

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2012
PLAN DE ESTUDIOS 2007



TEMA:

ANÁLISIS DEL USO INDEBIDO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y SU TRASCENDENCIA EN EL RESPETO A LA GARANTÍA DE TIPICIDAD.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

COLORADO SERVELLÓN, NÉSTOR ALEXANDER

MENDOZA TREJO, KEREN NAHIELY

TURCIOS ARIAS, BRENDA NATALY

LIC. MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ

DIRECTOR DE SEMINARIO.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2012.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DOCTORA ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE LA ESCUELA

LICENCIADO MARVIN HUMBERTO FLORES JUÁREZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS.

Inicialmente doy gracias a Dios, que es ese ser que siempre me ha colmado de bendiciones y de cada uno de mis logros alcanzados en la vida.

Una de esas personas que ha sido importante para que pudiese culminar una de mis primeras grandes metas académicas es mi madre, María Mercedes, gracias madre por haber hecho por mí lo que dentro de tus posibilidades y condiciones te lo permitieron siempre, por ese apoyo, sacrificio y tolerancia.

A mis abuelos Olivia (Q.D.D.G.) y Arturo, quienes fueron como unos verdaderos padres, mis hermanos Wilber y Yenifer, sobrinos, mis tíos Hugo y Sandra, a quienes debo mucho por haber sido personas que dentro de lo largo de mi vida han fungido un papel importante y que sin ellos no hubiese logrado estar hasta esta etapa de mi vida.

Enormes agradecimientos a mis verdaderos amigos y amigas que desde que han formado parte de mi vida me han demostrado una lealtad incondicional, sincero aprecio y apoyo en los momentos difíciles, en el ámbito personal y académico: Elías, Rhina, Krissia, Rodrigo, Marvin y Shatnam.

A nuestro asesor por habernos guiado en todo momento.

Y sin lugar a dudas especiales agradecimientos a dos grandes amigas y a la vez compañeras de tesis, Brenda y Keren, con quienes hemos tenido que sobrellevar esta investigación, que ha implicado desvelos, gastos económicos, discusiones, estrés, y muchas cosas más, de lo que ahora vemos resultados positivos, lo cual es un logro colectivo.

Néstor Alexander Colorado Servellón.

AGRADECIMIENTOS...

A esos abrazos que mantuvieron vivo el fuego de mi espíritu.

A las sonrisas que siempre acompañaron mis alegrías.

A las lágrimas que desahogaron hasta las más banales frustraciones.

A mis raíces que se aferran a la tierra permitiéndome crecer y florecer.

A las ideas.

A los sueños compartidos (con Brenda y Néstor).

A los hogares donde siempre hubo olor a frijoles, tortilla tostada con queso y sábanas calientes.

A este bosque que baila al son del viento y el sol (en especial al gato azul y al peluche dormidos en mi repisa).

Keren Nahiely Mendoza Trejo.

AGRADECIMIENTOS

A vos,

Por ser cualquier pizca de felicidad, coraje, pasión y vida inmersa en todo lo que existe.

A mi familia,

Por ser la más precisa definición que conozco sobre el verdadero amor, por ser héroes, por su fe en mí, por los halones de oreja, por el sacrificio, por buscar mi felicidad, por sus mejores intenciones. Por todo, infinitas gracias.

A Rhina, Elmagno y demás amistades,

Porque son más que colaboradores en este proyecto, son nuestro apoyo, son verdaderos amigos, confidentes, hermanos.

A nuestro director de seminario,

Porque más que haber sido nuestro asesor, ha sido parte de nuestro combustible, nuestro impulso y guía para ejecutar un buen trabajo de investigación.

A Keren y Néstor,

Por vivir esta experiencia conmigo, por no dejarme caminar sola, por apoyarme, por insultarme si lo necesito, por reír conmigo, trabajar conmigo, por gritarnos mutuamente y enojarnos, por ser sinceros, por las vigiliass, las tertulias y muchas otras cosas que hicieron posible la elaboración de este trabajo, de este logro que es de los tres.

Brenda Nataly Turcios Arias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I: PLAN DE INVESTIGACIÓN	1
1. Planteamiento del Problema	1
2. Enunciado del Problema	2
3. Justificación	2
4. Objetivos de la Investigación	3
5. Sistema de Hipótesis	4
6. Estrategia Metodológica	5
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ASPECTOS GENERALES DE LA TARJETA DE CRÉDITO	7
1. Surgimiento de las Tarjetas de Crédito	7
2. Naturaleza de la Tarjeta de Crédito	18
3. Definición de Tarjeta de Crédito	24
4. Sujetos Intervinientes en el Sistema de Tarjetas de Crédito	28
5. Funciones de la Tarjeta de Crédito	30
6. Clasificación de las Tarjetas de Crédito	34
7. Formas de Uso de la Tarjeta de Crédito	38
8. Legislación Aplicable a las Tarjetas de Crédito	41
CAPÍTULO III: CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO	59
1. Definición de Uso Indebido	59
2. Elementos del Uso Indebido	60
3. Clasificación	61
4. Distribución del Riesgo de los Usos Indebidos entre los Integrantes del Sistema de Tarjetas de Crédito	78

**CAPÍTULO IV: LOS USOS INDEBIDOS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO
Y SU RELACIÓN CON LOS TIPOS PENALES DE DEFRAUDACIÓN,
SUSTRACCIÓN Y FALSEDADES 82**

1. El Tipo Penal de Estafa Cometido a través del Uso Indebido de Tarjetas de Crédito 85
2. El Tipo Penal de Estafa Agravada Cometido a través del Uso Indebido de Tarjetas de Crédito 98
3. El Tipo Penal de Hurto y Hurto Agravado Cometido a través del Uso Indebido de Tarjetas de Crédito 110
4. Del Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito y la Falsedad Material 115

**CAPÍTULO V: LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO
CLONNING, KEYLOGGER, PHISHING Y SU AFECTACIÓN EN LA
GARANTÍA DE TIPICIDAD 122**

1. El Principio de Legalidad 123
2. El Principio de Legalidad y la Garantía de Tipicidad 129
3. De los Usos Indebidos de Tarjetas de Crédito Atípicos: Clonning, Keylogger y Phishing 135
4. Derecho Comparado 138
5. Necesidad o No Necesidad de la Tipificación de los Usos Indebidos Atípicos en El Salvador 148
6. Propuesta de Incorporación de los Usos Indebidos Atípicos en la Legislación Penal Salvadoreña 151
7. Justificación de la Necesidad de Creación de Nuevos Tipos Penales Relativos a los Usos Indebidos de Tarjetas de Crédito 155

CONCLUSIONES 157

RECOMENDACIONES 162

BIBLIOGRAFÍA 165

ANEXOS 176

INTRODUCCIÓN

"Hay ciertas cosas que el dinero no puede comprar. Para todo lo demás existe MasterCard", es el eslogan publicitario de una compañía estadounidense emisora de la marca MasterCard como Tarjeta de Crédito Internacional; dicho anuncio muestra la realidad financiera actual, permite visualizar que todo aquello material, que trascienda de la emoción humana puede ser adquirido por una de ellas.

Las actividades financieras diarias realizadas hoy en día en una sociedad que produce masivamente bienes y servicios, ha creado una consecuente sociedad de consumo de los mismos, dicha sociedad observa en la Tarjeta de Crédito una herramienta que permite mayor fluidez de traspaso dinerario de una mano hacia otra, al realizar una transacción por más mínima que parezca, pero también la misma se convierte en un instrumento financiero de sustracción, defraudación o falsificación de los más utilizados en la actualidad.

Lo anterior repercute en el patrimonio de aquella persona poseedora de la misma; sin que la mayoría de legislaciones de cada país establezcan tipo penales específicos, para contrarrestar ésta nueva modalidad de delincuencia existente.

Las Tarjetas de Crédito en su génesis pasan de ser credenciales emitidas por cadenas hoteleras para la obtención de bienes y servicios ofrecidos por ellos mismos, a ser instrumentos financieros internacionales de pago en cualquier giro comercial, emitidos por instituciones bancarias, dichos instrumentos han ido evolucionando a la par de mercado financiero, ya que uno de sus objetivos es facilitar las transacciones, haciéndolas más ágiles y seguras. Pero el carácter de seguridad en muchas ocasiones se encuentra opacado por el uso indebido que de las tarjetas de crédito se hace, ya sea

por el instrumento que permite su manipulación; como por la persona que lo lleva a cabo entre otros criterios de uso indebido.

El uso indebido trasciende en ocasiones al ámbito penal, cuando afecta bienes jurídicos por él tutelados como lo es el patrimonio. Estas situaciones van desde la creación de sitios web que usurpan la identidad de instituciones financieras o “phishing”, hasta las compras por internet entre otras modalidades de actuación que convergen en la afectación del ámbito patrimonial y personal del individuo.

La problemática de los usos indebidos de las Tarjetas de Crédito en el ámbito penal, ahora en día por la diversificación de la delincuencia globalizada, cobra un interés importante en cuanto a cómo estas nuevas figuras delictivas como el Clonning, Keylogging, Spawiring y Phishing no están reguladas de forma *previa, precisa e inequívoca*, tal como lo exige el Principio de Legalidad, manifiesto en el artículo 1 del Código Penal Salvadoreño; y como entonces a partir de ello, la idiosincrasia legislativa y práctica hace que analógicamente ciertas conductas de ese tipo de delincuencia se adecuen a cualquier otro tipo penal similar violentándose así la prohibición de la analogía en materia penal, regulado en ese mismo artículo; poniéndose en duda la garantía de tipicidad a la hora de enmarcar dichas conductas que en la realidad material se llevan a cabo, pero que formalmente no parecen estar reguladas como tal.

