



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN
EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N° 20.009**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

Autor: Nickolas Esteban Mena Palma

Profesor Guía: Miguel Soto Piñeiro

SANTIAGO, CHILE

2017

A Fanny Palma Navarrete, mi madre.

ÍNDICE.

A. RESUMEN	5
B. INTRODUCCIÓN	6
B.1. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	6
B.2. BASES NORMATIVAS	8
<i>B.2.1. Ley 20.009.....</i>	<i>8</i>
<i>B.2.2. Normas y acuerdo del Banco Central.....</i>	<i>10</i>
<i>B.2.3 Código Penal.....</i>	<i>11</i>
<i>B.2.4 Normas de la Superintendencia de Bancos e instituciones financieras.....</i>	<i>11</i>
C. CAPÍTULO PRIMERO: “LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO”	13
C.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	13
C.2 CONCEPTO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN CHILE	15
C.3 ES SISTEMA DE PAGO.....	17
C.4 MARCO REGULATORIO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO.....	21
C.5 OBJETO MATERIAL CONTEMPLADO EN EL ART. 5 DE LA LEY 20.009.....	23
D. CAPÍTULO SEGUNDO: MODELO DE INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO	27
D.1 MODELOS DE INTERVENCIÓN LEGISLATIVA	27
D.2 TIPIFICACIÓN GENÉRICA DEL ILÍCITO	27
D.3 TIPIFICACIÓN EXHAUSTIVA DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS	29
E. CAPÍTULO TERCERO: “ANÁLISIS DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 20.009	32
E.1 APROXIMACIÓN SISTEMÁTICA AL USO INDEBIDO DE TARJETAS COMO MEDIO DE PAGO	32

<i>E.1.1 Tratamiento como delito informático.....</i>	<i>33</i>
<i>E.1.2 Tratamiento como falsificación de moneda.....</i>	<i>34</i>
<i>E.1.3. Tratamiento como falsificación de instrumento privado.....</i>	<i>37</i>
<i>E.1.4 Tratamiento como delito de estafa.....</i>	<i>43</i>
<i>E.1.5 Tratamiento como delito de fraude de seguro.....</i>	<i>45</i>
E.2 ARTÍCULO 5 DE LA LEY 20.009 DE USO FRAUDULENTO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO	49
<i>E.2.1. Análisis del Tipo penal.....</i>	<i>50</i>
<i>E.2.2 Bien jurídico protegido.....</i>	<i>57</i>
<i>E.2.3 Antijuricidad y culpabilidad.....</i>	<i>60</i>
<i>E.2.4 Iter criminis.....</i>	<i>65</i>
<i>E.2.5 Circunstancia modificadora de la responsabilidad. Agravante.....</i>	<i>71</i>
F. CAPÍTULO CUARTO: “SITUACIÓN POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY Nº 20.009.....	76
F.1 ASPECTOS POSITIVOS GENERADOS CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY	76
<i>F.1.1 Tipo penal único.....</i>	<i>76</i>
<i>F.1.2 Relación interna de los intervinientes.....</i>	<i>78</i>
F.2 ASPECTOS NEGATIVOS GENERADOS CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY	79
<i>F.2.1 Tratamiento independiente dentro del derecho penal.....</i>	<i>79</i>
<i>F.2.2 Verbos rectores difusos.....</i>	<i>82</i>
<i>F.2.3 Objeto de la figura típica, tarjetas de crédito y débito.....</i>	<i>84</i>
<i>F.2.4 Uso de claves no asociadas a las tarjetas de crédito o débito.....</i>	<i>86</i>
<i>F.2.5 Definición del bien jurídico y su alcance.....</i>	<i>88</i>
G. CAPÍTULO QUINTO: CONCLUSIONES.....	90
H. BIBLIOGRAFÍA	95

A. RESUMEN.

La inventiva y creatividad del ser humano da frutos día a día en todas las áreas imaginables, es por lo mismo que el ordenamiento jurídico no queda ajeno a este avance y cumple su importante rol social intentando dar respuesta oportuna y atinente cuando estos avances se ven vulnerados o se utilizan con fines delictuales. En ese mismo orden de cosas, tarjetas de crédito y débito son indispensables en el tráfico económico a lo largo de todo el país y en toda clase de operaciones comerciales. El presente trabajo de investigación tiene por objetivo realizar un examen crítico desde el punto de vista del Derecho Penal, del tipo que se encuentra recogido en el numeral 5 de la Ley N°20.009, esto es, las conductas que constituyen delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito. Partiendo por definir el marco normativo vigente en Chile, pasando por los modelos aplicables en el derecho comparado, la cercanía del artículo 5 con otros ilícitos penales, el estudio pormenorizado de cada uno de sus supuestos fácticos, finalizando con los aciertos y críticas que se le pueden formular al legislador.

B. INTRODUCCIÓN.

B.1. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Nos encontramos inmersos en un mundo que progresa al alero de los avances tecnológicos, estos son de tal trascendencia que modifican de manera sustancial la forma de relacionarnos entre nosotros y con nuestro entorno, llegando a ser herramientas fundamentales e indispensables para desenvolvemos en el día a día. Así mismo, en la actualidad existe un mayor acceso a bienes y servicios en cuanto a su diversidad, precio y celeridad para obtener estos como nunca antes.

En este nuevo mundo, que nos entrega mecanismos para mejorar la calidad de vida, y facilitarla en varios sentidos, es donde se va desarrollando de manera acelerada el comercio electrónico, paralelamente y por contrapartida, es que se aprecia una ostensible evolución en los métodos para delinquir o utilizar estos mismos avances para cometer una defraudación. De la misma forma en que en la Edad Moderna los delincuentes se esmeraban tratando de falsificar de la manera más pulcra posible los nuevos instrumentos de comercio, como las letras de cambio y pagarés, es que en la actualidad se trata de combatir los ataques a los nuevos contenedores a los cuales la sociedad le ha otorgado cierto valor liberatorio.

Las tarjetas de crédito o débito se han transformado en la forma por la cual una persona efectúa una transacción comercial en nuestro país, su masividad se debe a la comodidad en su uso, a los beneficios entregados por los establecimientos que las

aceptan y al respaldo de una tecnología que da cierta seguridad al tarjetahabiente (denominación que usaremos en este trabajo para referirnos al titular de una tarjeta de crédito o débito). Es esta misma masividad (que cada día va dejando en segundo plano al dinero), la que obliga al legislador a estar atento a las nuevas formas de ilícitos, en un mundo donde estos van cambiando de forma dinámica, para responder de una manera certera a las nuevas formas de responsabilidad existentes tanto desde la perspectiva penal como civil.

Es en este contexto que nace la ley 20.009, que viene a regular el escenario en que se encontraba el tarjetahabiente que sufría el robo, hurto o extravío de su tarjeta, protegiéndolo y limitando su responsabilidad por los perjuicios sufridos, a su vez se crea un nuevo tipo penal especial para este caso, consagrando el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito, que no se encontraba sistematizado en nuestro actual Código Penal.

La presente tesis abordará particularmente en detalle el artículo 5 de la ley 20.009, su relevancia, sus distintas hipótesis de comisión del ilícito y el bien jurídico protegido. Para este análisis comenzaremos en primer lugar por definir lo que se entiende jurídicamente por Tarjeta de crédito y débito, así como sus conceptos y características básicas, sus antecedentes históricos, la forma en que se relacionan los distintos agentes económicos para la realización del pago, el marco regulatorio de las mismas y el objeto que este artículo busca al regular la responsabilidad del dueño de la tarjeta por el robo, hurto o extravío de esta.

En el segundo capítulo desarrollaremos los modelos de intervención legislativa en el delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, analizando los distintos modelos usados en el derecho comparado, finalizando con ayuda de la historia de la

ley describiendo el modelo por lo que optó nuestro legislador distinguiendo los pros y contras del mismo.

Posteriormente se analizará en detalle el nuevo tipo penal que nos entrega el artículo 5 de la ley 20.009, como este problema era tratado con anterioridad a la entrada en vigencia de ésta ley, así mismo se desarrollará el origen de la ley y se desglosará su particularidad bajo la perspectiva del derecho penal.

En el capítulo cuarto se examinará los cambios que se producen con la entrada en vigencia de la ley 20.009, exponiendo los aspectos positivos y negativos que trae consigo esta norma, así cómo los debates que se han suscitado en la doctrina, los cuales estarán centrados en problemas como, por ejemplo, el establecimiento de verbos rectores difusos, un bien jurídico que en la jurisprudencia no está alejado de discusión y el objeto material que cambiará según la hipótesis en que recaiga la acción.

Por último, a modo de conclusión, esbozaremos a la luz de la normativa y doctrina estudiada, las ideas principales que rescataremos en este trabajo, a su vez la importancia de la ley 20.009 y los principales cambios que introdujo, también entregaremos algunas propuestas respecto a los cambios que se podrían hacer a la normativa para evitar los debates que se generan en nuestros Tribunales de Justicia respecto a su aplicabilidad, alcance o bien jurídico protegido.

B.2. BASES NORMATIVAS.

B.2.1. LEY N° 20.009

Eje central de nuestro trabajo, esta ley viene a regular un vacío en nuestro ordenamiento, principalmente limitando la responsabilidad de los tarjetahabientes estableciendo una presunción simplemente legal en su favor. En un principio la iniciativa nace sólo entregando una protección de carácter civil a las personas que luego de que le son sustraídas sus tarjetas dan aviso oportuno a ente emisor. La modificación e introducción de una norma de carácter penal solo se da en el segundo trámite constitucional, en este caso en el Senado, y a petición del Senador Lavanderos quien a consejo de su asesor señala que sería procedente una norma que regule y tipifique el hecho como un ilícito de carácter penal¹.

Especial atención se le dará a número 5 de la mencionada ley, que tipifica el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito, entregando seis hipótesis de conducta que constituyen el delito. A saber:

“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.

¹ Historia de la Ley N° 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005, pág. 70.

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.”

B.2.2. NORMAS Y ACUERDOS DEL BANCO CENTRAL

De suma importancia al ser esta institución la que inicia la regulación de esta materia, particularmente en el Compendio de Normas del Banco Central, que entrega la definición de los conceptos claves como Tarjeta de Crédito, Empresa Emisora u Operadora de Tarjetas, así como qué instituciones están acreditadas para participar de este tráfico comercial y la fiscalización a que quedan sujetas por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. A su vez también establece los requisitos necesarios para formar una empresa Operadora de Tarjetas y las infracciones en que pueden incurrir estas instituciones.

B.2.3 CÓDIGO PENAL

De relevancia para el cabal entendimiento de nuestro trabajo, toda vez que antes de la entrada en vigencia de la ley 20.009 se debía recurrir a las medidas que entregaba este cuerpo legal. Particularmente ahondaremos el delito de apropiación (artículo 423), delito de hurto (artículo 432), delito de falsedad (artículos 197 y 198), normas sobre receptación y encubrimiento (artículos 456 bis y 17) y respecto al perjuicio patrimonial sufrido (artículo 197, 470 y 471), y por último los artículos 467 y 75 en lo atinente a la calificación de la pena.

B.2.4. NORMAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

Importante conjunto de normativas ya que es el Banco Central es el que le entrega a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la facultad de dictar normas y de fiscalizar a las empresas Emisoras y Operadoras de Tarjetas de Crédito y Débito, es por medio de la Circular N° 3.553 del 23 de septiembre de 2013 que encontramos en su capítulo 8-3 la recopilación actualizada de normas sobre Tarjetas de Crédito, que trata la emisión de tarjetas, la información de tarjetas que decidan emitir, el contenido de los contratos que se suscriben entre emisor y los titulares o usuarios de tarjetas, los contratos con las entidades afiliadas (responsabilidades asociadas, procedimientos para validar un pago, causales de suspensión del servicio, etc.), los contratos entre los Emisores y los Operadores

(responsabilidades asociadas al operador y la empresa, obligaciones de las partes, tarifa aplicable por los servicios contratados, etc.). También trata las características básicas y el uso de las tarjetas, información que se debe entregar al usuario para el manejo de las tarjetas, por último, en su apartado final se remite a la ley N° 20.009 respecto a la pérdida, hurto, robo, falsificación o adulteración de la tarjeta.

C. CAPÍTULO PRIMERO: LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO.

C.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El proceso de globalización y la existencia de transacciones comerciales cada vez más complejas, crearon la necesidad de contar con medios rápidos y confiables para la realización de estas últimas, es así como “se comenzaron a emplear documentos representativos de dinero cuya prestación especial consiste en pagar una cantidad de dinero²” sin embargo, no es hasta el siglo XIX en Estados Unidos donde comienza a generarse un sistema de crédito establecido a través de tarjetas, a “*inicios de 1800 comerciantes e intermediarios comerciales proveían crédito para la agricultura y bienes durables, mientras que ya para 1900 la mayoría de los hoteles y tiendas comerciales expendían tarjetas para sus más valiosos clientes*³” sin embargo, este sistema funciona como una especie de reconocimiento social de la tienda a sus clientes, no siendo por tanto extensible al público general o a establecimientos comerciales distintos de aquel que expendía dicha tarjeta, y no es hasta sino 1949, cuando con la fundación de DINNERS CLUB se crea un sistema de crédito multipropósito, el cual rápidamente se volvió aplicable en todo Estados Unidos,

²Sandoval, la tarjeta de crédito bancaria, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Pag. 71

³“Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry by Douglas Akers, Jay Golter, Brian Lamm, and Martha Solt. Pag 2. Original: *In the early 1800s, merchants and financial intermediaries provided credit for agricultural and durable goods, and by the early 1900s, major U.S. hotels and department stores issued paper identification cards to their most valued customers*
<https://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>

cuyo objetivo era para una clientela exclusiva y diseñada para entretenimiento y gastos de viaje ⁴.

El sistema de tarjeta bancario, se crea en 1951 en el alero del FRANKLIN NATIONAL BANK, donde “ella identifica el número de cuenta corriente del cliente y su línea de crédito⁵”; sin embargo este sistema fue perfeccionado por THE BANK OF AMERICA, quien diseñó un programa de tarjeta de crédito que logró sortear los problemas legales respecto a las restricciones territoriales existentes en la legislación estadounidense imperante en dicha época y que con el paso de los años generó lo que hoy conocemos como la tarjeta VISA⁶.

Con la creación de VISA y posteriormente de MASTERCARD (1958) y AMERICAN EXPRESS (1958)⁷ el mercado de las tarjetas de crédito se expandió llegando en la década de los sesenta a España⁸ y en los ochenta a Chile.

Mientras que, respecto de las tarjetas de débito, surgen con posterioridad a la creación de las tarjetas de crédito modernas, y son creadas nuevamente en Estados Unidos, en una iniciativa realizada por el Banco de DELAWARE en 1966 y en 1967, fue adoptado el formato por VISA⁹ siendo así difundido el modelo por todo el mundo.

⁴Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry by Douglas Akers, Jay Golter, Brian Lamm, and Martha Solt. Pág. 2.<https://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>

⁵Sandoval, la tarjeta de crédito bancaria, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Pag. 72

⁶Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry by Douglas Akers, Jay Golter, Brian Lamm, and Marth Solt. Pág. 2.<https://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>

⁷<https://info.bbva.com/es/noticias/economia/bancos/tarjetas/historia-de-las-tarjetas-de-credito/>

⁸<https://info.bbva.com/es/noticias/economia/bancos/tarjetas/historia-de-las-tarjetas-de-credito/>

⁹Instrumentos de bajo valor en Chile, evolución y tendencias SBIF: pagina 12.

C.2. CONCEPTO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN CHILE.

