas y de los medios en que ellas pueden ser utilizadas, especialmente para mantener en resguardo las claves personales, así como de las principales normas que rigen su uso.

4.4. Pérdida, hurto, robo, falsificación o adulteración de la tarjeta.

Conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.009, el emisor u operador, según corresponda, deberá mantener los servicios de comunicación que le permitan al titular avisarle en cualquier momento y en forma gratuita, el extravío, hurto, robo, falsificación o adulteración de su tarjeta.

El banco deberá mantener informado a sus clientes, proporcionando al menos información por escrito al momento de contratar el servicio y manteniéndola en un lugar destacado de su sitio web, del procedimiento que un afectado debe seguir y la vía que puede utilizar para dar el correspondiente aviso.

En esa información se debe indicar siempre el número telefónico de atención permanente que se haya habilitado para ese servicio y que debe estar disponible todos los días del año, durante las 24 horas, para recibir dichos avisos, como también del uso de los otros medios que haya establecido para ese fin. El banco o el operador, en su caso, deberá registrar la recepción del aviso tan pronto lo reciba y proporcionar al tarjetahabiente en ese mismo momento y por la misma vía por la que lo recibió, un número o código de recepción y la constancia de la fecha y hora de ingreso.

5. Disposición transitoria.

La aplicación de las nuevas normas contenidas en el N° 3 de este Capítulo, será obligatoria para los contratos que se celebren a contar del 2 de enero de 2014.

Acuerdo N° 1286-02-060810

El Consejo del Banco Central de Chile, en su Sesión Ordinaria N° 1286, celebrada el 10 de agosto 2006, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Orgánica Constitucional que lo rige, en relación con lo planteado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, interpretó el sentido y alcance de su Acuerdo N° 1250E-01-060227, en los siguientes términos:

- 1.- Que el cumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en la Disposición Transitoria N° 1 del Capítulo III.J.1 del Compendio de Normas Financieras, por parte de los emisores y operadores no bancarios de tarjetas de crédito, respecto de la inscripción en el Registro a cargo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, puede igualmente cumplirse dentro del término de un año contado desde la fecha de la inscripción en dicho Registro.
- 2.- Que en cuanto a la inscripción de los referidos emisores u operadores en dicho Registro, respecto de la obligación contenida en el Anexo N° 2 del mencionado Capítulo, sobre entrega de una opinión de la suficiencia de las políticas de gestión y control de riesgos por parte de auditores externos, pueda cumplirse mediante Informe de Procedimientos Acordados, consistente en un conjunto de actividades estructuradas que fijen el orden y la forma de evaluar la gestión de esas entidades por parte de las empresas auditoras respectivas, en los términos que determine la Superintendencia.
- 3.- Que la obligación de que trata el Anexo N° 1 del referido Capítulo, sobre evaluación de gestión y control de riesgos aplicable a los emisores no bancarios de tarjetas de crédito que paguen sus obligaciones al contado o dentro de tercero día, se cumpla mediante Informe de Procedimientos

Acordados con los auditores o evaluadores externos respectivos, en los términos que establezca la Superintendencia.

Que no existe inconveniente normativo para que la Superintendencia pueda requerir dicho Informe a los demás emisores no bancarios de tarjetas de crédito, en los términos que considere pertinentes.