Es por ello que la presente investigación no pretende dar por sentado todo respecto a ésta temática incipiente hoy en día; pretende ser el principio de un mejor trato y desarrollo de los temas a continuación expuestos para evitar impunidad, y generar mayor conocimiento de nuevas modalidades delictivas que son una práctica común pero a la vez desconocida por la comunidad jurídica y sobre todo por la administración de justicia.

Para lo cual, se iniciará con el resumen del plan de trabajo que se elaboró en la fase de planificación, luego se continua con un recorrido general sobre las Tarjetas de Crédito, su evolución, naturaleza, definiciones, clasificaciones, sujetos que intervienen, funciones, formas de uso, legislación aplicable entre otros puntos; luego se dará paso a las conductas que constituyen uso indebido de las tarjetas de crédito, en donde se abordará tópicos como definición de uso indebido, elementos, clasificación y distribución del riesgo del uso indebido entre los integrantes del sistema de las tarjetas de crédito; posterior a ello se estudiará los usos indebidos de las tarjetas de crédito y su relación con los tipos penales de defraudación, sustracción y falsedades, en donde se analizarán los tipos penales de estafa, estafa agravada, hurto, hurto agravado y falsedad material a través del uso indebido de tarjetas de crédito, desde una perspectiva doctrinaria, legal y jurisprudencial.

Se finalizará con los usos indebidos de tarjetas de crédito clonning, keylogger, phishing y su afectación en la garantía de tipicidad, en donde se dará un trato a estas figuras desde el principio de legalidad que informa a la normativa penal, así como de los componentes de la garantía de tipicidad, la prohibición de la analogía, la certeza de la conducta prohibida, luego se observará cómo otras legislaciones regulan estas figuras delictivas y por último la propuesta que en base a esta investigación se hace de la incorporación legislativa de estos usos indebidos atípicos a partir de la creación de nuevos tipo penales en El Salvador.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	: Artículo
C. Com	: Código de Comercio
Cn.	: Constitución
C.P. o Pn.	: Código Penal
CSJ	: Corte Suprema de Justicia
Ej.	: Ejemplo
Etc.	: Etcétera
D.U.I.	: Documento Único de Identidad
I.V.A.	: Impuesto al Valor Agregado
L. B.	: Ley de Bancos
L.T.C.	: Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito
N.I.T.	: Número de Identificación Tributaria
Óp. Cit.	: Obra Citada
PIN o NIP.	: Número de Identificación Personal
P.	: Página
P.P.	: Páginas

CAPITULO I

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA. 3. JUSTIFICACIÓN 4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. 5. SISTEMA DE HIPÓTESIS. 6. ESTRATEGIA METODOLÓGICA.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Con las nuevas formas de comercio y la facilidad en la adquisición de nuevas tecnologías, se genera consigo una factibilidad para la realización de nuevas formas de llevar a cabo conductas de uso indebido de tarjetas de crédito que pueden vulnerar o poner en peligro el bien jurídico patrimonio y que están o no reguladas en la legislación penal.

Resulta importante analizar el marco jurídico salvadoreño dentro del cual se observa la ausencia de un tipo penal específico que regule defraudaciones cometidas a través de tarjetas de crédito, por lo que se pretende determinar durante la investigación si realmente existe la necesidad de crear dicho tipo penal o si con los delitos contra el patrimonio ya existentes se logra dar respuesta a aquellas conductas que motivan la aplicación del derecho penal, esto sin violentar el ideal de la intervención penal mínima y de la pena como último recurso ("ultima ratio"), precisando si simplemente se deben ampliar los elementos de la norma penal o si, contrario sensu, se está ante un exceso de los límites de su contenido, tomando en cuenta que en todo momento debe respetarse el principio de legalidad y la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal sin confundir lo que es interpretación extensiva e interpretación analógica, ya que la extensiva si está permitida en el ordenamiento jurídico. Lo anterior en razón de la necesidad de dar respuesta una interrogante: ¿De cuántas formas se puede defraudar con una tarjeta de crédito? Tornándose en un verdadero problema el pretender dar una respuesta inmediata a dicha

interrogante, dada la amplia lista de tipos fraudulentos que pueden producirse a través del uso indebido de las dichas tarjetas.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es la incidencia de las conductas relativas a los usos indebidos de las tarjetas de crédito en la normativa penal vigente?

Delimitación Espacial:

La investigación, geográficamente, se desenvolverá en el Territorio del municipio de San Salvador, departamento de San Salvador.

Delimitación Temporal:

2007-2011.

3. JUSTIFICACIÓN

A partir de la última década del siglo XX, las tarjetas de crédito bancarias se han convertido en la vía más ágil y segura para realizar transacciones comerciales tales como pagos, transferencia de fondos, intercambio de bienes y servicios, sea que surjan de relaciones comerciales, o de relaciones laborales, el desarrollo de las tecnologías ha logrado que pueda consolidarse un sistema electrónico financiero que trabaja principalmente con el uso de tarjetas de crédito. Desafortunadamente, la tecnología no siempre coadyuva a la labor de facilitación de las transacciones bancarias; en muchas ocasiones, la tecnología utilizada por las entidades bancarias es un arma de doble filo que puede generar nuevas formas de comisión de delitos.¹ La relevancia de investigar la temática relativa al análisis de usos indebidos de las tarjetas de crédito y el respeto a

¹ **DELGADO Aquiles**, *Derecho Bancario Salvadoreño*, Primera Edición. Artes Gráficas Publicitarias. El Salvador 2007.p. 264.

la garantía de tipicidad tiene una doble vertiente: Una de índole práctico y otra de índole académico.

No sólo es importante que el derecho penal actualice los elementos de los tipos penales tradicionales relativos al patrimonio para dar cabida a esta particularidad de cometer crímenes, sino también proporcionar los criterios genéricos que permitan a la sociedad en general, profesionales y estudiantes del derecho, poder determinar la correcta calificación de los diversos hechos delictivos que pueden configurarse con el uso fraudulento de las tarjetas bancarias de crédito, realizando la interpretación y aplicación indicada conforme la doctrina, jurisprudencia y legislación, del tipo penal dentro del cual se enmarca una conducta en consonancia a la garantía de calificación jurídica lo cual es de importancia para los estudiosos del derecho y en muchos de los aplicadores de justicia.

Lo segundo se ve a partir de la relevancia de la investigación es en el ámbito académico. Se advierte que existe una carencia de estudios realizados en las facultades de ciencias jurídicas de las diversas universidades de El Salvador, aun cuando reconocidos juristas salvadoreños han sugerido la actualización de los tipos delictivos relacionados al patrimonio como el hurto, robo, estafa cuando se realiza con el uso de las tarjetas de crédito.

4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

Realizar un análisis jurídico doctrinario del uso indebido de las tarjetas de crédito y el respeto a la garantía de tipicidad.

Objetivos Específicos:

1. Desarrollar la normativa jurídica salvadoreña aplicable a las tarjetas de crédito.

2. Presentar un estudio sistematizado de las modalidades más frecuentes de uso indebido de las tarjetas de crédito.

3. Contrastar a la legislación penal salvadoreña con los preceptos normativos-jurídicos del Derecho Comparado relativo al Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito de países latinoamericanos y europeos.

4. Establecer si la interpretación de los usos indebidos de tarjetas de crédito dentro de los tipos penales de las defraudaciones cumple con la garantía de tipicidad.

5. Argumentar la necesidad o no de crear un tipo penal autónomo relativo al uso indebido de las tarjetas de crédito.

5. SISTEMA DE HIPÓTESIS

Hipótesis 1.

El proceso de modernización en las transacciones comerciales ha generado el incremento de la utilización de las tarjetas de crédito.

Variable Independiente:

El proceso de modernización de las transacciones comerciales.

Variable Dependiente:

El incremento de la utilización de las tarjetas de crédito.

Hipótesis 2.

Con los tipos penales de defraudación existentes en la ley penal se logra dar respuesta a las conductas del uso indebido tarjetas de crédito, tornándose innecesaria la creación de otros tipos penales.

Variable Independiente:

Los tipos penales de defraudación existentes en la ley penal.

Variable Dependiente:

La innecesaridad de la creación de otros tipos penales, dado que se logra dar respuesta a las conductas del uso indebido de tarjetas de crédito.

Hipótesis 3.

La falta de un tipo penal autónomo en la legislación salvadoreña relativo al uso indebido de las tarjetas de crédito produce la violación a la garantía de tipicidad.

Variable Independiente:

La falta de un tipo penal autónomo en la legislación salvadoreña relativo al uso indebido de las tarjetas de crédito.

Variable Dependiente:

La violación a la garantía de tipicidad.

Hipótesis 4.

El bien jurídico patrimonio sufre una afectación perjudicial por el uso masivo de las tarjetas de crédito.

Variable Independiente:

El uso masivo de las tarjetas de crédito.

Variable Dependiente:

Consistente en la afectación perjudicial que sufre el bien jurídico patrimonio.

6. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

a) Tipo de Investigación.

Investigación Cualitativa: Se considera una investigación de tipo cualitativa ya que la información que se utilizará para la fundamentación problemática y posibles soluciones surge de la sistematización bibliográfica. Pero principalmente se abordarán particularidad de los delitos de fraude que se analizan a la de conformidad a la doctrina y legislación local e internacional.

Según la fuente de datos se considera una investigación Bibliográfica o documental: Se basa en fuentes secundarias, sustentada en libros o

documentos. Principalmente basado en doctrina Alemán, Argentina, Española y Salvadoreña.

B) Técnica e Instrumentos.

Se analizará a partir de lo particular a lo general del fenómeno investigación, para lograr una comprensión general y por ende una solución, por lo que se hará uso de la inducción.

Se utilizarán fichas bibliográficas.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ASPECTOS GENERALES DE LA TARJETA DE CRÉDITO

1. SURGIMIENTO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO. 1.1. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en Estados Unidos de América. 1.2. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en Europa. 1.3. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en América Latina. 1.4. Aparición de la Tarjeta de Crédito En El Salvador. 1.5. Proceso de Modernización en la Emisión de las Tarjetas de Crédito. 2. NATURALEZA DE LA TARJETA DE CRÉDITO. 2.1. Teoría del Título Valor. 2.2. Teoría del Contrato. 2.3. Teoría del Documento y/o Instrumento. 3. DEFINICIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO. 3.1. Definiciones Doctrinarias. 3.2. Definición Según Criterio Jurisprudencial. 3.3. Definición Legal. 4. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO. 5. FUNCIONES DE LA TARJETA DE CRÉDITO. 5.1. Funciones Económicas. 5.1.1. Función de Desarrollo Comercial. 5.1.2. Función de Garantía. 5.1.3. Función Como Instrumento Internacional. 5.2. Funciones Jurídicas de la Tarjeta de Crédito. 5.2.1. Como Instrumento de Identificación. 5.2.2. Función de Crédito. 5.2.3. Función de Pago. 6. CLASIFICACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO. 6.1. SEGÚN LA ENTIDAD EMISORA. 6.1.1. Tarjetas Bancarias. 6.1.2. Tarjetas no Bancarias. 6.2. Según el Titular. 6.2.1. Tarjeta personal. 6.2.2 Tarjeta Corporativa. 6.3 Según el Objeto. 6.3.1. Tarjetas múltiples. 6.3.2. Tarjetas particulares. 6.4 Según su Ámbito Territorial. 6.4.1. Tarjetas Internacionales. 6.4.2. Tarjetas Nacionales. 6.5. De Acuerdo a su Duración. 6.5.1. Tarjetas temporales. 6.5.2. Tarjetas ilimitadas. 7. FORMAS DE USO DE LA TARJETA DE CRÉDITO. 7.1. El uso de la Tarjeta de Crédito en Terminal de Punto de Ventas (TPV'S). 7.2. El Uso de la Tarjeta de Crédito en Cajeros Automáticos. 7.2.1. Obtención de Dinero en Efectivo. 7.2.2. El pago a través de Cajeros Automáticos. 7.3. El Uso de la Tarjeta de Crédito en Internet. 8. LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS TARJETAS DE CRÉDITO. 8.1. Constitución de la República de El Salvador. 8.2. Código de Comercio. 8.3. Ley de Protección al Consumidor. 8.4. Ley de Bancos. 8.5. Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito. 8.6. Código Penal.

1. SURGIMIENTO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

1.1. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en Estados Unidos de América.

La tarjeta de crédito tan compleja como se le conoce ahora no siempre funcionó de la misma forma. Para llegar a convertirse en uno de los instrumentos financieros más utilizados en el mundo, debió sufrir un proceso evolutivo que fue testigo de nuevas características y dimensiones.

Muchos autores –como Carles Barutel Manaut, en su obra “Las Tarjetas de Pago y Crédito”²; Ricardo Sandoval López, en su obra “Tarjeta de Crédito Bancaria”³; Miguel Acosta Romero en su obra “Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano”⁴; entre otros, acuerdan que la tarjeta de crédito surge en Estados Unidos a principios del siglo XX, específicamente en el año de 1914, siendo emitida por grandes cadenas hoteleras que ofrecerían a sus clientes preferenciales la posibilidad de obtener bienes y servicios mostrando únicamente una credencial y llevando un registro de estadías y consumos cuyo pago se efectuaría posteriormente realizando una liquidación. Tanto éxito tuvo este sistema que ya a mediados de la década de 1920, se sumaron a la emisión de tarjetas de crédito empresas petroleras y almacenes de prestigio que reservaban a sus mejores clientes el privilegio de utilizar las tarjetas de crédito como forma de aplazar los pagos de bienes y servicios⁵.

El uso de las tarjetas de crédito encuentra su primer obstáculo con la caída de la Bolsa de Valores en el año de 1929⁶. Las empresas emisoras de tarjetas redujeron los créditos a sus clientes por temor a la insolvencia para pagar las deudas, así también porque la demanda de consumo de productos se redujo enormemente. No obstante, el principio de la siguiente década parece prometedor y se supera la crisis del mercado bursátil, proliferando otra vez el uso de las tarjetas de crédito, ahora no sólo en compañías hoteleras y petrolíferas, sino también las que se dedicaban al transporte aéreo y férreo.

² **BARUTEL MANAUT, Carles.** *Las Tarjetas de Pago y Crédito*. Primera Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1997, p. 25.

³ **SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo,** *Tarjeta de Crédito Bancaria*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 18.

⁴ **ACOSTA ROMERO, Miguel,** *Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 44.

⁵ **BARUTEL MANAUT, Carles,** Op. Cit., pp. 25-26.

⁶ *Ibidem*, p. 26.

El ascenso de las tarjetas de crédito y su posicionamiento en el comercio se estanca nuevamente con la Segunda Guerra Mundial debido a la dificultad de la obtención de crédito y a la alta carga financiera en la que se vio envuelto el gobierno estadounidense.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, la tarjeta de crédito resurge, pero ahora incorpora empresas especializadas en la emisión de tarjetas. La primera tarjeta de esta naturaleza fue la denominada *Dinners Club* en 1951 y que, en un principio, se utilizaría solamente para aplazar pagos en determinadas cadenas de restaurantes. Luego se extiende a empresas que se dedican a rubros similares (turismo, entretenimiento, etc.), hasta ser utilizada hoy en día para realizar pagos en casi cualquier giro comercial⁷. Poco tiempo después, la compañía de viajes, con sucursales alrededor de todo el mundo, *American Express* crea una tarjeta de crédito llamada *Travel and Entertainment* en 1958⁸. A punto de comenzar la década de 1960, en Estados Unidos operaban como emisores de tarjetas de crédito varios almacenes de prestigio, almacenes al por menor, empresas que prestaban servicios de telefonía, de transporte aéreo, etc.

En agosto de 1951, un evento que determinaría el futuro del uso de las tarjetas de crédito es el de la emisión de una tarjeta por el *Franklin National Bank of New York*, la primera entidad bancaria en introducir este sistema. Años más tarde el *Bank of América* implementa un programa de tarjetas de crédito que desembocó en la creación de la tarjeta de crédito más aceptada de los Estados Unidos de América. Fue cuestión de tiempo para que gran diversidad de bancos norteamericanos se adaptaran a lo que parecía ser el sistema de pago en boga. A mediados de la década de los sesenta, la necesidad de implantar el servicio de tarjetas de crédito a escala

⁷ Ibidem, pp. 27-28.

⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Óp. Cit., p.11.

mayor que la regional provoca que muchas entidades bancarias se asocien para crear un mecanismo que permita la utilización de las tarjetas de crédito a nivel interestatal e incluso, más tarde, a nivel internacional. Es por ello que comienzan a instituirse confederaciones de bancos. La principal, el Bank of América, que cedió la marca de la tarjeta *Bank Americard*⁹ y; otros como el Wells Fargo Bank, creando la primera central de servicio de tarjetas de crédito y constituyendo la tarjeta denominada “*Máster Charge*” cuyo crecimiento fue extraordinario¹⁰. Igualmente importante fue la confederación *Inter Bank Card Association* que se anunciaba con el símbolo de una “i”, conservando la identidad de cada banco asociado.

El desarrollo de las tarjetas de crédito en Estados Unidos a partir del año 1968 fue tan grande que, por primera vez, el Congreso discutió la necesidad de una regulación federal para el instituto de las tarjetas de crédito.

De la línea cronológica descrita anteriormente lo importante es destacar o lograr identificar que son tres las etapas que, según Carles Barutel Manaut, marcan los mayores cambios en la evolución de las tarjetas de crédito: La etapa del primer peldaño, la etapa de edad adulta y la etapa de desarrollo del sistema¹¹.

La primera etapa se caracteriza por el carácter bilateral de la tarjeta de crédito. La entidad emisora de la tarjeta sería la misma que proporcione los bienes o servicios al tarjetahabiente y a su vez la que facilita el financiamiento, debiendo pagar el acreditado mensualmente lo debido, sin la posibilidad de obtener el servicio otra vez sino hasta que cancele la deuda.

⁹ La marca *Bank Americard* es la actual predecesora de la marca *Visa International*, cuyo desarrollo internacional se originó en el año de 1974.