Las tarjetas de crédito en Chile, fueron introducidas en Chile en el año 1979 por la empresa BANCARD y su regulación se correspondió a la circular N° 1528-31 del Banco Central de Chile del año 1983¹⁰, ya que dentro de sus facultades constitucionales debe velar por la *“regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales”*¹¹, en este sentido, corresponde al Banco Central, autorizar a las entidades que puedan entregar tarjetas de crédito, los intereses aplicables a estos últimos y en general regular las directrices del mercado de las tarjetas de crédito, esto sin perjuicio de la fiscalización que le compete a otras instituciones, como la Superintendencia de Bancos e instituciones Financieras, a la cual en el art. 2 de la Ley General de Bancos, le entrega la *“fiscalización de las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar, siempre que dichos sistemas importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público o ciertos sectores o grupos específicos de él”*¹²

Las Tarjetas de Crédito son *“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*

¹⁰Sandoval, la tarjeta de crédito bancaria, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Pág. 72.

¹¹Art. 3. Ley orgánica constitucional del banco central de Chile

¹²Art. 2, inciso 2 del DFL n°3 del Ministerio de hacienda o Ley general de bancos.

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 Usuario¹³”.

En el mercado nacional las tarjetas suelen clasificarse entre las llamadas “**tarjetas de crédito bancarias**¹⁴” las cuales se encuentran asociadas a una cuenta corriente y línea de crédito bancaria respectiva y las “**tarjetas de crédito minoristas**¹⁵”, las cuales son entregadas por multitiendas o casas comerciales, ambas pese a provenir de entidades diferentes se encuentran bajo la supervigilancia de la SBIF y el Banco Central.

Además, la tarjeta de crédito o débito, en su soporte material corresponde 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*¹⁶”

Mientras que, las Tarjetas de Débito, introducidas en Chile en 1997 y corresponde a, “*cualquiera tarjeta u otro documento que identifica a su titular con su emisor y que sea utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema que cuenten con dispositivos electrónicos que operen con*

¹³Acuerdo N° 1749-01-130418 – Circular N° 3013-718

¹⁴Art. 35, número 3 de la ley que establece el deber del Banco Central “*Autorizar a las empresas bancarias para otorgar créditos en relación con las cuentas corrientes bancarias y para consentir sobregiros en las mismas*”

¹⁵Art. 35 numero 7, señala que es función del banco central “*Dictar las normas a que deberán sujetarse 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*”;

¹⁶Capítulo III.J.1 de compendio de normas financieras del Banco Central de Chile.

captura en línea de las transacciones y que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del Titular y acreditados en la cuenta del beneficiario, sólo si dichas transacciones son autorizadas y existen fondos suficientes¹⁷”, además, solo pueden ser otorgadas por bancos y cooperativas de ahorro que sean fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)¹⁸, a diferencia de las tarjetas de crédito, que como ya se mencionó pueden ser entregadas por Bancos u otras instituciones comerciales, como multitiendas.

C.3. EL SISTEMA DE PAGO

El sistema de pago, corresponde a la forma en la cual se interrelacionan los distintos agentes económicos a fin de facilitar la realización completa de la transacción comercial. Existen dentro de este concepto, dos sub clasificaciones,

- **Sistema de pago de alto valor:** corresponde a aquel sistema regulado por el Banco Central y en concordancia a diversas normas financieras internacionales “se procesan operaciones interbancarias, transacciones por cuenta de clientes y transacciones en el mercado de valores¹⁹”
- **sistema de pagos de bajo valor,** corresponde a aquel sistema de interacción

¹⁷Recopilación actualizada de normas de la SBIF capítulos 2-15, disponible en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/norma_125_1.pdf

¹⁸Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

¹⁹Gestión de pagos de alto valor, banco central de chile, 2012, pág. 6

de agentes económicos, en el cual “*es un conjunto de instrumentos, procedimientos y normas que permiten las transferencias de fondos entre los agentes económicos*”²⁰

Dentro del sistema de pagos de bajo valor, se encuentra el mercado de las tarjetas de crédito, es decir, corresponde a la forma en la que se regulan las interacciones entre las diversas instituciones que confluyen en el mercado de las tarjetas de crédito y/o débito, que permiten la realización del fin último del sistema, es decir el pago de la prestación realizada. Cabe mencionar que no debe confundirse, el concepto de sistema de pago, anteriormente dicho, con el concepto de medios de pago, los cuales dicen relación con el instrumento por el cual es posible realizar el pago de la prestación, como es el caso del efectivo, cheques y las mismas tarjetas de crédito.

En cualquier operación en el que se involucre un pago efectuado mediante tarjeta de crédito y/o débito intervienen los siguientes actores:

a) Agente Emisor: Corresponde a aquella persona jurídica que puede, contando con las autorizaciones legales correspondientes, otorgar una tarjeta de crédito. Para esto pueden celebrar ya sea “*directa o indirectamente (a través de operadores) contratos de afiliación con las entidades que acepten dicho instrumento como medio de pago, y asumen directa o indirectamente (delegación de la función a un operador) la responsabilidad de pagar las adquisiciones de bienes o servicios que efectúen sus titulares o usuarios en las entidades afiliadas.*”²¹ , es decir, el agente emisor puede

²⁰Instrumentos de bajo valor en Chile, evolución y tendencias SBIF: página 9

²¹Instrumentos de bajo valor en Chile, evolución y tendencias SBIF: página 9

operar por sí mismo las tarjetas de crédito que crea, o puede realizar la operación a través de agentes operadores, Dentro de estos agentes emisores podemos encontrar:

- **Agente Emisor Financiero:** los cuales corresponden a bancos y cooperativas de ahorro y crédito, por consiguiente se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y esta vigilancia contiene dos aspectos, en primer lugar, al funcionamiento de la tarjeta crediticia como instrumento de pago y además corresponde el resguardo de *“la estabilidad del sistema financiero, el compromiso de la fe pública involucrado en la captación de fondos del público y los recursos comprometidos por el Estado a través de la Garantía Estatal sobre los Depósitos²²”* , este criterio amplio de vigilancia y control, dice relación con el marco normativo involucrado respecto de los Bancos y las demás instituciones, reconociéndoles, su rol fundamental en el sistema de pagos, en general. .

- **Bancos:** las instituciones bancarias, son sociedades anónimas especiales, solo pueden constituirse con autorización de la Superintendencia y deben sujetarse a las normas de creación y funcionamiento establecidos en la Ley General de Bancos, y de manera subsidiaria a las normas establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas y su función consiste en *“captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la*

²²Instrumentos de bajo valor en Chile, evolución y tendencias SBIF: página 9

intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita”, asimismo el capítulo III J. 1 del Banco Central permite a las filiales de los bancos emitir tarjetas de créditos.

- **Cooperativas de Crédito y Ahorro:** las cooperativas son asociaciones que buscan el mejorar las condiciones de sus representados, sin embargo, respecto de las que se dediquen al giro único de crédito y ahorro quedan bajo la fiscalización de la SBIF si su patrimonio es superior a 400.000 UF y tienen como fin único la intermediación financiera en beneficio de sus socios²³.

- **Agente Emisor No Financiero:** son en resumidas cuentas todos aquellos emisores no comprendidos bajo la designación anterior, y podemos encontrar dentro de ellos a multitiendas, supermercados y farmacias, los cuales sin perjuicio de los organismos fiscalizadores dentro de su giro y funcionamiento, se encuentran bajo control de la SBIF, sin embargo, este control, se trata de un control más laxo, en el entendido que su objetivo es resguardar a las tarjetas de crédito como instrumentos de pago *“De ello se deriva el alcance acotado de la regulación, el que deja fuera de su ámbito de aplicación a aquellos emisores que no alcanzan un cierto umbral de transacciones con establecimientos afiliados no relacionados (UF 750.000 en doce*

²³Serie Técnica de Estudios - N° 010 Análisis de Cooperativas de Ahorro y Crédito supervisadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

meses²⁴)”

b) Agente Aperador: son aquellas personas jurídicas que, gracias a una relación contractual preestablecida con el agente emisor, prestan a estos últimos los servicios de autorización y registro de las transacciones realizadas por el titular o tarjetahabiente, asimismo se encarga de realizar convenios con entidades comerciales a fin de que la tarjeta sea aceptada y pudiendo tomar responsabilidad del pago de la obligación ante el agente emisor.

- **Usuario, Tarjetahabiente o Titular de cuenta:** corresponde a la persona natural o jurídica que celebra un contrato con el agente emisor (ya sea este financiero o no), que lo hace beneficiario o dueño del crédito otorgado por la antedicha institución y además es, *“quien en uso de su tarjeta paga sus compras y servicios con ella ante los establecimientos afiliados²⁵”*

C.4 MARCO REGULATORIO TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO.

Tarjetas de crédito se encuentran reguladas en los siguientes cuerpos legales.

- Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.
- Ley General de Bancos.

²⁴Instrumentos de bajo valor en Chile, evolución y tendencias SBIF: página 9

²⁵Sandoval, la tarjeta de crédito bancaria, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Pág. 73.

- Ley 20.555 sobre el llamado “Sernac Financiero”.
- Decreto N°44, en relación a la ley 20.555.
- Ley de Cooperativas.
- Ley 20.009 sobre uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito.

Además, por las siguientes normas de carácter administrativo.

- Circular N°2 de la Superintendencia de Instituciones Financieras.
- Capítulo III J.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.
- Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.
- Recopilación normas SBIF Capítulo 8-3.
- Acuerdo N° 1286-02-060810.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario mencionar que la principal regulación de las tarjetas de crédito y débito se encuentra en los diferentes contratos privados celebrados entre los intervinientes del sistema de pago, ya que como se ha enumerado anteriormente no existe una legislación sistemática, a saber, podemos determinar las siguientes relaciones jurídicas:

a) Contrato entre el Emisor y el Tarjetahabiente: Caracterizado por el contrato de línea de crédito y en el caso de la tarjeta de débito, el contrato de apertura de cuenta corriente.

b) Contrato entre el Emisor y el Establecimiento comercial afiliado al sistema.

c) Contrato entre el Agente Emisor y el Operador de tarjetas de crédito/débito.²⁶

C.5. El Objeto material contemplado en el artículo 5 de la ley 20.009.

Para lograr entender de manera adecuada el objeto material debemos en primer lugar realizar un análisis del *tipo* que describe la ley 20.009. El tipo podemos definirlo como “*una descripción abstracta y formal de aquello en que el delito consiste esencialmente (...) así, el hecho se adecúa al tipo, pero no es el tipo. Por tal razón el elemento categorial del delito no es el tipo, sino la tipicidad, es decir, la cualidad del hecho concreto de conformarse a la descripción abstracta trazada por el legislador*”²⁷. La definición propuesta por Enrique CURY la debemos aterrizar a nuestra ley objeto de análisis, es así como encontramos el artículo 5 establece las siguientes hipótesis delictivas, (las cuales pena con presidio menor en cualquiera de sus grados), a saber:

a) *Falsificar tarjetas de crédito o débito.*

b) *Usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.*

²⁶División realizada por ESBRY ARTEAGA en Las conductas previas al uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito y sus claves, tipificado en el art. 5 de la ley n° 20.009, en particular la falsificación y sustracción de dichos instrumentos de pago. EDMUDO ESBRY ARTEAGA. Revista de derecho N° 29 (127-165). Universidad San Sebastián. (2014)

²⁷ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 288.

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.*

Relacionando este artículo recién transcrito y la definición otorgada en un comienzo, es que podemos observar la multiplicidad de acciones que describe. Por lo tanto, para una correcta definición del tipo es necesario realizar un estudio específico de cada una de las acciones descritas. De esto nos haremos cargo más adelante.

Siguiendo con el análisis para poder encontrar cual es el objeto material del ilícito investigado, es correcto señalar que el estudio de la estructura del tipo tiene dos vertientes. Una, el análisis de los elementos que conforman la Faz Objetiva del Tipo, la que a su vez está compuesta por la Acción, el Resultado y la Relación Causal. Dos, el análisis de los elementos que componen la faz subjetiva de los delitos dolosos y la culpabilidad, estos últimos tratados en los siguientes capítulos.

Ahora, volviendo a los electos que componen la faz objetiva del tipo, la ley 20009 describe diferentes acciones. Por acción entenderemos, *“movimiento corporal en el*

que se manifiesta la voluntad final de realización”²⁸ y que en el tipo generalmente son graficadas a través de un verbo rector, así podemos encontrar múltiples verbos rectores como *Falsificar, usar, vender, exportar, negociar*. Luego, la acción por sí sola no representa un disvalor que el ordenamiento jurídico trate de repeler, esta debe tener ciertas características que la hagan reprochable. En este sentido, una de estas modalidades es el *objeto material de la acción* y ésta va a comprender aquella cosa o persona sobre la cual recae la acción²⁹.

En el caso de estudio podemos observar la existencia de las siguientes hipótesis de objeto material:

- La tarjeta de crédito como objeto físico, recogidas en las letras a, b y c del artículo 5.
- Los datos contenidos en la tarjeta de crédito y/o su correspondiente banda magnética reconocidas en las letras d y e.
- a manera de clausura, la letra F plantea una hipótesis diferente, sancionando todas las conductas antes mencionadas pero su objeto material es una tarjeta bloqueada, o sea, una vez que se haya dado aviso al agente emisor y este efectuar el bloqueo de dicha tarjeta.

Es importante destacar y recordar que el objeto material de la acción es diferente al objeto material del resultado, toda vez que este último se caracteriza por

²⁸ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 289.

²⁹ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 290.

ser la persona o cosa sobre la cual recae el efecto de la acción. En el caso específico de la ley en estudio podríamos encontrarlo en el saldo negativo de la cuenta corriente del tarjetahabiente o en la disminución del crédito, entre otros.

Por último vale mencionar que la ley al describir el tipo penal, y junto con ello identificar el objeto material, realiza una descripción restrictiva solo sobre las tarjetas de crédito y débito, excluyendo todo otro tipo de medio de pago similar, a saber, tarjetas de cuentas vista, prepago u otras, hipótesis restrictiva ha sido criticada por la doctrina en cuando *“no existirían diferencias sustanciales cuando se afecta el patrimonio con una tarjeta de crédito o débito, de cuando se le lesiona con tarjetas de prepago, monedero u otros medios de pago similares³⁰”*. Sin embargo y como se mencionará en el apartado de críticas a la ley, es posible salvarlo gracias a la definición de tarjeta de débito que hace la Superintendencia de Banco e Instituciones financieras.

³⁰Las conductas previas al uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito y sus claves, tipificado en el art. 5 de la ley n° 20.009, en particular la falsificación y sustracción de dichos instrumentos de pago. EDMUDO ESBRY ARTEAGA. Revista de derecho N° 29 (127-165). Universidad San Sebastián. (2014)

D. CAPITULO SEGUNDO: MODELOS DE INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.

Como se ha expresado el delito tratado en este trabajo es relativamente nuevo, por lo que se hace relevante entender los cimientos y discusiones que se han generado en otras legislaciones al momento de abordarlo, entendiendo cuales son los puntos a favor y en contra de una u otra postura y a su vez razonar de cuál es el modelo por el que se optó en nuestro país.

D.1. Modelos de intervención legislativa.

Al momento de manifestarse, el derecho comparado, sobre el delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito (o abuso de las mismas) se han optado por dos formas o modelos de intervención legislativa que a continuación desarrollaremos, explicando posteriormente cual fue la forma de abordar el delito por parte del legislador de nuestro país. La principal diferencia entre ambos radica principalmente en cómo se afronta el objeto material del delito, es decir la Tarjeta.

D.2. Tipificación genérica del ilícito.

En primer lugar, observamos un modelo que se siguió principalmente en países como Alemania y España, donde no se le reconoce relevancia típica

independiente al objeto tarjeta, intentando, en palabras del profesor Hernández “detectar y tipificar genéricamente las conductas abusivas que puedan afectarlo también, junto con otros posibles objetos, haciéndose cargo de sus peculiaridades sólo en la medida de lo estrictamente indispensable.”³¹

Son interesante las soluciones que se dieron para afrontar el nuevo ilícito sin tipificarlo directa y exclusivamente, en el derecho español se optó por agregar al delito tradicional de estafa un párrafo en donde se circunscribe el fraude informático³², esta adición ayuda a superar los inconvenientes señalados por la doctrina en cuanto a la imposibilidad de aplicar la estafa tradicional, ya que, en este caso, no concurre engaño en la persona sino sobre una máquina. Por ello es que se estableció un tipo específico, que, en cumplimiento del principio de legalidad del derecho penal viene a normar esta nueva forma de defraudar.³³

Por otro lado en el derecho Penal Alemán no tipifica especialmente el uso abusivo de tarjetas de crédito o similares, se toman los resguardos respecto a este ilícito, “(...) así, en lo que concierne a la falsificación de las tarjetas, ésta queda cubierta, en cuanto alteración de los datos contenidos en la banda magnética, a título de falsificación de datos de relevancia probatoria en el contexto más general de la

³¹ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. *Política. criminal.*, N° 5, 2008, A2-5, pág. 18.