¹⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, Óp. Cit., p. 432.

¹¹ BARUTEL MANAUT, Carles, Óp. Cit., p. 27-29.

La etapa de edad adulta de la tarjeta de crédito se ve marcada por el carácter trilateral de la misma. Aquí se distingue entre la entidad emisora de la tarjeta de crédito, que es la que abre una cuenta de crédito al tarjetahabiente y, la entidad que suministra el bien o servicio.

La última y más compleja fase de evolución de la tarjeta de crédito destaca la intervención de las entidades bancarias en este sistema. En esta etapa la emisora de tarjetas de crédito es una institución dedicada al financiamiento. La entidad emisora de tarjetas de crédito asume la calidad de centro coordinador de las operaciones realizadas por todos los franquiciados, que son los entes bancarios. Así, ante el usuario, ya no será la entidad emisora la que contratará con las empresas, sino el banco que adquiere frente a ellos las obligaciones¹².

1.2. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en Europa.

Las tarjetas de crédito en Europa no tuvieron la misma aceptación que en los Estados Unidos de América. En un principio la circulación de las tarjetas en el viejo continente se debía nada más a la facilitación en la prestación de servicios para turistas norteamericanos.

A principios de la década de los sesenta, se instituyó la tarjeta de crédito *Barclaycard* por el *Banco Barclay* en Inglaterra, su éxito se debió a que impuso a su numerosa clientela la utilización de este sistema operativo de tarjetas. En Suecia, en el año de 1966 se incorpora la tarjeta *Eurocard* que posteriormente, y debido a su aprobación, crecería enormemente y se asociaría con la tarjeta *MasterCharge*¹³. Más dificultosa fue la implementación de la tarjeta de crédito en Francia, esto es porque la cultura

¹² MUGUILLO, Roberto A., *Las Tarjetas de Pago y Crédito*, Primera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 7.

¹³ BARUTEL MANAUT, Carles, *Óp. Cit.*, p. 34.

del francés promedio es manejar cantidades de dinero en efectivo y, en menor escala, librar cheques; la tasa de créditos otorgados por entidades financieras en Francia es menor a la de la cultura estadounidense. La misma circunstancia hizo que la incorporación de este sistema de pago fuera engorrosa en países como Alemania, España, Italia y Bélgica¹⁴.

Distinto a Estados Unidos, los países europeos se han caracterizado por dejar que la práctica económica y del comercio dirija el curso del sistema operativo de tarjetas de crédito, los Estados no intervienen en la imposición del uso de tarjetas de crédito, este sistema se impone únicamente mediante su constante uso; como consecuencia, la institución de tarjeta de crédito no está regulada legalmente.

1.3. Evolución histórica de la tarjeta de crédito en América Latina.

En los países latinoamericanos más desarrollados el aparecimiento de las tarjetas de crédito ha sido similar al norteamericano, sólo cabe aclarar que ha sido más tardío. Lo coincidente entre Estados Unidos de América, los países europeos y Latinoamérica, el auge de las tarjetas de crédito fue en la década de los años sesenta.

Argentina.- Hacia el final de la década de 1960 se pone en funcionamiento la tarjeta de crédito de carácter internacional *Dinners Club* por primera vez en Argentina. No obstante, el uso de las tarjetas se consolida hasta el año de 1975 no sólo con la participación de las tarjetas *Visa*, *American Express* y *MasterCard* en la práctica comercial argentina; sino también por la creación de tarjetas nacionales. En la provincia de Córdoba y en Buenos Aires se pone en movimiento en 1982 el sistema de tarjetas de crédito con la emisión de la tarjeta *Provencard* por la entidad financiera

¹⁴ MUGUILLO, Roberto A., Óp. Cit., p. 10.

Provencor Cía. Ulteriormente, nace en la ciudad de Mar del Plata la tarjeta *Lurocard* emitida por la sociedad *Crédito Luro*. Hasta aquí, no existe intervención de entidades bancarias como sujetos emisores. No es hasta que el Banco de Londres y América del Sur (grupo *Lloyds Bank*) expide la tarjeta de crédito *London Card*, no sólo constituyéndose como la primera tarjeta bancaria, sino también como la tarjeta vanguardista que permitía a sus usuarios limitar la responsabilidad de pago en caso de extravío de la misma¹⁵.

Al igual que en Europa, en Argentina hasta finales de la década de los años noventa no existió regulación legal alguna del sistema de tarjetas de crédito. Es en 1998 que se decreta la Ley 25.065 denominada “Tarjetas de Crédito” que vendría a normativizar las relaciones entre el ente emisor de las tarjetas y el usuario.

Chile.- En este país suramericano las tarjetas de crédito fueron introducidas por medio de la Sociedad Administradora de Tarjetas de Crédito Bancard S.A. en 1978 por medio de autorización concedida por la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile¹⁶. Consecutivamente, por acuerdo del comité ejecutivo del Banco Central, se implementaron normas que regirían el funcionamiento de las tarjetas de crédito.

Es importante observar que en Chile, la regulación legal de la tarjeta de crédito fue casi paralela a su apareamiento como sistema de pago.

México.- La banca precursora en la emisión de tarjetas de crédito en este país fue el *Banco Nacional de México (BANAMEX)* a finales de la década de 1960. La segunda institución financiera en emitir tarjetas de crédito fue el Banco de Comercio. Poco tiempo después un consorcio de

¹⁵ MUGUILLO, Roberto, *Óp. Cit.*, p. 11.

¹⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Óp. Cit.*, p. 12.

bancos integrado por el Banco del Atlántico, Banco Comercial Mexicano, Banco de Industria y Comercio, Banco Internacional y Banco de Londres y México creó la llamada Tarjeta Carnet, que se implementaría como el tercer sistema de tarjetas de crédito existente en el país¹⁷.

Costa Rica.- El primer antecedente de tarjetas de crédito en Costa Rica es el que sienta *American Express* en el año de 1969. Es significativo señalar que para ese entonces, el uso de tarjetas de crédito no importaba un interés mensual, el tarjetahabiente debía realizar las devoluciones de dinero sin tener que abonar intereses, se trataba nada más de un aplazamiento del pago de bienes y servicios; esto es porque estas tarjetas estaban reservadas para ser utilizadas por un grupo privilegiado con alta solvencia económica. Subsiguientemente, se emite una tarjeta pensada para la clase media alta, denominada *UNICARD* y expedida por un banco de capital nacional. Así surgen otras tarjetas como *Credomatic* y *Visa International*, éstas estarían siempre disponibles únicamente para público con altos ingresos¹⁸. En 1984 incursionan en Costa Rica las tarjetas de crédito locales, mas nunca se desvinculan de las grandes transnacionales emisoras de tarjetas, logrando así la expansión del mercado de este sistema de pago.

A mediados de la década de 1990 se puede afirmar que estalla el mercado de las tarjetas de crédito con quince mil negocios afiliados y más de trescientos mil tarjetahabientes¹⁹. En la actualidad, es considerado uno de los medios alternativos de pago utilizados con más frecuencia en este país. Al igual que en el resto de países centroamericanos.

¹⁷ **ACOSTA ROMERO, Miguel**, *Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 539-542.

¹⁸ Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia Costa Rica. *Tarjeta de Crédito y Su Realidad Sociojurídica Costarricense*. Primera Edición, S.E., San José, 1998, pp. 70-71.

¹⁹ **ARGUEDAS SALAZAR, Olman y Otros**, *La Tarjeta de Crédito y su Realidad Sociojurídica*, Primera Edición, Editorial CONAMAJ, San José Costa Rica, 1998, p. 72.

1.4. Aparición de la Tarjeta De Crédito en El Salvador.

El desarrollo económico de un país significa un proceso de inversiones, *sostenido y persistente* que hace posible la aplicación de la tecnología a la producción, para la elevación del ingreso, el consumo y el ahorro de las colectividades²⁰. Para ello es necesario que se adopten medidas que estimulen el consumo; una de ellas es la tarjeta de crédito, que permite la obtención de bienes y servicios sin tener la disponibilidad inmediata de pagarlos en efectivo.

Es así como en El Salvador, a principios de la década de 1970, se observa la conversión del fruto de las exportaciones cafetaleras en inversiones industriales y capitalización de empresas financieras²¹ – entidades bancarias-. Factor que propició la iniciativa de masificar los créditos bancarios al consumo a través de las tarjetas de crédito.

De acuerdo a Ana Guadalupe Arias de Martínez²², no existe un registro sistematizado y oficial de las primeras emisiones de tarjetas de crédito bancarias en El Salvador debido a la carencia de regulación jurídica que impusiera la atribución de vigilar y fiscalizar a las entidades financieras o sociedades mercantiles que dentro de sus actividades comerciales estuviese lo relativo a la emisión de tarjetas de crédito y, la inexistencia de una institución gubernamental o privada que se preocupara por registrar dichos datos²³.

²⁰ **ROCHAC, Alfonso**, *La Moneda, los Bancos y el Crédito en El Salvador*, Vol. II, Banco Central de Reserva, El Salvador, 1984 P. 183

²¹ *Ibíd*em, p. 189.

²² **ARIAS DE MARTÍNEZ, Ana Guadalupe** Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y Precursora de la Normativa de Tarjetas de Crédito no Bancarias. En Entrevista realizada en las instalaciones del Ministerio de Economía, Superintendencia de Obligaciones Mercantiles, a partir de las 13 horas con treinta minutos a 15 horas del día 30 de Mayo de 2012.

²³ Se han encontrado investigaciones académicas que exponen la historia de las tarjetas de crédito en El Salvador, pero no especifican una fuente fidedigna que permita cotejar la

Pero no duda que dicha información pueda encontrarse en las bases de datos de las entidades bancarias sobrevivientes a las crisis bancarias y fusiones con conglomerados trasnacionales.

En las publicaciones de la prensa escrita que fueron consultadas para dar por agotado el aspecto históricos que nos ocupa, se encuentran con las mismas limitantes de datos fidedignos en cuanto a la fecha exacta que en El Salvador se emitió la primera tarjeta de crédito, es así como en el Diario de Hoy, solo se afirma que Credomatic fue la primera emisora de dicha tarjeta en el año de 1970²⁴.

1.5. Proceso de Modernización en la Emisión de las Tarjetas de Crédito.

Se ha hecho mención al surgimiento de las tarjetas a raíz de la necesidad del comercio de facilitar las transacciones comerciales, dicho esto se observa que las tarjetas desde sus primeras apariciones han estado justificadas en cuanto a su existencia, para poder con ellas solventar necesidades, y en la medida que los avances tecnológicos van intensificándose se ponen de manifiesto nuevas motivaciones que los emisores de la Tarjeta de Crédito han tenido para la creación de métodos tecnológicos para su uso, entre los que podemos mencionar: la masificación dada las facilidades que día a día se presentan para poder ser titular de este

veracidad de la información. Véase: LA FALTA DE REGULACIÓN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS DE EMISIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y SU INCIDENCIA EN LOS CONSUMIDORES. Trabajo de Graduación para Obtener el Título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, presentado por: Daniella Margarita Avelar Rivas y Otros, Ciudad Universitaria, San Salvador, Noviembre de 2004pp. 23-25; también: LAS TARJETAS DE CRÉDITO SU LEGISLACIÓN EL IMPACTO EN LA ECONOMÍA DEL USUARIO. Trabajo de Graduación para Optar al Grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, presentado por: Héctor Noé Contreras Godínez y Otros, Marzo de 2009, Santa Ana, El Salvador, pp. 39-41.

²⁴ **DE HERNÁNDEZ, Guadalupe**, Redactora, *El Diario de Hoy*, publicación del 24 de abril de 2006, Edición digital, consultado el día 14 de mayo de 2012, disponible en: <http://www.elsalvador.com/noticias/2006/04/24/negocios/neg1.asp>

documento y la seguridad que estas generan en cuanto a su portación y realización de transacciones comerciales y/o de pago. A continuación se describirá brevemente el proceso evolutivo tecnológico de las tarjetas de crédito.

Durante el génesis de la tarjeta de crédito, el material utilizado para su emisión fue el cartón. Años después, la industria petrolífera elaboraba sus tarjetas de metal perforado para la adquisición de combustible. Poco a poco se remplazaron estos materiales por plástico, y paulatinamente se fue homogenizando su apariencia empleando plástico estratificado e inalterable de cincuenta y cuatro milímetro de altura y cincuenta y seis milímetros de largo²⁵ y consignando los datos básicos del tarjetahabiente, la institución emisora y el banco acreditante²⁶.

En la actualidad, cuando el internet ha facilitado el intercambio de información y descongestionado el tráfico de materiales impresos, el comercio electrónico se ha visto beneficiado por estas ventajas. Las negociaciones se llevan a cabo por medio de correos electrónicos o conferencias en línea y son perfeccionados a través de consentimientos expresos o por firmas digitales²⁷. En las compras por internet²⁸ no es necesaria la exhibición de la tarjeta de crédito, basta con la digitación del

²⁵ **BARUTEL MANAUT, Carles.** Óp. Cit., p. 72.

²⁶ Se plasma además el número de cuenta del titular con la entidad financiera y, al reverso, la firma de aquel. En caso se trate de un beneficiario, el instrumento debe contener su nombre y firma, según establece el artículo 2 literal “d”, relacionado al artículo 11 de la Ley de Tarjetas de Crédito.

²⁷ La firma electrónica o digital es “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos o utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita” MARTÍNEZ NADAL, citado por Miguel, PEGUERA POCHO, y otros en Derecho y Nuevas Tecnologías, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 54

²⁸ **ESTUPIÑAN GAITÁN**, explica que las mayorías de empresas hacen uso del “e-commerce” con el objetivo de volver más eficientes las relaciones con proveedores, clientes corporativos y consumidores finales. Así como la venta de artículos como libros, música, software. Visto en ESTUPIÑAN GAITÁN, Rodrigo, *Control Interno y Fraudes: Con base en los ciclos transaccionales. Análisis de informe COSO I y II.* pp. 394 y 395.

Número de Identificación Personal del titular para que el pago del producto o servicio se perfeccione. Es por ello que con la “Desmaterialización del Dinero y la Tarjeta de Crédito” muchos autores afirman que los recibos impresos tienen sus días contados en el comercio²⁹.

2. NATURALEZA DE LA TARJETA DE CRÉDITO

En este apartado se pretende determinar la esencia de lo que constituyen la tarjetas de crédito, es decir establecer un punto de partida de lo que será objeto de investigación. Es así como a raíz de las teorías presentadas por la doctrina se puede expresar que las tarjetas de crédito son consideradas como: a) Título valor, b) Contrato y c) Documento y/o instrumento.

2.1. Teoría del Título Valor.

Una definición de lo que es un título valor, se pueden hacer las apreciaciones en cuanto a la tarjeta de crédito, es así que según lo plantea el Código de Comercio en el Art. 623 Com., se puede extraer una definición legal y características propias de estos títulos, el mencionado artículo reza: *“Son títulos valores, los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna.”* Del anterior precepto legal, la Cámara Tercero de lo Civil de la Primera Sección del Centro extrae cuatro características de los títulos valores.³⁰

1) La Incorporación. El título lleva incorporado un derecho, en tal forma que el derecho va íntimamente unido al título y su ejercicio está

²⁹ Así podemos mencionar ACOSTA ROMERO en su obra *“Derecho Bancario”*, RODRIGO ESTUPIÑAN en *“Control Interno y Fraudes: Con base en los ciclos transaccionales. Análisis de informe COSO I y II, Aquiles Delgado en “Derecho Bancario Salvadoreño”*.

³⁰ **CÁMARA TERCERO DE LO CIVIL, DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO.** Sentencia Definitiva, Referencia: 22-EMSM-11, pronunciada a las nueve horas treinta minutos del día diecisiete de junio de dos mil once, disponible en: www.csj.gov.sv

condicionado por la presentación o exhibición del documento; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el derecho en el incorporado.

2) La Legitimación. Esta otra característica es consecuencia de la incorporación, dado que para ejercitar el derecho es necesario “legitimarse” exhibiendo el título.

La legitimación tiene dos aspectos: activo y pasivo. La legitimación activa consiste en la propiedad o calidad que tiene el título de atribuir a su titular, es decir, a quien lo posee legalmente, la facultad de exigir del obligado en el título, el pago de la prestación que en él se consigna. En su aspecto pasivo, la legitimación consiste en que el deudor obligado en el título cumple su obligación y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento.

3) La Literalidad. El derecho incorporado en el título es “literal”, es decir que tal derecho en su extensión y demás circunstancias se regirá, por la letra del documento, lo que “literalmente” se encuentre en él consignado. Es una característica de los títulos y, debe entenderse que la medida del derecho incorporado en el título es la medida justa que se contiene en la letra del documento. La importancia de esta característica estriba en tratar de darle confianza al receptor del título, sobre la exactitud y contenido.

4) La Autonomía. Es una característica esencial del título. No es propio decir que el título sea autónomo, ni que lo sea el derecho incorporado en el título; la autonomía lo es del derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados. Tal característica señala que el derecho del titular es un derecho independiente, en cuanto cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podría tener quien le transmitió el título.

Ahora bien una vez señaladas las características propias de los títulos valores se debe hacer un análisis en razón de lo que son las tarjetas de crédito, en cuanto a la Incorporación, el derecho que contiene la tarjeta de crédito, no se ve condicionado a la exhibición de la misma, ya que hay formas de uso de estas en las cuales no necesariamente se exhibe para realizar actividades relativas a ejercitar el o los derechos que está facultado el titular de la tarjeta de crédito.

En lo relativo a la legitimación, como ya se ha presentado es una consecuencia de la exhibición, dicho lo anterior, esta característica puede ser aplicable al tema que nos ocupa en la lógica de utilizar la tarjeta de manera presencial, en aquellas transacciones comerciales donde se tiene un contacto directo entre los sujetos intervinientes dado que se solicita al poseedor de una tarjeta que se identifique, a fin de garantizar que es el poseedor legítimo, pero no así en los casos en que se llevan a cabo actividades no presenciales, como los pagos, compras en línea entre muchas otras, (Vid. infra Capítulo II, 7. Formas de Uso de la Tarjeta de Crédito).

Respecto a la literalidad, característica propia de los títulos valores, tampoco es aplicable a las tarjetas de crédito, ya que dichas tarjetas son representadas en la actualidad por medio de un dispositivo plástico rectangular que contiene datos de la institución emisora y del titular de la misma, y bajo ningún supuesto se expresan en ella los derechos que pueden ejercitarse con las tarjetas de crédito, por lo que la literalidad queda descartada. La tarjeta de crédito es intransferible y no inalienable, por lo que no puede ser adquirida de un titular a otro, la autonomía como cualidad de los títulos valores no corresponde como propia de las tarjetas de crédito.