³² Artículo 248 del Código Penal Español

1. *Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que, utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

³³ <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11820&formato=pdf> página 3, consultado 20 de septiembre de 2016

extensión de los tipos tradicionales de falsedad documental a un conjunto de nuevas situaciones tecnológicamente condicionadas. En lo que al uso abusivo de las tarjetas falsificadas o sustraídas concierne, en todo lo no cubierto por el tipo de estafa.”³⁴

D.3. Tipificación exhaustiva de las conductas abusivas.

En este modelo se hace referencia específicamente al objeto “tarjeta”, y es a partir de este punto es que se empieza a tipificar y describir las conductas que serán sancionadas por el abuso o mal uso de la tarjeta de crédito o débito. De los países que siguieron este modelo destacan Estados Unidos e Italia.

En el derecho estadounidense (al ser la cuna de los avances tecnológicos relativos a las tarjetas) poseen una amplia y rica historia legal respecto a los delitos que llevaban aparejados el uso de la tarjeta ente por parte del tarjetahabiente, es por lo mismo que se legisló y tipificó de manera particular y casuística las conductas consideradas delitos, en palabras del profesor Gómez Mieres “*en ese contexto se tipifica, entre otras conductas, la producción, uso o tráfico de dispositivos de acceso falsificados, el tráfico o uso de dispositivos de acceso “no autorizados”, esto es, perdidos, sustraídos, entre otros.”³⁵*

Similar solución esgrime la legislación italiana que tipifica específicamente, en el artículo 12 de la Ley N° 197, el uso indebido por parte de quien no es titular de la tarjeta, la falsificación de la misma y la receptación de tarjetas de orígenes ilícitos o

³⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. *Política. criminal.*, N° 5, 2008, A2-5, pág. 18.

³⁵ GOMEZ MIERES, Arturo. “Tratamiento Jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de Crédito y Débito. Ley 20.009” <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/12-G%C3%B3mez.pdf>, pág. 283

falsificados.³⁶

Son manifiestas las diferencias entre un modelo y otro y por lo mismo sus pros y contras quedan determinados con claridad, respecto al modelo que tipifica genéricamente el ilícito prescindiendo del objeto específico *“parece más perfecto desde un punto de vista sistemático, pero, además de la menor visibilidad de sus alcances a consecuencia de la necesaria mayor abstracción de las formulaciones empleadas, suele imponer la necesidad de interpretaciones restrictivas para delimitar los casos efectivamente merecedores de pena”*³⁷ esta problemática toma especial relevancia en las llamadas relaciones internas del titular, específicamente cuando éste entrega su consentimiento para el uso de su tarjeta encargando al mandatario que retire cierta cantidad de dinero y este no respetando en mandato retira una cantidad mayor a la mandatada o utiliza la tarjeta facilitada para un fin distinto al especificado.

Por el lado del modelo que emplea la tipificación exhaustiva de las conductas abusivas, centrando su regulación en la tarjeta de crédito o débito *“pareciera ser más respetuosa del principio de legalidad, en atención a que ofrece tipificaciones directas para los casos previstos de fraudes”*³⁸, pero como desventaja se puede apreciar que su tipificación nunca logrará ser completamente detallada, cayendo en la complejidad correlativa siempre al casuismo, que requeriría remiendas y tipificaciones nuevas para salvar los vacíos que se producirían por un legislador poco previsor o producto del vertiginoso avance tecnológico que instalaría nuevas hipótesis no tratadas.

³⁶ <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11820&formato=pdf>

³⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. *Política. criminal.*, N° 5, 2008, A2-5, pág. 23.

³⁸ GOMEZ MIERES, Arturo. “Tratamiento Jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de Crédito y Débito. Ley 20.009” <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/12-G%C3%B3mez.pdf>, pág. 283

El modelo que el legislador en Chile opta por seguir es el de tipificación exhaustiva de las conductas abusivas, que se cimienta su desarrollo a partir del objeto protegido que ley 20.009 específica como “Tarjeta de crédito o débito” y que en su artículo 5 contempla las hipótesis de comisión del delito de uso fraudulento de objeto mencionado, es decir, la tarjeta misma.

E. CAPITULO TERCERO: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL ART. 5 DE LA LEY 20.009.

E.1 Aproximación sistemática al uso indebido de tarjetas de Crédito y Débito como medio de pago.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.009, la posibilidad del tarjetahabiente de verse liberado de responsabilidad en el caso de que su tarjeta fuese falsificada, sustraída, perdida y luego utilizada, debía recurrirse a una interpretación por analogía respecto de tipos delictuales ya existentes, lo que no tuvo un resultado óptimo, por lo cual, se hacía imperativo la existencia de una ley especial que regulara el mercado de las tarjetas de crédito y débito, cada vez más utilizado y que planteaba ciertamente nuevos desafíos. Tanto al agente emisor, encargado de crear cada vez tarjetas más seguras y sistemas de lectura más confiable, así como para la legislación que debía recoger esta realidad, y dar solución a antedicha problemática.

Como señala HERNANDEZ, antes de la dictación de la ley, se recurría a delitos tradicionales, pudiendo distinguir tres hipótesis delictivas respecto del uso de la tarjeta de crédito o débito, sus datos o claves, a saber:

- *Obtención indebida de dineros de los cajeros automáticos o expendedores automáticos.*
- *La obtención indebida de servicios expendedores automáticos*

- *La obtención indebida de objetos o servicios en transacciones comerciales con interacción personal*³⁹.

E.1.1 Tratamiento como delito informático.

En atención a lo anterior, el mismo HERNANDEZ, menciona la imposibilidad de que los delitos cometidos por o a través de una tarjeta falsificada, sustraída o extraviada, sean recogidos por las hipótesis delictivas de la ley 19.223 de los llamados “delitos informáticos”.

La mencionada ley, crea y protege como bien jurídico *“la calidad, la pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y los productos que de su obtención se obtengan*⁴⁰, es decir, lo que busca esta ley es la protección de los datos y del sistema que los contiene, haciendo como lo hace la ley 20.009, una distinción respecto del sistema contenedor (art. 1 de la ley 19.223) y los datos contenidos (artículos 2,3 y 4), no alcanza a dar solución a la problemática presentada por las tarjetas de crédito y/o débito, porque mientras la ley de delitos informáticos, busca proteger o resguardar la información⁴¹ de quien dolosa o maliciosamente intenta obtener, usar o conocer esta,

³⁹HERNÁNDEZ, HÉCTOR. Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves. Política Criminal N° (2008) Pág. 3

⁴⁰Historia de la ley 19.223

<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4745/1/HL19223.pdf>.

⁴¹" Artículo 1°. - El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo.

Artículo 2°. - El que, con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio

la verdad es que respecto de las tarjetas de crédito, lo que menos interesa es la información propiamente tal, “no lo inspira el ánimo de apoderarse usar, conocer indebidamente la información contenida en el mismo, sino que simplemente el propósito de hacerlo funcionar y obtener prestaciones de él⁴²”.

Muchas de las figuras descritas en el artículo 5 de la ley 20.009 describen acciones que sin importar que se manejen o no datos, son castigadas. Así por ejemplo es castigado el solo hecho de “*Falsificar tarjetas de crédito o débito*” (letra “a” de ley 20.009) lo que pugna con la descripción que en un comienzo hicimos del ilícito informático.

Todo lo anterior transforma en imposible la cobertura como un delito informático, regulado en la ley 19.223 y por lo tanto fue acertado crear un nuevo tipo penal que no deje imputar las conductas delictivas relacionadas con las tarjetas de crédito y débito.

E.1.2. Tratamiento como delito de falsificación de moneda.

La falsificación de moneda, se encuentra regulado en nuestro código en el artículo 162 al 171 del Código Penal, como definición de moneda entendemos lo señalado por el profesor Balmaceda que cita a Garrido expresando: “*trozo de metal,*

Artículo 3°. - El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Artículo 4°. - El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.”.

⁴²HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 3

*de forma específica, generalmente con sellos, ley y peso uniformes, cuya función es constituirse en medida común en las operaciones de intercambio, y que es acuñado y garantizado por el Estado*⁴³.

Si bien es *“cierto que la disposición presente tenía mayor importancia cuando en la práctica circulaba la moneda de metal fino en abundancia”*⁴⁴, de ninguna manera se encuentra en desuso. A mayor abundamiento el profesor Etcheberry indica que, *“los preceptos a que nos referimos conservan su importancia, ya que continúan en vigor las disposiciones legales relativas a la fabricación y acuñación de monedas de oro chilenas; a que también se sanciona la falsificación de monedas extranjeras de esta clase, y a que en los artículos mencionados se establece un cierto sistema o modelo de figuras delictivas que es seguido más adelante en relación con la falsificación de billetes y otros valores”*⁴⁵

Es de relevancia para el presente análisis, toda vez que al igual que las tarjetas de crédito, se entiende a la moneda como instrumento de pago en las operaciones de intercambio comercial, a su vez, como se estudiará más adelante, doctrinalmente el bien jurídico que se protege en ambas figuras es la fe pública, *“la cual se conforma por la confianza que los particulares depositan en el Estado”*⁴⁶, como entidad autorizada para la elaboración de la moneda. Ocurriría un caso similar en el de las tarjetas de crédito donde la doctrina mayoritaria ha señalado que el bien jurídico digno de protección en este caso es la fe pública y la confianza en los medios

⁴³ BALMACEDA, Gustavo “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”,2016 Segunda edición actualizada, Librotecnia, Santiago, Chile, Pág. 450.

⁴⁴ BALMACEDA, Gustavo “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”,2016 Segunda edición actualizada, Librotecnia, Santiago, Chile, Pág. 450.

⁴⁵ ETCHEBERRY, Alfredo “El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966. TOMO III, Parte Especial” 2002, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Pág. 245.

⁴⁶ BALMACEDA, Gustavo “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”,2016 Segunda edición actualizada, Librotecnia, Santiago, Chile, Pág. 450

de pagos (independiente de la discusión que alza a el patrimonio como bien protegido y que analizaremos con posterioridad).

En este sentido es relevante el análisis que realiza el profesor Hernández⁴⁷ sobre el trato que les da la doctrina y el legislador a estos delitos y como fueron considerados ambos en el anteproyecto de Nuevo Código Penal del año 2005. A este respecto se considera en el contexto de la falsificación de moneda (Título X del Libro Segundo: De las falsedades, número 1. De la alteración y falsificación de moneda y otros medios de pago) la falsificación de tarjetas de crédito, débito o pago y de otros medios de pago equivalentes a la moneda, así como el uso malicioso de las tarjetas o medios de pago falsificados, en los artículos 235 y 236.⁴⁸

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

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

⁴⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves.” Política Criminal N° 5 (2008) Pág. 25-26

⁴⁸ “Art. 235. El que cometa falsedad forjando en todo o en parte efectos, títulos, valores, tarjetas de crédito, débito o pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, o haciendo en verdaderos cualquier alteración que varíe su sentido o la información que contienen, será castigado con reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de ellas según las circunstancias”.

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

funcionamiento físico o lógico de un sistema de tratamiento automatizado de la información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o falsos o valiéndose de cualquier otra manipulación o artificio semejante que altere física o lógicamente el funcionamiento del referido sistema”.

Finalmente, esta idea de subsumir el delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito dentro de las normas de “alteración y falsificación de moneda y otros” propuesto por el anteproyecto del nuevo Código Penal, a nuestro juicio parece es completamente atinente, y regula de manera sistemática el problema. Sin perjuicio de lo anterior, esta discusión será acorde abordarla en un futuro momento, toda vez que la ley 20.009 irrumpió intempestivamente en la legislación nacional y sobre ella es la que este trabajo a procurado profundizar.

E.1.3. Tratamiento como delito de falsificación de instrumento privado.

Similar análisis se puede realizar respecto a la Falsificación de instrumento privado, que se encuentra contemplada dentro del título IV del Libro II del Código Penal, “De los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones del falso testimonio y del perjuicio”, el cual se sanciona y describe específicamente como:

“El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en

cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.

Si tales falsedades se hubieren cometido en las letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias”

Como se aprecia en lo señalado tanto falsificación de documentos públicos o auténticos como la de instrumentos privados comparten la protección de la fe pública además de la remisión que el segundo ilícito hace al primero⁴⁹. Por el contrario, el “*objeto material y el perjuicio de tercero son los elementos que distinguen la falsedad que se examina de la de documentos públicos*”⁵⁰. Es especialmente relevante para nuestro análisis la exigencia de perjuicio toda vez que “*la falsificación de instrumento privados se castiga únicamente si se hace –con perjuicio de tercero-*”⁵¹, en este sentido es aclarador el fallo de la Excelentísima Corte Suprema que indica:

“QUINTO: Que en lo atinente al perjuicio requerido por el legislador para estos casos y que al decir del recurrente, no se encuentra demostrado en autos,

⁴⁹ Artículo 193: “*Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:*

1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial”

⁵⁰ VARGAS PINTO, Tatiana, “*Falsificación de Instrumento Privado; Un estudio práctico entre la falsificación y la estafa*”, 2003, Legal Publishing, Santiago, pág. 9

⁵¹ VARGAS PINTO, Tatiana, “*Falsificación de Instrumento Privado; Un estudio práctico entre la falsificación y la estafa*”, 2003, Legal Publishing, Santiago, pág. 35

conviene dejar en claro que si bien la señalada exigencia no aparece establecida en el artículo 198 del Código Penal, la concurrencia del menoscabo es un componente de la señalada descripción penal, ya que los instrumentos fingidos a que se refiere son los documentos ficticios que causan perjuicio a terceros que sanciona el artículo 197 de la aludida compilación.

Ello es así porque históricamente la falsificación de documentos mercantiles se encontraba, en el Código Penal español -base del chileno en esta materia-, dentro del párrafo relativo a la falsificación de documentos públicos u oficiales de modo que allí era, en verdad, un delito meramente formal que no requería perjuicio. Pero la Comisión Redactora de nuestro Estatuto Criminal, atendida la naturaleza misma de estos documentos, trasladó su reglamentación al párrafo que se ocupa de los documentos privados, donde creyó conveniente exigir el detrimento de terceros para poder sancionar. Por lo demás, es este elemento el que diferencia a los delitos del párrafo 5° (artículos 197 y 198) que tratan de la falsificación de instrumentos privados, de los que describe el párrafo 4° (artículos 193 al 196) que trata de la realizada en documentos públicos, en que no es elemento del tipo el referido menoscabo.

Debe agregarse, por último, que carecería de coherencia y de proporcionalidad exigir el perjuicio de tercero en la comisión misma de la falsedad en el instrumento privado -que es el acto más grave- y no exigirlo en el mero uso malicioso de dicho documento -que es una conducta de compromiso menor- en circunstancias de que al autor del uso se le castiga como autor de la falsedad;⁵².