La comparación entre los títulos valores y las tarjetas de crédito como punto de partida para determinar si esta última es una especie de los

primeros, como ya se ha expresado, no cumplen bajo ninguna circunstancia la función y/o naturaleza de título valor, por lo que esta teoría se descarta como naturaleza de las tarjetas que nos ocupa.

2.2. Teoría del Contrato.

Muchas personas entre ellos concedores del derecho, suelen llamar a la tarjeta de crédito como un contrato, es por ello que ahora se busca establecer si dicha afirmación; es cierta o falsa. Para ello debemos partir de lo que se entiende por contrato. El artículo 1309 del Código Civil Salvadoreño reza: “*Contrato es una convención, en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”.

Con esta definición legal surgen las interrogantes siguientes: ¿Es lo mismo contrato y convención? ¿Si la tarjeta de crédito es un contrato, ésta crea obligaciones? Somarriva al respecto se pronunció diciendo: “La convención no solo genera obligaciones, también las modifica y las extingue, el contrato por su parte tiene aplicación más restringida ya que solo crea obligaciones recíprocas”, observándose entonces una relación de género y especie, donde el género es la convención y el contrato una especie de esta³¹.

No es oportuno realizar un análisis pormenorizado de los contratos, sino que nos compete señalar si la tarjeta de crédito constituye una especie de contrato. En ese mismo sentido el artículo 6 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito regula: “*La emisión de tarjetas de crédito, se hará en base a un contrato de apertura de crédito (...)*”.

³¹ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA**, *Curso de Derecho Civil: Las fuentes de las Obligaciones en particular*, Segunda Edición, Editorial El Nacimiento, Santiago de Chile pp. 15-25.

La anterior disposición presenta a la tarjeta de crédito como una consecuencia o un efecto generado a partir de un contrato de apertura de crédito; que con anterioridad a la emisión de esta se ha suscrito entre los contratantes, pudiendo afirmarse, que no es posible que exista tarjeta de crédito sin que antes se haya celebrado un contrato, lo que nos sienta las bases para manifestar que bajo ninguna circunstancia la tarjeta de crédito debe ser vista como un contrato, ya que la misma no reúne los requisitos mínimos de estos, sino más bien la emisión de la tarjeta de crédito es posible gracias a la existencia previa de un contrato de apertura de crédito, no confundiendo la causa con el efecto, donde la causa es el contrato de apertura de crédito y la tarjeta de crédito uno de los muchos efectos de éste.

2.3. Teoría del Documento y/o Instrumento.

Se le ha denominado teoría de la tarjeta de crédito como documento y/o instrumento en virtud que los expositores que se han ocupado de estudiar las referidas tarjetas, en sus definiciones suelen utilizar las frases siguientes: las tarjetas de crédito son: “documentos”, “instrumentos”, en muchos de los casos abordando los conceptos como sinónimos, resulta pertinente entonces determinar si los conceptos son sinónimos o si existen diferencias entre estos. La doctrina procesal civil, suele realizar distinción bien entre estos, parafraseando lo dicho por Víctor De Santo, afirmamos lo siguiente:

Documento: es todo objeto o producto en lo cual queda constancia de los actos humanos que representan un hecho, otro objeto o escena natural o humana; se pueden citar a manera de ejemplo: fotografías, videos, grabaciones, pinturas, tarjetas etc³².

Instrumento: constituye una categoría específica del documento, entendiéndose por este como el documento exclusivamente literal o escrito,

³² **DE SANTO, Víctor**, *La Prueba Judicial*, Tercera Edición, Editorial Universitaria, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, p.195.

tales como: actas, cartas, escrituras etc. Situando dentro de estos una clasificación: instrumentos públicos³³ y/ auténticos e instrumentos privados³⁴.

Puede resumirse, entonces, que la tarjeta de crédito no es un título valor por no concurrir en esta las particularidades o características de estos, tampoco es un contrato, dado que la tarjeta de crédito es producto de un contrato.

Por lo que de las teorías presentadas la más acertada en establecer la naturaleza es la del documento, considerándose para efectos de la investigación como un DOCUMENTO, refiriéndonos en adelante a la tarjeta de crédito como un documento o instrumento privado, o simplemente documento o instrumento, haciendo la aclaración que en la doctrina³⁵, jurisprudencia y legislación penal se hace alusión a documento e instrumento como sinónimos, y que si bien la distinción entre ambos ya ha sido presentada, la misma cobra relevancia en materia civil y mercantil, pero dado que el presente estudio conlleva un enfoque penal se hará referencia de la tarjeta de crédito bajo los dos conceptos, para lo cual se presentan una serie de definiciones; con la finalidad de fijar que es en su esencia ese “documento” o “instrumento”. Prefiriéndose el concepto documento privado en el caso de la tarjeta de crédito.

³³ **CABANELLAS DE TORRES, Guillermo**, *Diccionario Jurídico Elemental*, Nueva Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por: Guillermo Cabanella de las Cuevas, Undécima Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Madrid, 1993. p. 108-109. CLASIFICA Y DEFINE LOS DOCUMENTOS DE LA SIGUIENTE MANERA: AUTENTICO. Escrito, papel o instrumento autorizado en forma tal que dé fe y haya de ser creído, por extendido ante fedatario público o por estar legalizado por autoridad competente. PUBLICO. El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.

³⁴ *Ibíd.* DOCUMENTO PRIVADO: El redactado por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público que le dé fe o autoridad.

³⁵ **BAIGUN, David y Carlos A. Tozzini**, *La Falsedad Documental en la Jurisprudencia (Elementos Comunes a todos los tipos)*, Segunda Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1992, pp.45-69.

3. DEFINICIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO.

Una vez determinada la naturaleza de las tarjetas de crédito, es procedente establecer definiciones de ella, por lo que se presentan definiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales; con la finalidad de adoptar la que más se adecue al objeto de estudio de esta investigación. Es así como se presentan las siguientes:

3.1. Definiciones Doctrinarias.

Los autores conocedores de la materia han formulado diversas definiciones en las cuales se toman en cuenta elementos, derechos, características y sujetos propios de las tarjetas de crédito. Ya se ha tomado una posición en cuanto a considerar a la tarjeta de crédito como un documento, pero para efectos de constancia que en la doctrina no hay unanimidad de criterio para fijar la naturaleza se presentan las siguientes definiciones:

Roberto Muguillo citando a Muñoz y Cogorno refleja en su obra: "Tarjeta de Crédito" ³⁶, es: *"Un contrato complejo de características propias, que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en un plazo dado por esta última, la que se hará a cargo de la deuda previa deducción de las comisiones que hayan establecido entre ambos por acercamiento de la demanda"*.

En concordancia a la posición adoptada se han producido una serie de definiciones, entre las que están la de José Ferro, que nos expresa: "La

³⁶ **MUGUILLO, Roberto A.**, *Tarjeta de Crédito*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Astrea Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 25.

Tarjeta de Crédito es un título de legitimación, que permite a su titular ejercicio de unos derechos derivados de un contrato, que previamente ha sido celebrado con el emisor. Siendo un título nominativo que, determina expresamente al titular siendo intransferible, ya que el titular no puede cederla, siendo el titular el único legitimado de utilizarla y de eficacia temporal, constando en la misma tarjeta la fecha de caducidad”³⁷.

María del Carmen Gete, nos presenta una definición un poco más amplia, de la siguiente manera: *“Un documento materializado, normalmente en un soporte de plástico con una banda magnética o un chip informático (microprocesador que contiene los datos personales y contables), personalísimo, creado por una empresa especializada, por una entidad de crédito o por un establecimiento comercial, que permite a su titular, mediante su presentación y el cumplimiento de ciertos requisitos, efectuar pagos (cumplir obligaciones dinerarias) y/o obtener dinero en metálico, realizar operaciones bancarias y, en su caso, gozar de otros servicios y beneficios”³⁸.*

Jesús Fernández Resalgo³⁹, en su ponencia Falsificación y Utilización Fraudulenta de Tarjetas Electrónicas, citando a Romero Martínez – Cañabate, establece que tarjeta de crédito es: *“Un documento en el que figura designado su titular, emitido por un establecimiento comercial, una entidad especializada o una entidad de crédito, cuya presentación, unida en su caso a la firma de un comprobante, permite a aquél obtener una serie de prestaciones y, en particular, adquirir bienes y servicios, efectuando su pago*

³⁷ **FERRO VIEGA, José Manuel**, *Instrumentos de Pago Relacionadas con Instrumentos Mercantiles de Crédito y Débito, El Peligro del Dinero de Plástico para Empresas y Usuarios*, Editorial Club Universitario, p.16

³⁸ **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen**, *Las Tarjetas de Crédito*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. de C.V., Madrid, 1997, p. 7.

³⁹ **FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús**, Magistrado-Presidente de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Consejo General del Poder Judicial, “Tarjetas bancarias y Derecho penal”, ponencia: Falsificación y Utilización Fraudulenta de Tarjetas Electrónicas.

de forma inmediata, bien de forma diferida, bien al contado, bien de forma aplazada, a la entidad emisora de la tarjeta".

3. 2. Definición Según Criterio Jurisprudencial.

Es importante tomar en cuenta lo expresado por la jurisprudencia en cuanto a lo que debe entenderse como tarjeta de crédito, es así como la Sala de Contencioso Administrativo expresó: *“Esta Sala estima conveniente en primer lugar, conceptualizar en el presente juicio que la Tarjeta de Crédito es un documento privado, fabricado de material plástico, que lleva impresos determinados símbolos y el logotipo del banco emisor, la fecha de expedición y, la de vencimiento, el nombre del tarjetahabiente, los números correspondientes para identificar su cuenta y además la firma del tarjetahabiente”*⁴⁰.

En la misma sentencia citada, en el párrafo anterior, la Sala continúa expresando: *“la tarjeta de crédito no constituye en sí mismo un título de crédito; para que funcione es necesario, invariablemente, que con anterioridad, el banco celebre con el futuro tarjetahabiente, un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en el que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidas, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlas oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, gastos y comisiones que se estipulen. Dentro de este contrato, se pacta que puede haber pagos y disposiciones por un período determinado dentro del plazo del contrato, que por lo general es de un año; o*

⁴⁰ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, Sentencia Definitiva, Referencia: 45-B-95, pronunciada a las diez horas del día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.

por tiempo indefinido cuando se trata de tarjetas de crédito de establecimientos comerciales, que acreditan a sus clientes. Lo anterior permite afirmar, que la tarjeta de crédito bancaria es el medio por el cual se puede disponer parcialmente del crédito en efectivo en cada sucursal o cajero automático del servicio propio del Banco, o para hacer operaciones con terceros, que se llaman establecimientos afiliados, que venden mercaderías o prestan servicios”⁴¹.

3.3. Definición Legal.

Bien sabido es que las relaciones intersubjetivas de todo ser humano se encuentra regido por normas jurídicas que establecen las reglas de convivencia aceptadas por un grupo social determinado. El considerando V de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, justifica la creación de la ley mencionada, por la escasa regulación de las formas de contratación, emisión y operación del sistema de tarjetas de crédito, por lo que existía la necesidad de la creación de un cuerpo legal especializado en el que se definan los parámetros de las actividades de los emisores, coemisores, comercios o instituciones afiliadas y tarjeta habientes. Por lo tanto si esa ley configura lo que es el cuerpo normativo encargado de regular las actividades relativas a las tarjetas de crédito es procedente citar la definición que esta ha fijado.

De conformidad al artículo 2 literal e) de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, se debe entender que la Tarjeta de Crédito “Es un medio o documento privado, firmado, nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito que permite al titular o tarjetahabiente utilizarlo como medio de pago para adquirir bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas o retirar dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores por el emisor.”

⁴¹ Ibidem.

Establecidas las definiciones anteriores pueden extraerse los puntos comunes a considerar cuando se hable la tarjeta de crédito, pudiendo resumirse en:

- a) Es un documento privado e intransferible
- b) Intervienen un tarjeta habiente, un emisor y afiliados
- c) Es resultante de un contrato de apertura de crédito
- d) Sus formas de uso son variada
- e) Existencia de un límite de crédito.

Estos aspectos serán desarrollados con más profundidad en los temas que preceden.

4. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Si se ha afirmado que la tarjeta de crédito emana de un contrato de apertura de crédito, siendo ineludible que se deba estudiar los sujetos intervinientes; no sólo en la relación contractual que existe entre acreditante y acreditado, sino también los agentes más importantes que de alguna forma interactúan alrededor de aquellos sin ser parte de dicha relación.

El primer sujeto que se identifica en la relación contractual y el que tiene posición dominante en la misma es la entidad de crédito o entidad financiera, que muchas veces es una institución bancaria. Se trata de la entidad a la que se dirige el interesado en contar con una tarjeta de crédito⁴² y es la encargada de hacer frente a los pagos efectuados con la tarjeta en los distintos establecimientos y de la forma en que ha sido pactado⁴³, llevando un registro de gastos y comisiones y teniendo la obligación de informarlos al tarjetahabiente.

⁴² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 21.

⁴³ FERNÁNDEZ ORENES, Fermín y Daniel VILLALOBOS RUIZ, *La Tarjeta de Crédito*, en AA.VV., *Medios de Pago*, S.Ed., Editorial FC, Madrid, S.F., p. 145.

La entidad administradora de la tarjeta de crédito o autorizante de su expedición es el segundo sujeto interviniente en el sistema de tarjetas de crédito. Se refiere a la institución bajo cuya marca se expide la tarjeta, así también muchas veces es el ente que tramita la solicitud ante la institución financiera y lleva el registro de la información sobre los estados de cuenta del crédito.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera no hace distinción alguna entre entidad emisora y/o gestora, no porque les atribuya las mismas obligaciones, sino por razones de practicidad; no se preocupa por diferenciar la institución que concede el crédito y aquella que únicamente autoriza la expedición de la tarjeta; analiza las obligaciones de este sujeto complejo de forma conjunta, no asignando obligaciones particulares a cada uno. Así, menciona la autora, el ente emisor y/o gestor tiene cuatro obligaciones:

a) La primera es conceder el crédito al solicitante, poniendo a disposición de éste cierta cantidad de dinero que podrá o no utilizar para efectuar pagos a cambio de la prestación de bienes o servicios.

b) La segunda es facilitar o entregar el documento que permitirá realizar las operaciones de pago, es decir la tarjeta de crédito.

c) Otra obligación consiste en responder frente a las obligaciones que el titular de la tarjeta contrae al utilizar este mecanismo de pago.

d) Finalmente, como última obligación menciona la existencia de establecimientos en los que se permita la utilización de las tarjetas de crédito⁴⁴.

El tercer sujeto participe en la relación contractual es el titular de la tarjeta. Algunos autores entran en pugna al definir la naturaleza de este sujeto.

⁴⁴ **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen**, Óp. Cit., p. 50.

Ricardo Sandoval y Fermín Fernández junto a Daniel Villalobos coligen que el titular de la tarjeta es el usuario o tarjetahabiente. Es la persona autorizada para utilizar la tarjeta de crédito, recibe un beneficio a partir de que es el que puede pagar la adquisición de bienes y servicios con el uso de la tarjeta de crédito. Por otro lado, María del Carmen Gete-Alonso establece que el titular de la tarjeta no es únicamente el beneficiario de la misma, sino también el obligado al pago de la cuota por su utilización y del reintegro de las cantidades de dinero utilizadas en la forma pactada⁴⁵.

El contratante/solicitante de la tarjeta es, como su nombre lo dice, la persona natural o jurídica que solicita la tarjeta de crédito y con quien la entidad financiera celebra el contrato de apertura de crédito. Principalmente, es el sujeto que realiza la devolución de las cantidades del crédito, más el pago de comisiones o intereses pactados. La mayoría de veces es a su vez el beneficiario de la tarjeta de crédito. El último sujeto a mencionar no forma parte de la relación contractual de la apertura de crédito, sin embargo es relevante en el sistema de tarjetas de crédito. Se trata de la empresa o establecimiento afiliado.

Esta persona, natural o jurídica, sostiene una relación contractual únicamente con la entidad crediticia pues se compromete a aceptar el pago de sus ventas o servicios con el uso de la tarjeta y la firma del comprobante respectivo⁴⁶.

5. FUNCIONES DE LA TARJETA DE CRÉDITO

La tarjeta de crédito ha dejado de ser un documento mercantil que ampara un estatus económico, puesto que el actual mundo comercial exige un sistema que habilite un mercado de consumo ágil y seguro y, la tarjeta de

⁴⁵ *Ibídem* p. 60.

⁴⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Óp. Cit.*, p. 22.

crédito ha venido a cumplir exactamente con una gama de pretensiones de la actual realidad económica social y jurídica⁴⁷.

5.1. Funciones Económicas.⁴⁸

5.1.1. Función de Desarrollo Comercial.

La tarjeta de crédito es utilizada por los comerciantes para incrementar los niveles de compra de parte de los consumidores, en la medida que la tarjeta facilita la obtención inmediata de bienes y servicios, el comerciante satisface la necesidad de vender y en contraprestación de ello consumidor la de comprar sin disponer de dinero en efectivo, ni mucho menos tener que esperar un lapso de tiempo para obtenerlo⁴⁹.

Las prestaciones accesorias, son un ejemplo claro de este impulso comercial, es decir, los descuentos o también denominadas rebajas, los “puntos de canje”, donde lo que se premia es la cantidad de usos y el monto del crédito de cada compra, pues es el movimiento de mercancía y dinero lo que nutre un sistema económico.