Es valioso para el trazado argumental de nuestro trabajo la figura del delito de falsificación de documento privado mercantil toda vez que es donde se circunscribe

⁵² Fallo Corte Suprema ROL: 4185-2007, 20 de diciembre de 2007

la clonación de tarjetas de crédito (delito profundizado más adelante), esta idea la recoge el legislador en el boletín N°7404-07, que indica, *“la clonación de tarjetas de crédito constituye lo que la doctrina jurídico penal considera un delito de falsificación de documento privado mercantil. Dicha clase de falsificación se encuentra regulada en el Código Penal”*⁵³. Es similar problemática que entiende la profesora Vargas Pinto frente a la exigencia de perjuicio a tercero y la noción de falsedad señalando; *“El perjuicio que agrega este tipo de falsificación frente al de documentos públicos parece ser el elemento que lo une a la estafa. Esta comprensible reconducción no es tan clara ante nuevas formas de falsedad y de instrumentos, como la "clonación" de tarjetas de crédito que no exige perjuicio para su sanción (art. 5 de la Ley N° 20.009). La falsificación de tarjetas de crédito o débito que se castiga desde 2005 y surge de una moción parlamentaria de noviembre de 2002 para limitar la responsabilidad de los usuarios por hurtos y robos de tarjetas de crédito que se amplía para casos de falsedad. Antes, ese mismo año, en el mes de septiembre, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley específico para sancionar la falsedad en cheques, tarjetas y otros documentos electrónicos, a propósito de los delitos informáticos. Se destaca porque el proyecto fue desarchivado en 2008 y está en segundo trámite constitucional, con modificaciones al Código Penal y al DFL N° 3 de 1997 (que contiene el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos).”*⁵⁴

Son estas las preocupaciones que intentan resolver tanto el legislador como la

⁵³ Boletín N° 7404-07, enero de 2001 Modifica la ley N° 20.009 sobre uso fraudulento de tarjetas de crédito, reformando la penalidad en los delitos de clonación de tarjetas. Visto en www.camara.cl

⁵⁴ VARGAS PINTO, Tatiana, ““Daño del engaño" en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados” 2011, Revista de Derecho, Vol. XXIV - N° 2, Valdivia, pág. 179

doctrina que han manifestado que al encontrarse estrechamente vinculados el delito de Falsificación de instrumento privado y el uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito por el principio de especialidad se preferiría la aplicación de la ley 20.009 la que, como analizaremos en profundidad, diferencia la pena establecida si la acción realizada produce perjuicios a terceros aumentándola a presidio menor en su grado máximo. Por su parte el Código Penal señala en su artículo 197 que, si la falsedad recae en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, la sanción será con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias. Problema relevante en el caso cuando el delito no se consuma, a este respecto resulta ilustrativo lo señalado por el legislador respecto al delito de clonación de tarjetas, en el boletín N° 7404-07 que busca modificar el artículo 5° de la ley 20.009, señalando al respecto que *“Claramente aquí se observa una incongruencia, pues la sanción establecida en el Código Penal es mayor que la impuesta por la ley 20.009. Si se aplicaran las normas señaladas podría enfrentarse ante el siguiente problema: para el caso que un sujeto clonara una tarjeta de crédito, es decir, se encuentre consumado el delito de falsificación, pero no alcanzó a utilizarla en el comercio (no se ha consumado la estafa) y por ende no hay perjuicios a terceros, aplicando el principio de la especialidad, correspondería ser sancionado conforme a la ley 20.009, es decir, con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, por tanto, el tribunal podría sancionar con presidio menor en su grado mínimo. Por otra parte, si el sujeto falsifica una letra de cambio, aplicando el inciso segundo del artículo 197, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales según las circunstancias.*

De la comparación de dichos artículos está clara que en ambos se exige el perjuicio a terceros para llevar la pena de presidio menor en su grado máximo, sin embargo, la clonación de tarjetas de crédito no lleva aparejada una sanción pecuniaria, por lo tanto, se puede concluir que la norma que regula dicha materia es más benevolente para los clonadores de tarjetas de crédito, que la falsificación regulada por el código penal, lo cual no nos parece tener una respuesta lógica.”

Respecto al análisis anterior, es posible percatarse que es totalmente pertinente utilizar en este concurso de delitos el principio de *alternatividad*. Por esta razón, en la actualidad, el sentenciador no incurrirá en error si basa la determinación de la pena en la aplicación del tipo penal que regula la falsificación de instrumento privado, por ser ésta la pena mal alta asignada al hecho.

Sin embargo atendido tal descuido del legislador en términos de la aplicación de la pena es que esta modificación -boletín N° 7404-07- busca sustituir el inciso penúltimo del artículo 5° por el siguiente:

“La pena por este delito será de presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias”

Y eliminar el inciso final del mismo artículo, que señala, *“Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros”*.

Con ello evitar, por un lado, que el sentenciador equivoque su interpretación respecto a la pena a aplicar, ya que se lograría armonizar la ley 20.009 con la dispuesto en el Código Penal, y por otro lado, al encontrarse con las mismas penas en ambas disposiciones, no entraría en la labor doctrinaria de tener que estimar el principio de *alternatividad* por sobre el de *especialidad* de la norma, buscando por

medio de otorgar la pena más gravosa al infractor subsanar el error legislativo que favorecería al malhechor. El fundamento de este proyecto de ley es a lo menos interesante, toda vez que descarta el perjuicio de la conducta punible al señalar *“Por otra parte, somos de la idea que para la determinación de la penalidad no se deban tener en cuenta la circunstancia de haberse ocasionado o no perjuicios a terceros. Ello por cuanto consideramos que la lesividad de las conductas descritas debe ser sancionada desde que se configura el tipo penal, sin importar las consecuencias que traiga aparejadas, toda vez que estos hechos han de tener el justo reproche sin atender al hecho de que se produzca un efectivo menoscabo o perjuicio a la víctima.”*

E.1.4. Tratamiento como delito de Estafa.

La estafa se encuentra tratado en el título XX del código penal, sobre delitos contra la propiedad, pese a que para algunos autores sería más bien un delito de enriquecimiento, entendiéndose por esto, un delito por el cual se sustraen valores no existiendo necesariamente un ánimo de lucro.

La estafa está consagrada como figura básica en el art. 473 incluyendo sus figuras calificadas en el art. 468, es en este artículo donde se detallan los elementos descriptivos del tipo, siendo primordial la existencia de un engaño, que induce a error a otro, por el cual este último realiza una disposición patrimonial que le ocasiona un perjuicio, asimismo debemos precisar que no es necesario que el engañado y quien realiza la disposición patrimonial sean la misma persona, ya que en caso de encontrarnos con una persona engañada que en virtud del engaño sufrido hace que

otro haga una disposición patrimonial, estaremos hablando de una estafa “triangular”, siendo para estos efectos víctima, quien realiza la disposición patrimonial.

Cabe mencionar que este error, que induce a engaño, que a su vez lleva a realizar una disposición patrimonial que ocasiona perjuicio, debe estar ligada por un vínculo causal, al tratarse de un delito de resultado, aun cuando esta relación causal, sea más extensa, que en otros delitos como el homicidio⁵⁵. Asimismo, se ha discutido sobre si sería necesario que el estafador debe tener ánimo de lucro como elemento fundador del tipo, ante lo cual autores como ETCHEBERRY⁵⁶ estiman no sería necesario (entendiendo sólo dos los elementos típicos fundamentales; el engaño y el perjuicio), mientras que alguna jurisprudencia ha entendido de que si sería necesario que el estafador buscara lucrarse del engaño cometido⁵⁷.

El elemento central por el cual no es posible absorber las conductas de uso fraudulento de tarjeta de crédito y débito en el tipo de estafa, pese a que se realiza una disposición patrimonial que genera un perjuicio, es el elemento del engaño, ya que, el engaño debe entenderse según la definición de la RAE como “ Acción y efecto de engañar, falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”⁵⁸, es ese sentido, y pese a que la víctima de estafa puede ser una persona jurídica, HERNANDEZ señala que el error “es un hecho psicológico de personas naturales⁵⁹” por tanto, no podría engañarse a un aparato, ya que este no posee capacidad de razonar, ocupándose el mismo fundamento que respecto de los delitos informáticos,

⁵⁵POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, pág. 418

⁵⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 2004, Derecho Penal: Parte Especial. Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, pág. 406.

⁵⁷POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, pág. 419

⁵⁸ <http://dle.rae.es/?id=FLGoM4q> Consultado el 15 de septiembre de 2016

⁵⁹HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves.” Política Criminal N° 5 (2008) Pág6

en este sentido, las máquinas son incapaces de errar, y solo sería posible subsumir el delito de las tarjetas de crédito bajo el entendido de que el “error” de la máquina o sistema informático haga que el banco o un funcionario de este efectúe operaciones en virtud del uso de la información de las tarjetas de crédito o débito que terminen por hacer que el banco realice una disposición material⁶⁰, ya sea, el giro de dinero o la transferencia de este a una cuenta corriente, vista o de ahorro, cuyo beneficiario puede o no ser el estafador.

E.1.5. Tratamiento como delito de Fraude de Seguro.

En mayo de 2013 se promulgó la Ley N° 20.667, que regula el fraude en materia de seguros, complementando la normativa del Código de Comercio y creando a su vez el delito de fraude de seguros, el cual quedó consagrado en el cambio por el que el Artículo 3° agregó en el artículo 470 del Código Penal el siguiente numeral 10° nuevo:

"10°. - A los que maliciosamente obtuvieren para sí, o para un tercero, el pago total o parcialmente indebido de un seguro, sea simulando la existencia de un siniestro, provocándolo intencionalmente, presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas, ocultando la cosa asegurada o aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas.

Si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad, se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena.

⁶⁰Politof Matus Ramírez, pág. 425

La pena se determinará de acuerdo con el monto de lo indebidamente solicitado.”

Esto respecto a los remedios contra esta infracción, un tipo penal que viene a constituir el delito de fraude de seguros, del todo inexistente antes de la modificación legal.

El énfasis de este estudio se ha puesto en el análisis dogmático y crítico del nuevo delito de fraude de seguros y, específicamente, en el comportamiento típico y el *iter criminis*, así como en la técnica legislativa y la necesidad político-criminal de contar con un tipo penal autónomo.

El fraude se puede describir como: *“aquella modalidad de estafa cometida con el fin de obtener, mediante engaño, una prestación que el asegurador no está obligado a realizar”*⁶¹. Es importante para nuestro análisis desde el punto de vista que antes de su tipificación especial se encontraba a merced de la subsunción en otros tipos de delitos y como nuestro ordenamiento jurídico los aceptaba como una especie de estafa se presentaban problemas similares al del uso fraudulento de tarjeta de crédito. Incluso doctrinalmente se dan en la actualidad discusiones análogas respecto a la ubicación del fraude de seguros (entre la delincuencia patrimonial y la delincuencia socioeconómica) y el bien jurídico a proteger. El profesor Piña recoge esta problemática al señalar; que *“es preciso reconocer que nos encontramos frente a un delito contra el patrimonio de una especial trascendencia social (que lo pone por sobre otras estafas en sentido agravatorio). Un delito que se encuentra en la frontera de las estructuras clásicas que protegen el*

⁶¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan “Fraude de Seguros, Cuestiones penales y de técnicas legislativas” 2006, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pág. 24

*patrimonio y la delincuencia socioeconómica.*⁶²

Si bien en un comienzo el delito de fraude de seguros y de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito compartían soluciones entregadas por la jurisprudencia (sobre todo usando el delito de estafa para solucionar el vacío), hoy en día, al encontrarse vigente leyes específicas para ambos delitos, el sentenciador posee una pauta donde entiende incorporadas una gran variedad de hipótesis delictivas que claramente se diferencian una de las otras, pudiendo distinguir cuando se encuentra bajo el delito específico que el legislador busca tipificar.

Hasta el momento las críticas por la redacción de ambas leyes son variadas, pero no se puede discutir la gran ayuda que significa contar con leyes que vayan avanzando con la rapidez que se desarrolla el conocimiento en una sociedad que va en constante desarrollo industrial y tecnológico.

Antes de la dictación de la ley en estudio, los problemas que traía aparejada la sustracción y uso fraudulento de tarjetas de crédito era, en la gran mayoría de los casos, solucionado a través de contratos de seguros obligatorios suscritos entre el tarjeta habiente y el agente emisor. En ellos, la víctima sólo tenía que dar cuenta del extravío o sustracción de su tarjeta para deslindar su responsabilidad por todas las acciones posteriores.

Luego de su promulgación la contratación de seguros obligatorios no fue estrictamente necesaria la letra *“f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes”* venía a solucionar la circunstancia de que sea el mismo tarjeta habiente el que con el afán de defraudar al

⁶² PIÑA ROCHEFORT, Juan “Fraude de Seguros, Cuestiones penales y de técnicas legislativas” 2006, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pág. 41

sistema de aviso de la pérdida de su tarjeta y luego la ocupe para su propio beneficio.

Ahora, con la dictación posterior de la ley de fraude de seguros, se nos presenta una posibilidad de actuación penada por dos normativas diferentes. La confrontación se suscitaría cuando un tarjeta habiente, con un seguro contratado, da aviso de pérdida de tarjeta y luego la usa de manera fraudulenta. Aquí tenemos una misma situación ilícita regulado por dos tipos diferentes, por un lado, la letra f) de la ley 20.009 y por otro el artículo 10 de la ley 20.667 de fraude de seguro. Esto va en contra de uno de los principios fundamentales del derecho penal, *nos bis in idem*, el cual impide valorar una misma circunstancia dos veces. Si bien el caso es casi de laboratorio debido a la inmediatez que existe hoy en día, desde que se da aviso hasta que esté totalmente bloqueada la tarjeta solo son necesarios segundos. Será tarea del juez determinar qué norma usar, recordemos que la ley 20009 establece una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados para los hechos ilícitos (y en su grado máximo cuando es con perjuicio de terceros), por otro lado la ley de fraude de seguro invoca la regulación del fraude a la asignación de las penas, las que también recorren todo el espectro del presidio menor. Sin embargo, la determinación del fraude está específicamente regulada en atención al monto defraudado, por lo tanto, para una mejor y más acertada determinación de la pena se debe optar por la aplicación de la Ley de Fraude de Seguros, la que conjuntamente establece penas accesorias de multas (pena mas grave), lo que en armonía con lo señalado a propósito de la falsificación de instrumento privado, lo que también es correcto aplicar en atención al principio de alternatividad.

Además, y como hecho decidor, las maniobras usadas por el individuo que son reguladas por la ley de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, son solo el

medio para poder lograr la estafa de seguro, esto último, en aplicación del principio de consunción en el concurso aparente de leyes penales es una solución que apunta a establecer que el caso que estamos estudiando se debería aplicar el fraude de seguros por sobre la ley 20.009. Entendemos como *principio de consunción* lo que nos señala el profesor CURRY: “o absorción (...) cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquel consume o absorbe a éstos, desplazándolos”⁶³, por lo que nos encontraríamos dentro del caso tratado en este punto.

E.2. Artículo 5 de la ley Nº 20.009 de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito.

Como ya se ha mencionado, el artículo 5 de la ley 20.009, crea las hipótesis delictivas diversas, estableciendo un delito de hipótesis múltiple⁶⁴, usando varios verbos rectores (v.gr. Falsificar, usar, vender, negociar) siendo a su vez, un delito de mera actividad, basta con la concurrencia de los supuestos mencionados en la ley para satisfacer las exigencias del tipo. Es decir, el sujeto por el solo hecho de falsificar una tarjeta de crédito está cumpliendo el tipo completo de la ley 20009 art 5 independiente de que el fin último de la acción realizada sea el posteriormente apropiarse de los fondos de otra persona.

⁶³ CURRY, Enrique, “*Derecho Penal; Parte General*”, Tercera Edición, 2004, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pág. 669.

⁶⁴Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. Pág. 12

En la presente investigación de la ley 20009 art 5 nos podemos percatar que la circunstancia de que producto de ilícito haya o no un detrimento del patrimonio de alguna persona o institución es totalmente irrelevante. El tipo se satisface con la sola realización de la actividad descrita en el los numerales a, b, c, d, e y f del artículo 5.

El perjuicio patrimonial efectivamente causado, solo servirá como agravante de la pena, la cual está establecida en el inciso final del art. 5 *“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”* es decir, la sola ocurrencia de alguno de los supuestos de hecho enunciados por el tipo equivaldrá a una pena de presidio menor la que va desde los 61 días en su grado mínimo a los 5 años en su grado máximo.

Ahora bien, si el autor del ilícito además causa, con su conducta típica, un perjuicio patrimonial a terceros, por ejemplo, si luego de falsificar una tarjeta de débito concurre a un cajero automático y retira de él un monto proveniente de cuenta corriente asociada a la tarjeta falsificada, la pena se deberá aplicar, según el artículo final, al de presidio o reclusión menor en su grado máximo, esto es, desde los 3 años y un día hasta los 5 años.

El punto anterior solo nos lleva a la corroboración de que nos encontramos en presencia de un delito de mera actividad contraponiéndose a los delitos de resultado que requieren la existencia de un perjuicio patrimonial, como la estafa.

E.2.1 Análisis del tipo.

El tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico⁶⁵.

Una de las principales características de la ley estudiada es que es un delito de tipo mixto o de hipótesis múltiples, donde se prescriben diferentes posibilidades de acción contemplando distintos verbos rectores, lo que trae como consecuencia que, para conformar el tipo penal basta que se realice cualquiera de los hechos descritos en las letras del artículo 5.

A continuación, detallaremos pormenorizadamente las alternativas comitivas y de acción descritas en la ley de la letra a) a la f):

a) Falsificar tarjetas de crédito o débito.

“Esta hipótesis comprende cualquier conducta tendiente a alterar o fabricar (forjar), íntegra o parcialmente, una tarjeta de crédito o débito.”⁶⁶ Es el método de comisión de delito que involucra la conducta de la clonación de tarjetas, que es el que genera más relevancia mediática en los últimos años sobre todo por la incursión de bandas especializadas que provienen del extranjero donde este tipo de delito es mucho más frecuente.

La clonación es un proceso que *“consiste en la duplicación de la información contenida en la banda magnética del tarjetahabiente, hecho que se realiza por medio de un skimmer, aparato que posee un lector de bandas magnéticas, almacena su*

⁶⁵ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 279.

⁶⁶ instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 13

información y luego permite su reproducción. Los skimmers generalmente son dispuestos por los delincuentes en las ranuras de los cajeros ATM o en locales comerciales, adheridos a los sistemas de pagos electrónicos. Luego dichos datos se traspasan a una tarjeta plástica en blanco, forjando de esta manera una copia ilícita.

La aplicación jurisdiccional de este supuesto típico no ha sido problemática.”⁶⁷

Este proceso también es denominado skimmin que no es mas 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”⁶⁸

Este delito requiere, en su proceso, una preparación, organización y medios tecnológicos avanzados para que se pueda consumir y como en la mayoría de los casos, son numerosos los actores involucrados, con distintas tareas específicas dentro de la comisión delictual, dificulta mucho la labor policial al momento de dar con el paradero de todos los involucrados.

Otro punto esencial dentro de esta modalidad es que el tarjetahabiente no pierde la tarjeta físicamente, manifestándose el ilícito en la información de la misma, por lo que puede demorar ostensiblemente en notar el uso malicioso de su tarjeta y como consecuencia tardar en dar aviso al organismo emisor.

En la practica, la labor de investigar el momento en que se cometió el ilícito investigado corresponde a las policías, ya que generalmente la relación entre el tarjetahabiente y el banco se soluciona en base a seguros comprometidos. Esto nos reenvía al punto tratado anteriormente en relación al fraude de seguros.

⁶⁷ instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO Ministerio Público. pág. 14

⁶⁸ BUCAREY W., José Miguel. 2007, Revista del Abogado. N°41, año 11. p. 34

Un punto aparte es la responsabilidad civil que le corresponde a la institución emisora de la tarjeta, la cual conlleva la obligación de poner a disposición de los tarjetahabientes todas las medidas de seguridad que complementen el servicio entregado.

b) Usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.

En ésta hipótesis, el verbo rector “usar”, es donde recaen la mayor comisión de delitos a nivel nacional, acá el objeto material es la tarjeta de crédito o débito misma, donde una vez sustraída a su dueño se utiliza para comprar en el comercio o girar dinero en cajeros automáticos.

“Las otras hipótesis son menos frecuentes e implican actos comerciales realizados sobre estos objetos ilícitos. Cabe hacer notar, que la jurisprudencia ha incluido como objetos materiales del delito las denominadas tarjetas de monedero (como una más de las muchas tarjetas clonadas o usadas por un mismo agente). No obstante, hasta la fecha dicha inclusión no ha sido puesta en cuestión.”⁶⁹

En este numeral nos percatamos que con la definición tan amplia del tipo incluso podría abarcar otros delitos, por ejemplo, en la importación de mercancías prohibidas, o en el caso de comprar-vender, la receptación. Esta es una falla de los redactores de la ley que pensaron que agrandando tanto su aplicación cubrirían en mejor medida el ilícito. Lo que no se ve reflejado en la práctica debido a que, como nos hemos podido percatar la ley 20.009 no es muy usada, si no fuera por la letra a).

⁶⁹ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 14

c) Negociar, en cualquier forma, con tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.

En este punto, el concepto de “negociar” genera una serie de problemas, debido a que estamos en presencia de un concepto que por antonomasia es amplio. La Real Academia de la Lengua Española lo define como: *“tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal”*, luego, además de ser un concepto amplio, engloba acciones que están comprendidas en otros numerales.

Pero sin embargo, una de las principales advertencias es que adelantaría de manera apresurada los hechos delictivos, como bien lo destaca el profesor Héctor Hernández señalando: *“La ley prevé un importante adelantamiento de la barrera de protección al tipificar – en términos algo caóticos - una serie de operaciones sobre las tarjetas, como su venta, exportación, importación, distribución y, en fin, genéricamente, la “negociación” en cualquier forma con tarjetas falsificadas o sustraídas (...),no puede negarse que desde el punto de vista del patrimonio del titular y del tráfico comercial tienen el carácter de meros actos preparatorios, lo que no parece condecirse con la penalidad que se les asigna en cuanto delito autónomo.”*⁷⁰ En otras palabras, se podría sancionar el delito en una etapa primaria sin que este se llegue a ejecutar de forma completa, por ejemplo, el hecho de efectuar una oferta de una tarjeta de crédito o débito falsificada o sustraída.

En este orden de cosas, otro interviniente, el Ministerio Público, aporta otra

⁷⁰ HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 32

reflexión en la misma línea de ideas, señalando que, *“De hecho, si se observa bien, la negociación de que se trata, se realiza sobre objetos ilícitos (tarjetas falsificadas) cuya elaboración ya se encuentra sancionada en la letra a) del artículo 5°.”*⁷¹

Por último, a modo de conclusión, creemos que este numeral es del todo prescindible, toda vez que tipifica un verbo vector que tiende a describir un hecho que incluye una multiplicidad de acciones, teniendo como consecuencia el adelantamiento prematuro de la protección penal y que incluso, en algunos casos, ya se encuentran tipificadas en otros numerales de la misma ley.

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.

Acá nos encontramos bajo una hipótesis que centra el objeto materia en la información y datos numéricos de identificación que contiene la tarjeta de crédito o débito, es un delito novedoso en nuestro país y muy difícil de detectar, toda vez que en la mayoría de los casos no se requiere estar físicamente en el lugar del hecho, sino que con el solo uso de información y datos del tarjetahabiente se puede cometer el fraude desde cualquier territorio con un dispositivo con acceso a internet.

A mayor abundamiento, *“esta hipótesis sería la encargada de reprimir la modalidad delictiva denominada “carding”, esto es, las transacciones electrónicas realizadas a través de internet o cualquier otro medio tecnológico que no requiere la*

⁷¹ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 14

presencia física o identificación por otra vía del cliente, para las cuales el agente se vale de los datos y claves de la tarjeta del verdadero titular”⁷².

Lo peculiar de esta definición es que no es totalmente necesaria en el delito que estamos analizando, toda vez que Chile cuenta con una tipificación exhaustiva de los delitos informáticos, como lo señalamos precedentemente, y esta modalidad podría bien subsumirse en el modelo de *phishing*.

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.

Se coloca el objeto material en la información contenida en la tarjeta, de la misma forma que en la letra d), la diferencia radicaría en que esta hipótesis englobaría las *“eventuales ventas de bases de datos de clientes realizadas por operadores bancarios que tienen acceso a las mismas y en general a toda persona que realice una conducta similar”⁷³*. Con esto también volvemos al punto anterior en que deslinda su aplicación en la regulación de los delitos informáticos.

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

Esta hipótesis propone un particular caso, al momento que busca sancionar penalmente al propio tarjetahabiente de la forma que señala el Artículo 4º de la ley

⁷² Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 15

⁷³ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 15

20.009: “*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.*” Es decir, el dueño de la tarjeta que solicita el bloqueo de la misma y posteriormente ejecuta alguna acción que busque defraudar a la institución emisora, banco u otros terceros.

Este punto es casi imposible de cometer, no se justifica su inclusión. La velocidad de las relaciones comerciales es hasta cierto punto casi automática. Luego de haberse realizado la comunicación a la institución emisora de la tarjeta de crédito o débito esta debe comunicarlo al mercado, y así esta información es recibida de manera instantánea por los agentes de comercio. Entonces, la única posibilidad es que un tercero trate de usar una tarjeta sustraída, y esta situación ya se encuentra tipificada en los numerales anteriores.

En relación a este punto la figura penal que mas se asemejaría es la de la estafa de seguro, en donde el tarjetahabiente trata de librarse de la obligación contraída señalando que es imposible que él mismo haya realizado una transacción que el mismo denunció. Esta figura y mas detalles se encuentran el acápite 3.1.4.

E.2.2. Bien jurídico protegido.

La función principal del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos “*y prevención de ataques lesivos a los mismos*”. El profesor Miguel Polaino nos ilustra respecto al concepto definiéndolo como “*denominación técnica que alude a aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida*”

*comunitaria del ser humano en Sociedad*⁷⁴

La importancia del bien jurídico radica en que *“sigue siendo un concepto trascendental para la determinación del contenido del injusto típico, así como la determinación de la función que corresponde desempeñar al Derecho Penal”*⁷⁵

El bien jurídico protegido, en la ley 20.009 resulta, a lo menos, complejo de determinar, debido a la diversidad de conductas sancionadas y a la falta de expresión clara de sus objetivos, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a catalogarlo como un bien jurídico supra individual, postulándose como bienes jurídicos el orden público económico, la fe pública, la confianza en los instrumentos de crédito y la seguridad del tráfico ilícito⁷⁶,

Así por ejemplo el ente persecutor, a través de la unidad especializada UDELCO a través de su instructivo, realiza una distinción señalando que la norma trataría de proteger en general al sistema financiero, y en particular el sistema de medios de pago *“reforzando las expectativas de los usuarios de tarjetas de crédito y débito, cuya confianza es vital para la subsistencia del sistema”*⁷⁷

En este mismo sentido el profesor Arturo Gómez expone: *“En cuanto al Bien Jurídico protegido por los tipos penales del artículo 5 de la Ley 20009, existen fallos de nuestros tribunales, que han señalado que el bien jurídico protegido es el patrimonio y otros se inclinan por sostener que el bien jurídico protegido es la fe pública.”*⁷⁸

⁷⁴ JAKOBS, POLAINO NAVARRETE, POLAINO.ORTS *“Bien jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social”* Ara Editores, 2010, Lima Perú. Pág. 35

⁷⁵ JAKOBS, POLAINO NAVARRETE, POLAINO.ORTS *“Bien jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social”* Ara Editores, 2010, Lima Perú. Pág. 54

⁷⁶ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 13

⁷⁷ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 13

⁷⁸ GOMEZ MIERES, Arturo. *“Tratamiento Jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de Crédito y*

La presente investigación estima que el bien jurídico protegido por la normativa es el orden público económico como ente rector, con la salvedad que estamos en presencia de una ley que protege individualmente los instrumentos objeto del comercio, como lo son específicamente las tarjetas de crédito y débito – entendiendo como tarjeta de débito un concepto mas amplio, que es analizado en los puntos siguientes de este trabajo-.

Como mencionamos, la presente ley no especifica cual es el objeto central de su protección, toca entonces a nosotros poder definirlo, y para llegar a establecer en el párrafo anterior que el bien jurídico protegido es el orden público económico nos centramos principalmente en que todas las conductas definidas por el artículo 5 son penadas por su mera actividad, en ninguna es necesario producir algún perjuicio en, por ejemplo, el patrimonio de algún individuo. Entonces, mal podríamos decir que el bien jurídico es el patrimonio individual –o de un tercero- cuando a este, la ley solo lo ve como una consecuencia, y desde allí, desde los resultados, es que la reprime y establece el inciso final del artículo 5 que ordena penar con la pena en su grado máximo a quien producto de las conductas antes descritas causa perjuicio a terceros. Lo anterior es una de las problemáticas en que nos encontrábamos antes de la dictación de la presente ley y de su tratamiento con figuras penales que defienden el patrimonio individual, como es la estafa, en ella es estrictamente necesario un perjuicio efectivamente causado, lo que no es imprescindible en las hipótesis fácticas descritas por el artículo 5.

Con esto adquiere mayor relevancia *“la seguridad del tráfico jurídico, en*

Débito. Ley 20.009” <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/12-G%C3%B3mez.pdf>, pág. 284

⁷⁸ <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11820&formato=pdf>

*cuanto de ella depende de la real producción de ciertos efectos jurídicos obligatorios que la ley ha atribuido a determinados objetos materiales*⁷⁹ y es esto lo que se está buscando cuando se penaliza el uso, falsificación, negociación fraudulenta con tarjetas de crédito o débito y no solo el patrimonio.

Finalmente, de esta manera, le damos una interpretación armónica a la ley 20009 en relación al bien jurídico protegido, toda vez que, en este caso es mucho más importante detectar en etapas tempranas la comisión del delito en post de la confianza que tiene depositada la sociedad en los distintos medios de pago, los cuales cada día adquieren más difusión e importancia.

E.2.3. Antijuridicidad y culpabilidad.

Antijuridicidad y culpabilidad son elementos esenciales para la configuración del delito. Respecto a la antijuridicidad es correcto señalar que proviene del vocablo alemán *Rechtswidrigkeit* que significa “lo contrario a derecho” y es desde esta vereda que varios autores han tratado de definirlo, comenzando intuitivamente que *“el delito es un hecho antijurídico en cuanto es contrario a las valoraciones del ordenamiento jurídico”*⁸⁰. El profesor Garrido Montt lo define 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 norma*

⁷⁹ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 136.

⁸⁰ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 353.

*penal no está excusado por una causal de justificación.*⁸¹. En términos doctrinarios podemos apreciar dos tendencias que intentan definir la antijuridicidad, en primer lugar la que la considera como “lo contrario a derecho”, como describe el profesor Rettig Espinoza “(es una) *perspectiva formal del injusto que centra el análisis en la infracción de la norma penal y que constituye un punto de vista derivado de la teoría imperativa de la norma, partidaria de un enfoque instrumental de la norma como medio para intervenir en el proceso decisorio de los destinatarios, dirigiendo su comportamiento hacia los fines prefijados por el derecho mediante mandatos o prohibiciones, razón por la cual deben tenerse en cuenta sus circunstancias.*”⁸² A su vez existe otra perspectiva, la cual es considerada dominante hoy en día, que enfoca la antijuridicidad en la lesión que produce el acto y la define como “(antijuridicidad) es *la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico protegido*”.⁸³

Otra importante distinción que existe en el dogmático jurídico penal es entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material. La primera atiende a la *contradicción* que existe entre la conducta con el mandato o prohibición establecida en la ley, que en la práctica no atiende a ninguna causal de justificación que autorice la realización de la conducta típica. A su vez la Antijuridicidad material, por su parte, significa que la conducta además de ser contraria al ordenamiento, lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho penal estimaba que debía ser protegido y también sirve para descartar el injusto en caso de colisión de dos bienes jurídicos, toda vez que se optaría el interés por el bien jurídico más valorado o preponderante en lugar del que

⁸¹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 102

⁸² RETTIG, Alfredo, “*Forseeable development in the connection between illegality and guilt*” “Revista de Derecho, Vol. XXII - N° 2 - Diciembre 2009, Valdivia Chile, Pág. 185

⁸³ RETTIG, Alfredo “*Forseeable development in the connection between illegality and guilt*” “Revista de Derecho, Vol. XXII - N° 2 - Diciembre 2009, Valdivia Chile, Pág. 185

se considere de menos valor jurídico. Ya se ha esbozado en el cuerpo de este trabajo que al menos la jurisprudencia ha establecido dos bienes jurídicos que las conductas descritas por la ley 20009 podrían dañar, estos son los que atentarían a los denominados supra bienes, que van mas allá de los que protegen intereses meramente individuales, si no que los que protegen el interés del todo de la sociedad, en este caso sería la fe pública comprometida en las transacciones comerciales (algo así como lo que trata de proteger los tipos que tipifican la falsificación y uso malicioso de instrumentos públicos y privados) eso por un lado, por otro, existe jurisprudencia, señalada, mas abajo que considera que el bien jurídico que se pone en riesgo es el patrimonio de las víctimas. Esta última, a nuestro entender, es menos correcta que la primera, debido a que, como hemos señalado, nos encontramos en presencia de un tipo que se completa con la sola realización de la actividad descrita, es de mera actividad, encontrándose el perjuicio al patrimonio de un tercero solo en sede de agravante.

Estamos ante una Causal de justificación en los casos que es la propia ley la que autoriza o permite la realización de una conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En nuestra legislación podemos distinguir cinco formas de causales de justificación, a saber: La legítima defensa, regulada en el art. 10 N° 4, 5 y 6 del Código Penal, que a su vez comprende tres sub categorías de legítima defensa; la propia, la de parientes y la de terceros extraños. El estado de necesidad justificante regulado en el art. 10 N° 7 C.P. El Cumplimiento de un deber, y ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, contemplado en el artículo 10 N° 10. El consentimiento de la víctima que si bien no se encuentra regulado expresamente se entiende respecto a situaciones de ausencia de tipicidad y sólo a

bienes jurídicamente disponibles. Por último, la omisión justificada que se encuentra prevista en el artículo 10 N° 12. En relación a este punto si bien cierto que no existe ninguna norma que restrinja la aplicación de alguna causal de justificación a los casos propuestos en el art 5 de la ley 20009, sería quizás, un poco forzada su aplicación.

En lo que corresponde al concepto de Culpabilidad, esta viene a completar la triada conceptual (junto a la tipicidad y antijuridicidad) para encontrarnos ante una conducta de acción que sea penada, es así que, “(...) *la exigencia de culpabilidad significa que ese hecho puede atribuirse subjetivamente a su autor, porque él estaba en condiciones de obrar diversamente.*”⁸⁴

Según CURY la culpabilidad es la “*reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho*”⁸⁵. Es decir, consiste, a grandes rasgos, en el juicio de reproche al sujeto que ejecuta una conducta típica y antijurídica, en un escenario que este se encontraba con sus capacidades en un estado de normalidad, opta por realizar una conducta prohibida pudiendo no hacerlo y ajustarla conforme a derecho. Por lo tanto, entendemos que es un pilar fundamental de este concepto penal, el de la libertad del individuo, el cual opta, libre de toda presión exterior y dentro de sus facultades psicofísicas, por ejecutar dentro el hecho descrito en el tipo.

Doctrinariamente se distingue también entre Culpabilidad formal y material, la

⁸⁴ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, pág. 167

⁸⁵ CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. Pág. 385.

primera se refiere a los elementos que forman la estructura de la culpabilidad. La material, a su vez, se refiere a los fundamentos de la culpabilidad, es decir, el por qué se exigen a un sujeto los elementos de la culpabilidad formal, o por qué el legislador hace a un sujeto responsable por su actuación. En palabras de JESCHECK, *“el concepto formal de culpabilidad comprende todos aquellos presupuestos que, en un ordenamiento jurídico dado, son indispensables para formular al agente la imputación subjetiva; mientras que el material busca desentrañar el contenido de esa imputación, el porqué de la misma”*⁸⁶.

En lo atinente al uso fraudulento de Tarjetas de Crédito y Débito, respecto al principio de antijuridicidad, como ya se ha dicho, sería forzoso esgrimirse alguna causal de justificación, el individuo actúa generalmente impulsado por el dolo que es necesario en todas las circunstancias definidas por el artículo 5 y es a su vez muy difícil pensar en alguna de las causales de justificación antes mencionadas.

En el caso de la culpabilidad, siguiendo el mismo orden de ideas, aun cuando exista dolo y una conducta tipificada como es el caso del delito tratado, se podría llegar a pensar que el Código Penal, en el artículo 489 que regula una excusa legal absoluta en relación al delito de fraude, hurtos y daños:

“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1° Los parientes consanguíneos en toda la línea recta.

2° Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.

⁸⁶ WEIGEND, Thomas, JESCHECK, Hans *“Tratado de Derecho Penal: Parte General”*, quinta Edición Comares, 2003, España, pág. 415

3° Los parientes afines en toda la línea recta.

4° DEROGADO.

5° Los cónyuges.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participen del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior.

Además, esta exención no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años.

Es decir, lo anterior sería posible de ser aplicado cuando existan los componentes para que poder catalogar las conductas descritas como una especie de las defraudaciones, lo que solo es posible cuando haya un detrimento patrimonial y el engaño sea realizado en contra de otra persona, no siendo estos dos últimos puntos posibles, no corresponde la aplicación de la norma antes transcrita por no detentar las características elementales del fraude como ya ha sido señalado en acápites anteriores.

E.2.4. Iter criminis.

Al adentrarnos en las etapas de desarrollo de un delito, debemos tomar en cuenta en fin que comprende el Derecho Penal, toda vez que protege los bienes jurídicos que estima más valiosos para la sociedad, es por ello que la facultad punitiva del Estado no se limita a intervenir cuando materialmente efectivamente se lesiona el bien en cuestión, sino que también puede intervenir de manera preventiva,

en caso de que haya un riesgo real, serio o inminente de un daño al bien jurídico protegido, en otras palabras, cuando el hecho punible no haya sido ejecutado de forma completa o perfecta. En contraste si el agente no consuma el delito, se entiende como una ejecución imperfecta de la que distinguimos el delito tentado y el delito frustrado, que también desde el punto de vista del legislador merecen una aplicación de sanción penal.

Es esta distinción que regula nuestro Código Penal en su artículo 7:

“Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando 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.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”

Doctrinariamente en las etapas de desarrollo de un delito se distingue entre una fase interna y una fase externa del delito que el profesor Garrido Montt las detalla de la siguiente manera:

“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 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.*⁸⁷

La fase interna tiene lugar en la psiquis del sujeto, y consiste en la ideación, deliberación y deseo de cometer un delito. Esta etapa no siempre es fácil de determinar en la práctica, si bien no es gravitante para el Derecho Penal, sólo lo sería en el acontecimiento de que la resolución delictiva se exteriorice en una conducta, sólo en ese momento tendrá importancia determinar cuál era la voluntad final del agente. En otras palabras, no existe punibilidad respecto a la fase interna toda vez que no son los pensamientos los castigados por el ordenamiento jurídico si no las acciones.

Ahora bien, en lo atinente a la distinción formulada por el artículo 7 del Código, estamos ante una tentativa *“...cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”*. Se entiende que el agente debe ejecutar un acto directo, debe exteriorizar su intención de cometer un ilícito por medio de un hecho externo que sea perceptible por los sentidos. En la misma línea de ideas, estamos ante una tentativa delictual en el momento que el actor inicia una acción delictual y esta se paraliza o suspende, no por voluntad propia del agente, no logrando cometer el delito tipificado. Por lo que podemos observar dos elementos de la tentativa exteriorizar el pensamiento, plan o resolución delictiva mediante un hecho directo y el llamado principio de ejecución del delito.

La doctrina se ha pronunciado, respecto a la tentativa, en este sentido definiendo; *“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*

⁸⁷ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 261

*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*⁸⁸.

Para el caso en cuestión podríamos encontrarnos ante una tentativa en el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito, toda vez existen varias de las hipótesis del artículo 5 de la ley analizada que son posibles de fraccionar; como por ejemplo **exportar o importar**, actividades que requieren de una serie de acciones destinadas a trasladar desde un país a otro el objeto material –en este caso, tarjeta de crédito o débito-, **distribuir**, las cadenas de distribución en las distintas áreas de la economía sirven de ejemplo para graficar que este es un *proceso* más que un solo hecho aislado, **negociar** es un concepto amplio, con diversas etapas que involucra incluso diferentes actores en cada una de ellas. Otro verbo rector que podría fraccionarse y con lo cual dar paso a la tentativa es el de **Falsificar** tarjetas de crédito o débito, toda vez que falsificar involucra un proceso, complejo, y de diferentes etapas que tienen como objetivo que el producto de dicho proceso sea la creación de un plástico con idénticas características a las tarjetas de crédito. Entonces bien podría cometer el delito en fase de tentativa quien es sorprendido en el proceso de creación de nuevas tarjetas y antes de que ellas estuvieran completamente terminadas y dispuestas a ser usadas.

⁸⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, CECILIA. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, pág. 369

Respecto al delito frustrado el artículo 7 nos señala que habrá *“crimen o simple delito frustrado cuando 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.”* Entendemos en este caso que el agente ejecuta totalmente la acción para producir el resultado lesivo pero el delito no se consuma, por como dice la norma vista, causas totalmente ajenas a su voluntad (el clásico ejemplo pedagógico es disparar con un arma de fuego a una persona con la intención de matarla, pero esta acude a un hospital donde lo intervienen y logran salvar su vida). Doctrinariamente se afirma que *“la frustración es acción terminada, pero sin el resultado típico esperado; de consiguiente, el delito frustrado puede presentarse únicamente en los delitos denominados materiales o de resultado.”*⁸⁹

Ya que como mencionamos anteriormente, los delitos formales o de mera actividad con la simple ejecución de la conducta prescrita en la ley penal ya se encuentra consumado el delito. Es por lo mismo que el delito frustrado tampoco tiene cabida en el delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito, porque no se considera un delito de resultado.

Nos encontramos ante un delito consumado, al momento que el agente o autor realiza perfectamente la conducta tipificada, en otras palabras, cuando el acto delictivo fue ejecutado completamente, lesionando, por lo tanto, al bien jurídico protegido por el ordenamiento. El profesor Sergio Politoff señala en este sentido que *“Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado” (art. 50 del C.P.). Un delito está consumado únicamente cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo. El jurista italiano*

⁸⁹ GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 267

ANTOLISEI lo expresa así: “el delito está consumado cuando el hecho concreto responde exacta y enteramente al tipo abstracto, delineado por la ley en una norma incriminadora especial”. En suma, sólo puede decirse que un delito está consumado con arreglo al tipo legal de que se trate (“todos los actos que son esenciales para la ejecución del delito”, al decir de nuestra jurisprudencia).

De la circunstancia que la consumación sea un concepto que sólo puede inferirse de la ley, se sigue que el delito se consuma, esto es, está “perfecto” en todos sus ingredientes, desde que se realizan todos los supuestos de la descripción típica, aunque el agente no haya obtenido los eventuales propósitos ulteriores que perseguía con la perpetración del delito”⁹⁰

Ahora bien, dogmáticamente se distingue según las características de la consumación del delito, en este sentido, el profesor Sergio Politoff⁹¹ expresa:

- 1.- Delitos formales o de simple actividad: Nos encontramos ante esta categoría cuando la comisión del delito depende sólo de la realización de la conducta prohibida tipificada por la ley penal, sin importar si se logra el resultado. Solo importa que se origine la acción para que la pena actúe.
- 2.-Delitos de resultado: Para que concurra esta hipótesis, junto con la acción, también debe concurrir un resultado determinado para que la conducta sea punible. Desde el punto de vista penal, el resultado puede consistir en una puesta en peligro o en una lesión efectiva del bien jurídico protegido.
- 3.- Delitos instantáneos; son aquellos que se perfeccionan en un solo un momento, que se consuman y agotan en un momento que temporalmente no

⁹⁰ POLITOFF, Sergio “Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración” primera edición, 2009, editorial Jurídica de Chile, Santiago. Pág. 13.

⁹¹ POLITOFF, Sergio “Derecho Penal Tomo I” Primera Edición, 1997, Ed. Conosur, Santiago. Pág. 231-236

se puede distinguir o apreciar y que, por ende, se encuentran terminados con la acción y su resultado.

4.-Delitos permanentes: Para encontrarnos bajo esta categoría que tienen la particularidad de crear un estado delictivo que se prolonga indefinidamente en el tiempo, no obstante haberse perfeccionado en un momento, de tal manera que ellos se continúan consumando indefinidamente, mientras subsista el mencionado estado.

Bajo la clasificación antes señalada es que podemos establecer que los distintos tipos descritos en el artículo 5 de la ley 20.009 son *delitos de mera actividad*, así, por ejemplo, el tipo se verá totalmente satisfecho cuando un individuo meramente *usa, vende, exporta o negocia* con tarjetas de crédito falsificadas o sustraídas independiente del resultado de su acción, para configurar el ilícito no es necesario un detrimento en el patrimonio de ninguna persona. Recordemos que el inciso final del artículo 5 contempla solo como agravante en la determinación de la pena la circunstancia que producto de la realización de las conductas señaladas se produzca un perjuicio a terceros y que a continuación pasamos a estudiar.

E.2.5. Circunstancia modificadora de la responsabilidad.

Agravante.

La aplicación de las penas está regulada en nuestro Código Penal en el artículo 50 y siguientes, luego, estas normas son “*un conjunto de reglas para imponer*

las penas y conforme a esas reglas puede ser necesario aplicar la pena superior en grado a la fijada por el legislador para el delito de que se trate; puede, a su vez, ser necesario aplicar la pena inferior en grado⁹².

Ahora bien, el Código Penal nos indica en su artículo 77 cómo es que se debe aplicar dicha circunstancia modificadora: “Art. 77: *En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada. (...)*”

Teniendo presente lo anterior, pasamos a analizar la pena asignada al delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, el cual es bastante singular en su redacción, toda vez que el artículo 5 establece en su inciso final lo siguiente:

*“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**”*

Al distinguir aplicando el grado máximo cuando la acción produce perjuicio a terceros “se desprende con nitidez que el perjuicio no es requisito para la consumación de las distintas hipótesis típicas, sino sólo factor de calificación (...). De ahí que pueda decirse en principio que se trata de delitos de mera actividad”⁹³. Pero así mismo el perjuicio es un hecho que debe existir para que el ordenamiento jurídico comience a producir efectos, en este sentido, que se consume la agravante. La particularidad de esta norma viene dada porque, aunque la ley se enuncia como fraude, deja de lado un elemento fundamental de este delito, ya que el perjuicio,

⁹² GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 308.

⁹³ HERNÁNDEZ, Héctor. Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves. Política Criminal N° 5 (2008) Pág.

como observamos anteriormente, sólo es considerado como agravante.

Desde la perspectiva jurisprudencial para verificar la configuración del perjuicio los fallos han sido diversos *“Así, por ejemplo, se han mencionados como hitos demarcadores de la configuración del perjuicio la salida del bien adquirido por el delincuente de la esfera de custodia constituida por el local comercial; el momento en que son reversados los fondos indebidamente apropiados en la cuenta del tarjetahabiente; o cuando se produce el cargo en la cuenta corriente del titular de la tarjeta, entre otros”*⁹⁴. El profesor Hernández concluye su análisis estimando que la mejor forma de entender el perjuicio patrimonial es asimilarlo a la estafa, *“debería darse la misma discusión que se da en materia de estafa. Por nuestra parte, en consecuencia, debemos insistir en que ya se ha verificado un perjuicio patrimonial cuando se aumenta el pasivo de un patrimonio, aunque con posterioridad ese crédito en contra no sea ejecutado”*⁹⁵. Coincidimos con esta visión de detrimento de patrimonio, toda vez que estimamos que incluso en el crédito o en la posibilidad de utilizar un crédito multi rotativo, como es el caso de las tarjetas de crédito, se configura atacado un derecho adquirido y que a su vez ya forma parte del patrimonio de la víctima.

En lo concerniente al concepto de terceros, la jurisprudencia se ha expresado en dos sentidos: *“a) Aquella que entiende que tercero es cualquier persona que resulte afectado, excluyendo al tarjetahabiente b) Simplemente cualquier persona que resulte afectada, incluyendo al tarjetahabiente.”*⁹⁶ La doctrina entiende por

⁹⁴ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 17

⁹⁵ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves.” Política Criminal N° 5 (2008) Pág. 36

⁹⁶ Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 17

perjuicio a terceros cualquier “perjuicio patrimonial a otro, distinto del propio agente. Nada sugiere que en este caso se deba adoptar una interpretación distinta de la que rige sin contrapeso respecto de fórmulas equivalentes, en que la exigencia de perjuicio se asocia expresamente a un “tercero”, como ocurre en los arts. 197 CP (“con perjuicio de tercero”), 470 N° 3 CP (“en perjuicio del mismo [otro] o de un tercero”) y 471 N° 1 CP (“con perjuicio de éste [quien tiene legítimamente la cosa] o de un tercero”), fórmulas que nunca han dado lugar a una interpretación diferente de la que rige para los demás tipos que simplemente exigen el perjuicio de “otro”, sea determinado (el Estado, un particular, los acreedores, etc.) o indeterminado”⁹⁷. La importancia de diferenciar al tercero afectado radica en determinar si el perjuicio que se alega por el delito ciertamente concurrió o no lo hizo, pero de igual manera “nuestra jurisprudencia⁹⁸ ha entendido que no se requiere perjuicio de terceros para la consumación del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito y que su existencia solo tiene por objeto calificar el tipo penal e incide en la determinación del quantum de la pena.”⁹⁹ Por lo tanto, el concepto de tercero debe aproximarse a esto último, toda vez que el tarjetahabiente es un tercero independiente y que a su vez ve mermado su crédito (o saldo en su cuenta corriente, en el caso de las tarjetas de debito) y por lo tanto se debe aplicar la pena en su grado máximo todas la veces en que este sufre un detrimento en su patrimonio. Lo anterior también se basa en un análisis de los supuestos de hecho, los que como ya se ha esbozado solo son delitos

⁹⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sus claves.” Política Criminal N° 5 (2008) Pág. 36

⁹⁸ Ver 3° TOP SANTIAGO, RIT 195-2006, 12 de septiembre de 2006 y 7° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. RIT N° 1063-2005, 20 de marzo de 2006

⁹⁹ GOMEZ MIERES, Arturo. “Tratamiento Jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de Crédito y Débito. Ley 20.009” <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/12-G%C3%B3mez.pdf>, pág. 281

⁹⁹ <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=11820&formato=pdf>

de mera actividad, por lo tanto, si comprendemos el concepto de terceros solo a las personas extrañas al hecho ilícito se pierde el sentido, el fin de la norma, ya que solo en casos muy particulares, casi de laboratorio, se podría dar el caso de un perjuicio a terceros que no sea específicamente el tarjetahabiente.

**F. CAPÍTULO CUARTO: SITUACIÓN POSTERIOR A LA
ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.009.**

Como mencionamos con anterioridad, el principal objetivo que promovió el legislador con la redacción de esta ley fue regular y proteger a los tarjetahabientes de tarjetas de crédito o débito, que como señala en su artículo 1º, *“podrán limitar su responsabilidad en los términos establecidos por esta ley, en caso de hurto, robo o extravío, dando aviso pertinente al organismo emisor”*. Estableciendo una presunción simplemente legal a favor del titular de la tarjeta, siendo el emisor el que tendrá que probar que el uso de la tarjeta fue efectivamente realizado o no por un tercero.

Es este nuevo escenario que pretende abarcar la ley analizada, haciéndose cargo de un tema, que, por su multiplicidad de factores intervinientes, e innovación, es que no se encuentra exento de problemas tanto en su arista de análisis doctrinario como en la práctica jurisprudencial.

F.1. Aspectos positivos generados con la entrada en vigencia de la Ley.

A continuación, distinguiremos las principales virtudes con las que, la ley 20.009, irrumpe en el ordenamiento jurídico.

F.1.1. Tipo penal único.

Quizás el aspecto más relevante que se observa con la dictación de esta ley, es la creación de un tipo penal especial para el uso fraudulento de las tarjetas de crédito o débito, que viene a llenar un importante vacío en la legislación nacional

respecto a otorgar una protección efectiva a los usuarios de tarjetas de crédito en los casos que señala la ley en su título “Extraviadas, Hurtadas o Robadas”. Este cambio es motivado por un legislador que da cuenta de un problema ya que estos delitos llamados “tecnológicos” no siempre podían ser subsumidos en los tipos penales clásicos tratados en nuestro Código como lo son el delito de hurto o estafa – analizados precedentemente-, cuando la consumación de los delitos no siempre recaen sobre cosas materiales como un cheque o una moneda, si no sobre datos informáticos, que conllevaban *“consecuencias, que son sencillamente ineludibles desde un punto de vista conceptual si se insiste en la calificación jurídica del hecho a título de hurto, resultan a todas luces insatisfactorias y demuestran que el ordenamiento jurídico chileno carecía de tipos penales que protegieran adecuadamente el patrimonio del titular de la tarjeta falsificada o sustraída”*¹⁰⁰, respecto a la figura de estafa, se mencionó con anterioridad la imposibilidad que existe en lo atinente a un elemento esencial de esta, como es el engaño para inducir a un error a otra persona (no a un maquina). En otras palabras, el tarjetahabiente quedaba en una situación de indefensión frente al ilícito y es precisamente es este vacío *“que la ley (viene a) tipificar en términos genéricos el uso de las tarjetas falsificadas o sustraídas (...), se resuelve limpia y unitariamente el conjunto de casos que más importan a la práctica (...). Sea que la tarjeta se use en un cajero automático, en un expendedor automático de bienes o servicios, en un terminal electrónico o ante el dependiente en un establecimiento de comercio, en la actualidad no cabe duda de que debe aplicarse el art. 5º de la Ley Nº 20.009”*¹⁰¹.

¹⁰⁰ HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 14

¹⁰¹ HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 29

Aunque este tema haya sido incluido en el ante proyecto de Foro Penal, no es menos cierto que dicho proceso de constitución de un nuevo código se encuentra – hace años- en su primera fase de tramitación, la sociedad necesitaba una legislación acorde a los tiempos que vive y esta norma vino a solucionar, con todas sus limitantes analizadas, un problema que era necesario a todas luces atacar.

F.1.2. Relación interna de los intervinientes.

Otra importante arista que la ley viene a tratar, es la dificultad existente en delimitar un problema que existente en el día a día por encontrarnos inmersos en una sociedad donde las tarjetas de crédito son parte esencial de la actividad comercial de una persona. Nos referimos al caso que es el mismo tarjetahabiente que facilita de forma completamente voluntaria a otra persona su tarjeta y su clave para que este realice un encargo específico y *“este “mandatario” se extralimita en sus competencias, y extrae más dinero del solicitado, apropiándose o bien aplica la tarjeta para costear gastos personales o adquirir bienes o servicios para sí mismo.”*¹⁰²

Si bien aún se discute doctrinaria y jurisprudencialmente el problema de cómo y cuándo limitar la responsabilidad por el uso abusivo de la tarjeta, coincidimos con el profesor Hernández respecto a esta disyuntiva, quien señala *“que la construcción del nuevo derecho vigente exclusivamente a partir de las tarjetas “falsificadas o sustraídas” resuelve en términos negativos la cuestión de la relevancia penal del uso abusivo de las tarjetas voluntariamente entregadas por el titular, al menos en sede de*

¹⁰² Instructivo para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO min público. pág. 16

la Ley Nº 20.009.” y para el caso de adjudicar o limitar la responsabilidad penal siempre se puede recurrir a la figura de la estafa o en caso de una ejecución más específica la conducta se podría sancionar por medio del tipo de apropiación indebida o administración desleal.¹⁰³

Sin embargo, es evidente que, por ser un caso tan complejo que estima múltiples variantes, como la confianza, el encargo específico, la entrega de datos de forma libre y voluntaria, el tiempo en que se consuma el delito, entre otros. Es que el análisis que se debe efectuar por parte del sentenciador debe ser caso a caso ya sea que se configure el delito dentro de alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 5º de la ley 20.009 o en otras figuras tipificadas en nuestro ordenamiento.

F.2. Aspectos negativos.

F.2.1. Tratamiento independiente dentro del Derecho Penal y su conformación orgánica del uso indebido de tarjeta de crédito o débito.

La creación de la ley 20.009 buscaba llenar un evidente vacío respecto a las relaciones jurídicas que se derivaban del uso de una tarjeta de crédito, limitando la responsabilidad del tarjetahabiente en caso de extravío, hurto o robo de la misma y a su vez tipificando los casos en que se incurría en este abuso o mal uso de la tarjeta. Sin embargo, esta necesidad de protección penal no fue canalizada, a nuestro juicio,

¹⁰³ HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 30

de manera adecuada, toda vez que se crea una ley independiente y que no está redactada de manera orgánica.

Creemos que lo anterior se debe básicamente a que en sus orígenes esta ley nace con el firme objetivo de restringir la responsabilidad de los tarjetahabientes dentro del área civil, la moción presentada por los parlamentarios es clara: *“El actual sistema de las notificaciones de extravío, hurto o robo de una tarjeta, generalmente está regulado en los contratos que deben firmar quienes desean operar con este tipo de documentos, contratos que se definen como contratos de adhesión, esto es, contratos en los cuales el cliente, futuro tarjeta habiente, tiene como exclusivas posibilidades el aceptar o rechazar la oferta que se le hace en formularios pre impresos.”*¹⁰⁴ En ningún párrafo de la moción parlamentaria, en donde se dictan los fundamentos que sirven de base para la redacción de la Ley 20009 hace referencia a crear un tipo penal por el uso fraudulento de las tarjetas de crédito o débito.

Luego el ilícito penal solo es agregado a la discusión parlamentaria por el Senador Lavanderos¹⁰⁵, a propósito de consultada la opinión del abogado penalista Waldo del Villar Brito¹⁰⁶. Esta idea es apoyada en la intervención que realiza el senador Burgos en cual manifiesta que *“(…) aprovechando la idea matriz del proyecto, optó por ampliar el concepto de una segunda protección, es decir, cuando está en sede penal, cuando ha habido **daños concretos** y se configura un ilícito. Es muy importante esta incorporación, que creemos que también debemos aprobar,*

¹⁰⁴ Moción de los señores Diputados Eduardo Saffirio, Patricio Walker, Iván Paredes, Fidel Espinoza, José Miguel Ortiz, Jorge Burgos, Exequiel Silva, Patricio Hales, Camilo Escalona. Fecha 14 de noviembre 2002. Cuenta en Sesión 21 Legislatura 348.

¹⁰⁵ Historia de la Ley N° 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005, pág. 61.

¹⁰⁶ Historia de la Ley N° 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005, pág. 67.

*ojalá por unanimidad, porque, hasta el momento, cuando se comete un fraude de cualquier naturaleza mediante el mal uso de una tarjeta de crédito, los perjudicados deben recurrir a los tipos generales del Código Penal, como son la estafa, la apropiación indebida o, atendido el origen del ilícito, el robo o el de hurto, lo cual, obviamente, complica las cosas, porque estamos en presencia de conductas ilícitas muy concretas, como las que, a nuestro juicio de manera bastante clara, configura el Senado en el artículo 5º(...)¹⁰⁷. Lo paradójico es que se llama a votar por esta moción cuando existen *daños concretos*, sin embargo, como nos hemos dado cuenta en el transcurso de este trabajo, estamos en presencia de ilícito de mera actividad. Esto en definitiva da cuenta de la poca prolijidad en el manejo de los conceptos en la elaboración de la ley, la que a nuestro juicio fue de redactada de manera apresurada y en el contexto de la discusión de una materia civil.*

Sin embargo, en la historia de la ley encontramos a una opinión que nos llama profundamente la atención, es la del Señor Enrique Sepúlveda Rodríguez, Jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción el cual manifiesta expresamente sus aprehensiones al respecto: (...) *se debe tener presente no solo el proyecto de ley de delitos informáticos, sino el sistema penal en general. Al efecto, el Ministerio de Justicia constituyó el Foro Penal (instancia en la cual participan 32 profesores de Derecho Penal, periódicamente, para estudiar la legislación penal y con la orientación de elaborar un nuevo código del ramo), de manera que sería muy interesante escucharlos y, eventualmente, renunciar a tipificar*

¹⁰⁷ Historia de la Ley Nº 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005, pág. 80.

*delitos inorgánicamente si se está próximo a uniformar las leyes penales (...)*¹⁰⁸.

Esta última opinión, como es posible inferir, no fue tomada en cuenta por los legisladores chilenos, y puede considerarse, en nuestra opinión, que es un error que afecta ostensiblemente la calidad de la norma en estudio.

Como conclusión a este punto es que podemos señalar que lo dispuesto en el numeral E.1 de este trabajo, en donde mencionamos los puntos de encuentro con otros ilícitos penales –a saber; delito informático, falsificación de moneda, falsificación de instrumento privado, estafa y fraude de seguro- generan un conflicto que de haberse dictado esta ley de manera orgánica nunca se hubiesen suscitado.

F.2.2. Verbos rectores difusos.

Una de las principales críticas que se formulan a la ley N° 20.009 es el uso de distintos verbos rectores en que puede incurrir la conducta ilícita, si bien en la mayoría no se suscita problema alguno (como en el verbo “falsificar” o “vender”). En otros al usar, por ejemplo, el verbo rector “negociar”, se expande demasiado el espectro de posibilidades de comisión del delito, deslindando incluso con otros tipos penales, lo que lleva como resultado a que el ente persecutor formalice por delitos diferentes, como los señalados en *supra E.1*.

Otros verbos rectores han generado un debate doctrinario que se refleja, en la práctica, en decisiones inconsistentes de nuestros Tribunales de justicia generando incertidumbre respecto al bien jurídico protegido. Así por un lado tenemos los

¹⁰⁸ Historia de la Ley N° 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005, pág. 15.

argumentos del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que estima que “...en el parecer de estos magistrados, el bien jurídico que ha querido proteger el legislador al estatuir en esta norma, ha sido la fe pública, castigando con ello la falsedad, toda vez que los cuatro acusados, no siendo los titulares legítimos de las tarjetas bancarias de propiedad de occiso, las utilizaron y se sirvieron de ellas de manera ilegítima y dolosa, consiguiendo para sí los dineros pertenecientes a la víctima don Pedro Mattar Oyarzún”¹⁰⁹. Y por otro lado, los argumentos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar razonan en base a “...Que 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 de 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”¹¹⁰.

A este respecto podemos inferir que por el afán de lograr un grado acertado de abstracción o una norma demasiado descriptiva es que se incurrió en verbos difusos que dificultan la configuración del ilícito. Por otro lado, actuando con un punitivismo exacerbado en algunos casos (como por ejemplo el de un mandatario que se extralimite de sus facultades y utilice la tarjeta de crédito de su mandante para otros fines que los encomendados) o dejando a la víctima en la indefensión (como el caso visto precedentemente de la clonación de tarjetas donde el tarjetahabiente no podrá siempre dar aviso oportuno al emisor y sólo percatarse que fue víctima del delito cuando revise su saldo) es que se vuelve necesario dar un tratamiento orgánico y en

¹⁰⁹ Fallo del 3° TOP de Santiago, RIT N° 195-2006, 12 de septiembre de 2006.

¹¹⁰ Fallo del TOP de Viña del Mar, RIT N° 1-2006, 25 de febrero de 2006.

armonía con el catálogo de ilícitos del Código Penal hileno.

F.2.3. Objeto de la figura típica, “tarjetas de crédito o débito”.

Un debate interesante se lleva a cabo a propósito de la expresión legal utilizada para definir el objeto de la figura típica, es decir “las tarjetas de crédito o débito”.

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

Lo que viene a reafirmar la incertidumbre que se manifiesta en fallos

discordantes respecto a los tipos penales que recaen cuando en delito fraudulento no es sobre las tarjetas de crédito y débito analizadas en este trabajo, si no, por ejemplo, en una tarjeta de prepago o gracias al dinámico avance tecnológico, en un dispositivo que intervenga en las relaciones comerciales similares a las tarjetas, pero con un uso diferente.

Ahora bien, el problema es que la norma no es lo suficientemente clara en su alcance, entonces es labor del intérprete el de definirlo. Sabemos muy bien que el principio de reserva o legalidad nos impide alejarnos de lo que no este expresamente definido por la ley. Sin embargo, no es menos cierto, que algunos vocablos, por su naturaleza, son definidos por otras áreas del derecho, es así como las expresiones “tarjeta de crédito” y “tarjeta de débito” que están dentro de una normativa penal, su definición se remite a la regulación civil, en este caso a las normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras. Ahora bien, en relación a la definición de las tarjetas de crédito no hay problemas, sabemos que existe un titular y una línea de crédito asociada a ella, el problema se genera con otros medios de pago que no sean tarjetas de crédito o débito y aquí el problema se podría llegar a solucionar en base a encuadrar todos los demás medios de pago dentro del concepto de tarjetas de débito. Recordemos la definición que utilizamos al comienzo de esta investigación: *“cualquiera tarjeta u otro documento que identifica a su titular con su emisor y que sea utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema que cuenten con dispositivos electrónicos que operen con captura en línea de las transacciones y que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del Titular y acreditados en la cuenta del beneficiario, sólo si dichas transacciones son autorizadas y existen fondos*

suficientes". En las palabras subrayadas es posible encontrar la solución ya que los distintos medios de pago que conocemos hasta el momento (y que no son tarjetas de débito tradicionales), imagínense monederos virtuales, PayPal, botones de pago, Giftcards etc., todas cumplen con lo esencial que distingue a una tarjeta de débito, todas en algún momento de la transacción refieren a montos que se debitan de una cuenta asociada a un titular.

Como vemos la situación puede ser salvada de acuerdo al ejercicio lógico que acabamos de realizar, sin embargo, el legislador podría haberlo solucionado en una etapa más temprana, tipificando de una manera más genérica y pensando en los nuevos sistemas de pago que nos entrega la tecnología hoy en día.

F.2.4. Uso de claves no asociadas a las tarjetas de crédito o débito.

En este punto volvemos a un problema de redacción, la letra e) del artículo 5 establece que se cometerá el ilícito de uso fraudulenta de tarjeta de crédito o débito cuando el agente realice lo siguiente: *"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.* Esto conlleva a una desprotección en la cual quedarían las claves de acceso al sistema informático de la víctima, y que no estén asociadas a una tarjeta de crédito o débito, -mencionamos en el punto anterior novedosos sistemas de pago que se utilizan en la actualidad- con lo cual se podría llegar a realizar una afectación al patrimonio de la misma.

En el punto anterior salvamos la situación gracias a que existen definiciones del concepto de tarjetas de débito que engloban otros medios de pago, pero en el caso de la letra e) la situación es más crítica ya que derechamente apunta a los números que expresamente contienen las tarjetas, en su elemento material. Lo anterior restringe la aplicación y deja al descubierto una puerta que para realizar disposiciones de dinero de plataformas que no utilicen una tarjeta física para operar.

La doctrina entiende que no debería tratarse estos casos diferentes a los de la ley N° 20.009, por ser muy similar la afectación patrimonial y la protección que se debe dar a este. En el mismo sentido, Hernández utiliza esta misma lógica, *“desde esa perspectiva parece preferible una tipificación más amplia basada en las claves mismas más que en los sistemas a que están asociadas, como la que ofrecen los proyectos legislativos que tipifican el llamado fraude informático incluyendo la variante del uso indebido de “datos verdaderos”, sin perjuicio de los problemas de delimitación que dicha solución plantea. Por de pronto, estos casos deben abordarse de la mano de los restantes tipos penales disponibles”*¹¹¹.

F.2.5. Definición de bien jurídico protegido y su alcance.

Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente no es pacífica la definición del bien jurídico protegido por los tipos penales de la ley 20.009, toda vez que, como se

¹¹¹ HERNANDEZ, Héctor “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y sus claves” pág. 32-33

expuso con anterioridad no queda nítidamente claro, ya que por un lado se señala que el bien jurídico es el patrimonio mermado de la víctima dueña de la tarjeta, empero como ya se analizó, el perjuicio sólo opera como agravante del delito y no como elemento esencial del fraude, esta inclinación doctrinal no es dominante.

Por otro lado, la mayoría de los fallos relacionados a este tipo de delitos han esgrimido la fe pública o el orden público económico como el bien jurídico protegido, en este sentido es ilustrativo los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y del 3º Tribunal Oral En lo Penal de Santiago que señalan:

“proteger la confianza en los instrumentos de créditos para las transacciones comerciales y, por tanto, el bien jurídico protegido es el orden público económico”¹¹²

Y en ese mismo lineamiento La Corte de Apelaciones de Valparaíso, dispone en su considerando séptimo;

“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.”¹¹³

De esta problemática interpretativa entendemos que es del todo dañino para el sentenciador no poder constar con una ley clara que atienda a la protección de un bien jurídico claramente establecido, toda vez es trascendental determinarlo para entender si los delitos revisados son de la misma especie y merecen la aplicación de la norma concreta y en definitiva la pena a determinar.

¹¹² TOP 3º, Santiago. 12 de septiembre 2006. RIT: 195-2006

¹¹³ CA Valparaíso. 26 de abril 2006. ROL N°: 246-2006.

G. CAPITULO QUINTO: CONCLUSIONES.

La Ley 20.009 de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito irrumpe en el ordenamiento jurídico nacional de manera abrupta. Es correcto recordar que la

génesis de la misma buscaba solo deslindar la responsabilidad civil de los tarjetahabientes cuando, a propósito de pérdidas o sustracciones, terceros abusaban del crédito o saldo del titular. Esta situación era solucionada a través de contratos de adhesión con compañías aseguradoras, las cuales, en muchas oportunidades, dejaban en indefensión a los mismos usuarios.

Una de las formas que dispone el ordenamiento legislativo nacional para la creación de leyes, es a través de una moción presentada por a lo menos diez diputados o senadores a su respectiva cámara. Así ocurrió en el caso de la ley 20.009, la cual fue presentada al congreso bajo las mismas premisas que mencionamos más arriba. Luego, el proceso legislativo contempla la revisión por, en este caso, el Senado, de todos los aspectos que la norma abarca. Este segundo paso en el proceso de creación de una ley es el que nos interesa, debido a que es justamente en éste donde se adiciona el artículo 5, el que precisamente tiene la característica de ser una ley del tipo penal.

Así las cosas, tenemos un artículo penal agregado a una ley que tiene como fin regular una materia civil. Su inclusión en el segundo trámite legislativo produce el efecto de que los congresistas que discutieron la ley en general no le tomaran el peso suficiente que requería la aprobación de un artículo con notables efectos en ámbito penal.

Este trabajo se hace cargo de lo anterior y analiza precisamente el artículo 5 bajo una perspectiva dogmática del derecho penal.

De este modo la presente investigación comienza por realizar un estudio del marco normativo que regula a las tarjetas de crédito y débito, partiendo por los antecedentes históricos de las mismas tarjetas, tanto en el ámbito nacional como

extranjero. Más adelante analiza el sistema de pagos en el cual está inmerso el mercado de las tarjetas de crédito. En este punto en especial, es bueno destacar la definición que realiza la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras en relación a la definición que se hace del concepto tarjeta de débito, en el cual, es posible englobar todas las operaciones de pago que debiten, por parte del titular, contra un saldo previamente corroborado.

En el acápite siguiente analizamos las dos vertientes que podría haber seguido el legislador para dar una respuesta al ilícito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito. Por un lado, realizar una definición sumamente específica del delito y del objeto material en el cual recae y por otro el de definir de manera genérica el concepto de medio de pago involucrado. En Chile optamos por el segundo, definiendo de manera clara los hechos ilícitos que serán castigados y también el objeto material sobre el cual recae el ilícito. Lo anterior, con la sutil diferencia de que el concepto de tarjeta de débito está definido de manera más amplia en legislaciones especializadas que dicen relación con los bancos. A raíz de lo anterior podemos señalar que Chile sigue un modelo que trata de definir de manera exhaustiva el delito, pero atenuado por definiciones realizadas por entes especializados en relación al objeto material del ilícito.

Luego, nos enfocamos en realizar un estudio de los delitos que colindan con el de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, cuáles son sus alcances y de qué manera podría, en algún momento, ayudarnos a solucionar el hecho ilícito antes de la promulgación de la presente ley. Es así como analizamos que desde la perspectiva del delito informático no se logra dar una solución debido a que éste solo protege la información contenida en bases de datos y no así las conductas necesarias para

operar de manera fraudulenta las tarjetas de crédito y débito. Pasamos a estudiar cómo dos delitos que protegen bienes jurídicos similares, la falsificación de moneda y la de instrumento privado mercantil nos podrían dar una solución, pero sin embargo existen diferencias en torno a la definición específica del ilícito que los separan. Bajo esta perspectiva, creemos que el Ante Proyecto de Código Penal está en la línea correcta al tratar el delito de uso fraudulento de tarjetas en su acápite de ilícitos relacionados con los medios de pago, lamentablemente ha sido una reforma que ha demorado mucho en convertirse en realidad, el tiempo avanza y la ley 20.009 no se hizo esperar en post de combatir un delito que cada vez se hacía más común.

En esta línea de ideas comparamos las posibles soluciones que nos daba el fraude para solucionar los temas relacionados con el uso fraudulento de tarjetas, ya sea porque el apelativo “fraudulento” instintivamente nos acerca a la estafa o por la amplitud de conductas que pueden ser subsumidas en el artículo 473 del Código Penal. En un principio el problema radicaba en que en la mayoría de las circunstancias no existe “engaño” hecho de la esencia de la descripción de cualquier estafa. Sin embargo, la ley 20.009 viene a dejar en claro que no estamos en presencia de un delito de fraude, toda vez que excluye del delito el que exista un perjuicio efectivamente causado. Ya no tenemos perjuicio patrimonial, el hecho narrado por la ley 20.009 no puede ser catalogado como fraude. En relación con la figura creada después, el fraude de seguro, analizamos que existe la posibilidad de que un mismo hecho sea sancionado por distintas leyes, según se analizó, la disyuntiva debe ser zanjada bajo el alero del fraude de seguro toda vez que estamos en presencia de un concurso aparente de leyes penales.

Avanzando, pudimos definir que el bien jurídico protegido está más ligado a la

protección de un bien supra individual, y no solo el patrimonio. Apoya nuestro análisis el hecho fundamental que el ilícito es de mera actividad, se encuentra consumado por la sola realización de los hechos descritos en el tipo y no es necesario un perjuicio patrimonial, hecho que solo es tomado en cuenta para definir una agravante. Y, por el contrario, todo apunta a que lo que se busca lograr con esta ley es resguardar la fe pública que se manifiesta a través de la confianza que existe depositada en los diferentes medios de pago y en el tráfico comercial. Es por esta razón que el legislador adelantó el cumplimiento cabal –consumación- del tipo a actos más cercanos al origen del actuar delictivo y no espera a que haya perjuicios económicos.

Finalmente recorreremos los aspectos positivos y negativos de la dictación de la presente ley, encontraremos que, al final del día, el artículo 5 puede ser perfectamente criticable bajo distintos supuestos, como por ejemplo que utiliza verbos rectores en ocasiones difusos, que trata de restringir en demasía el concepto de tarjeta de crédito o débito, que deja fuera ciertas claves no asociadas a las mismas o que el tratamiento con una ley especial va en contra de un ordenamiento sistemático de las leyes en Chile, pero, sin embargo, no podemos desconocer que vino a ayudar en la regulación de actos que venían en aumento con el desarrollo tecnológico inherente a la época en la cual nos encontramos. La tarea hoy queda en manos de los legisladores, para que, a la hora de conocer en la tramitación del nuevo Código Penal tomen la experiencia proporcionada por el artículo 5 de la ley 20.009 y le den un tratamiento sistemático del ilícito.

H. BIBLIOGRAFÍA.

1. Acuerdo N° 1749-01-130418 – Circular N° 3013-718 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
2. BALMACEDA, Gustavo “Manual de Derecho Penal, Parte General”,2016 Segunda edición actualizada, Librotecna, Santiago, Chile.

3. BALMACEDA, Gustavo “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, 2016 Segunda edición actualizada, Librotecnia, Santiago, Chile.
4. BUCAREY W., José Miguel. 2007. Revista del Abogado. N°41.
5. Boletín N° 7404-07, Modifica la ley N° 20.009 sobre uso fraudulento de tarjetas de crédito, reformando la penalidad en los delitos de clonación de tarjetas.
6. CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General. Octava edición ampliada, Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005.
7. CAPITULO III. J.1 de compendio de normas financieras del Banco Central de Chile.
8. Código Penal Español.
9. DFL N°3 del Ministerio de hacienda, Ley General de Bancos.
10. ESBRY ARTEAGA, EDMUNDO. Las conductas previas al uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito y sus claves, tipificado en el art. 5 de la ley n° 20.009, en particular la falsificación y sustracción de dichos instrumentos de pago. Revista de derecho N° 29 (127-165). Universidad San Sebastián. (2014).
11. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: Parte Especial. Tercera Edición, Santiago 2004, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, pág. 406.
12. ETCHEBERRY, Alfredo “El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966. TOMO III, Parte Especial” 2002, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
13. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General. Tomo II.

Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2002.

14. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2002.

15. GOMEZ MIERES, Arturo. "Tratamiento Jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de Crédito y Débito. Ley 20.009.

16. Gestión de Pagos de Alto Valor, Banco Central de Chile, 2012.

17. HERNÁNDEZ, Héctor. "Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves". Política. criminal., N° 5, 2008.

18. Historia de la Ley N° 20.009 Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas hurtadas, robadas o extraviadas, Diario Oficial, 5 de abril de 2005.

19. Historia de la Ley 19.223.

20. Instrumentos de Bajo Valor en Chile, Evolución y Tendencias, Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras.

21. INSTRUCTIVO para la investigación de delitos de la ley 20.009 UDELCO, Ministerio Público, Chile.

22. JAKOBS, POLAINO NAVARRETE, POLAINO ORTS "Bien jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social" Ara Editores, 2010, Lima Perú.

23. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

24. Moción de los señores Diputados Eduardo Saffirio, Patricio Walker, Iván Paredes, Fidel Espinoza, José Miguel Ortiz, Jorge Burgos, Exequiel Silva, Patricio Hales, Camilo Escalona. Fecha 14 de noviembre 2002. Cuenta en Sesión 21 Legislatura 348.

25. Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry by

Douglas Akers, Jay Golter, Brian Lamm, and Martha Solt.

26. POLITOFF, Sergio “Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración” primera edición, 2009, editorial Jurídica de Chile, Santiago.

27. POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile.

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

29. PIÑA ROCHEFORT, Juan. “Fraude de Seguros, Cuestiones penales y de técnicas legislativas” 2006, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

30. RETTIG, Alfredo, “Foreseeable development in the connection between illegality and guilt “Revista de Derecho, Vol. XXII - N° 2 - Diciembre 2009, Valdivia Chile.

31. Recopilación actualizada de normas de la SBIF capítulos 2-15, disponible en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/norma_125_1.pdf.

32. SANDOVAL, la tarjeta de crédito bancaria, revista de derecho de la Universidad de Concepción.

33. Serie Técnica de Estudios - N° 010 Análisis de Cooperativas de Ahorro y Crédito supervisadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

34. VARGAS PINTO, Tatiana, “Falsificación de Instrumento Privado; Un estudio práctico entre la falsificación y la estafa”,2003, Legal Publishing, Santiago.

35. WEIGEND, Thomas, JESCHECK, Hans “Tratado de Derecho Penal: Parte General”, quinta Edición Comares, 2003, España.