5.1.2. Función de Garantía.⁵⁰

Lo relevante de la tarjeta de Crédito en el comercio radica en que no es el consumidor quien se convierte en deudor del establecimiento, sino la entidad que brinda el crédito; de esta manera, el comerciante acepta el pago

⁴⁷ **BARUTEL, Carles.** Óp. Cit. pp. 130 -131

⁴⁸ De acuerdo a MUGILLO, son aquellas necesidades de la realidad económica que satisface el sistema de tarjetas de crédito, a saber las siguientes funciones: “Desarrollo Comercial”, “De Crédito”, “De Garantía” y, “De Pago”. MUGILLO. Óp. Cit. pp. 13-15

⁴⁹ Si bien es cierto la adquisición de bienes y servicios resulta de manera inmediata, con la tarjeta de crédito no hacemos más que aplazar el pago por el goce de éstos, el cuál puede ser en un solo pago, o en varios. Ver: FERNÁNDEZ ORENES, Fermín y Daniel VILLALOBOS RUIZ. “La Tarjeta de Crédito”, en AA.VV., *Medios de Pago*, Adarve Corporación Jurídica, S.Ed. Madrid. p. 135

⁵⁰ No se refiere a una obligación jurídica de naturaleza accesoria, sino que va dirigida a la confiabilidad que la tarjeta de crédito brinda desde el punto de vista de valoración del riesgo. Véase. BARUTEL. Óp. Cit. pp. 147-148

realizado con tarjeta de crédito confiando en que dicho pago se hará efectivo⁵¹. El comerciante no se detiene a investigar la solvencia real del tarjetahabiente dado que la entidad emisora garantiza el pago del consumo, pues el tarjetahabiente delega el pago del producto al banco, y éste asume la deuda generada por el pago del producto con la tarjeta de crédito.

5.1.3. Función Como Instrumento Internacional.

Con una magna variedad de modalidades de tarjetas de crédito, sobresalen aquellas que permiten su uso mundialmente, no solo como forma de pago sino como instrumento de giro; esto último resulta ventajoso, ya que no es necesario el cambio de moneda, sólo basta con introducir la tarjeta de crédito en un cajero automático, y éste expedirá la moneda corriente del país en donde se encuentre⁵².

5.2. Funciones Jurídicas de la Tarjeta de Crédito.

Si bien es cierto, la tarjeta de crédito es un producto de la actividad comercial, también ha influido en la mecanización de operaciones de índole jurídico, especialmente en el ámbito de las obligaciones contractuales (como el caso del contrato de apertura de crédito).

5.2.1. Como Instrumento de Identificación.

La tarjeta de crédito es un instrumento que legitima el uso de ésta a su titular; es esta la función que precede a todas las demás⁵³. Consigo

⁵¹ BARUTEL hace hincapié en cómo los establecimientos comerciales rechazaban el pago por medio de cheques por lo engorroso que se volvía el cobro coercitivo de éste y, con el auge de las tarjetas de crédito, se crea un vínculo confiable entre el comerciante y el consumidor que impulsa la transferencia de bienes y servicios sin que el uso de dinero en efectivo tenga trascendencia. Véase: BARUTEL. Óp. Cit. pp.

⁵² **BARUTEL MANAUT, Carles**, Óp. Cit. p. 138

⁵³ Es por ello que Barutel alega la importancia de incluir esta función como jurídica. Contrariando esta teoría, Gerardo Reynoso, quien alega que lo que en realidad interesa es el contenido de la tarjeta, ya que a veces no es necesario exhibirla materialmente, por lo que

documenta no solo el nombre del titular, sino el del banco emisor y la marca de la tarjeta (la marca de la tarjeta es muy importante, porque de esta depende la credibilidad de la misma y respectiva admisibilidad como medio de pago), esta información permite que el tarjetahabiente acceda a distintas prestaciones como el respectivo pago en establecimientos y la extracción de efectivo del cajero automático.

5.2.2. *Función de Crédito.*

Cuando en el apartado anterior se afirmó que el usuario de la tarjeta de crédito adquiere de forma inmediata bienes y servicios aún sin disponer del dinero en efectivo a la mano, decimos que la tarjeta de crédito viene siendo un “instrumento de crédito automático”. Con la tenencia de la tarjeta existe la suposición que el tarjetahabiente ha suscrito un contrato de apertura de crédito, el cual no se hace efectivo mientras no se hace uso de la tarjeta. Al ponerse de manifiesto esta última condición, el tarjetahabiente puede devolver de una sola vez el monto utilizado a la entidad emisora o realizarlo en cuotas mensuales, con la salvedad que el pago incluirá el interés sobre el monto utilizado en la compra.

5.2.3. *Función de Pago.*

Dentro de la evolución histórica de la tarjeta de crédito, se describe cómo este instrumento sustituye paulatinamente el dinero en efectivo y los cheques, proporcionando comodidad y seguridad al usuario, garantía al comerciante y ganancias al emisor. El pago de obligaciones pecuniarias es visto como la función principal de la tarjeta de crédito⁵⁴. El tarjetahabiente extingue la obligación que nace de la relación contractual con el comerciante,

en esos casos dicho instrumento carece de valor jurídico. Véase REYNALDO, Daniel Gerardo, *Sistema de Tarjeta de Crédito: Estructura, funcionalidad*. 1a Edición. Argentina. 1995. p. 7 y BARUTEL, Óp. Cit. p. 143

⁵⁴ **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen**, Óp. Cit. pp. 22,103 y 104. Establecen que es en el ámbito del pago de obligaciones monetarias para el que fueron creadas. Por lo que propone que en lugar de llamárseles tarjeta de crédito se le denomine tarjeta de pago.

disfrutando de la absoluta propiedad del producto recién adquirido; en el mismo acto nace la obligación de la entidad emisora del pago del producto al establecimiento comercial⁵⁵.

6. CLASIFICACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO.

Para poder hacerle frente a las diversas funciones, los sistemas de tarjeta de crédito han ingeniado un magno catálogo de tarjetas, que por razones de estudio se clasifican a continuación.

6.1. Según la Entidad Emisora.

Aunque este estudio se enfoca específicamente a las tarjetas de crédito bancarias, la doctrina y los usos internacionales, invitan a distinguir entre las entidades bancarias y otras entidades de crédito no bancarias.

6.1.1. Tarjetas Bancarias.

Así como indica su denominación, son las emitidas por los bancos o por otras entidades crediticias bajo una marca propia o por concesión de una empresa especializada. En El Salvador circulan 159 modalidades de tarjetas emitidas por 7 bancos distintos, siendo este tipo, el más utilizado por los usuarios⁵⁶.

6.1.2. Tarjetas no Bancarias.

Se refieren a las tarjetas de crédito emitidas comúnmente por establecimientos comerciales, gasolineras, ferreterías. En el caso de El Salvador, circulan 19 modalidades de tarjetas no bancarias, entre ellas, la “Credisiman”, la cual, se destina exclusivamente a la compra de productos en Almacenes Simán S.A. de C.V. En esencia, ninguna entidad bancaria se

⁵⁵ Es lo que se conoce en Derecho Civil como NOVACIÓN Art. 1498. “La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.”

⁵⁶ Datos obtenidos del Ranking de Tarjeta de Crédito Febrero 2012, disponible en www.defensoria.gob.sv sitio consultado el 2 de mayo de 2012

involucra directamente, ni en la emisión ni en el pago de lo adeudado por el tarjetahabiente.⁵⁷

6.2. Según el Titular.

Esta clasificación atiende a la calidad del titular, si es una persona natural o jurídica debido a que, oportunamente, las prestaciones y los requisitos de su emisión varían.

6.2.1. Tarjeta personal.

Es la tarjeta de crédito cuyo titular es una persona natural, son las más comunes en El Salvador y, dentro de los requisitos mínimos para su emisión se encuentran: a) tener un ingreso mínimo mensual de cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América; b) Demostrar estabilidad laboral en los últimos seis meses; c) poseer calidad A en la banca; d) DUI y NIT del titular y los adicionales⁵⁸.

6.2.2. Tarjeta Corporativa.

La tarjeta corporativa o empresarial se emite a favor de sociedades legalmente constituidas, con el fin agilizar viajes de negocios, controlar los gastos de representación de los usuarios autorizados, facilitar el pago a proveedores y permitir el uso del crédito en caso que se necesite urgentemente. Además se pueden emitir “tarjetas adicionales” con el fin entregárselas a ejecutivos de la empresa y definir diferentes límites de créditos a cada una. En El Salvador, bancos como Citibank y Credomático ofrecen esta modalidad de tarjetas de crédito Visa, Mastercard, American Express; siendo los requisitos básicos para su emisión: a) Solicitud firmada

⁵⁷ Es hasta principios del año 2011, con la integración de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles a la Superintendencia del Sistema Financiero que este tipo de tarjetas de crédito puede ser supervisado. Véase: www.americaeconomia.com/negocios-industrias/elsalvador. Sitio consultado el 2 de mayo de 2012.

⁵⁸ Esta información puede ser consultada en www.bancoagricola.com. Sitio visitado el 2 de mayo de 2012

por el representante legal; b) Balance general de los últimos dos años; c) Fotocopias DUI y NIT de los solicitantes de la tarjeta adicional; d) Fotocopia de NIT y Registro de IVA de la empresa; e) Fotocopia de Escritura de Constitución inscrita en el Registro de Comercio⁵⁹.

6.3. Según el Objeto.

Esta clasificación se dirige a distinguir las tarjetas de crédito de acuerdo a las múltiples prestaciones que ofrecen, o al contrario, se limitan a un uso exclusivo.

6.3.1. Tarjetas múltiples.

Conocidas como all purpose credit cards o general credit cards⁶⁰, permiten que el tarjetahabiente goce de una gama de bienes y servicios, con ellas es posible, realizar pagos no solo en establecimientos afiliados, sino pagos de servicios básicos (agua, luz, teléfono, internet entre otros) además obtener efectivo a través de cajeros automáticos, con sólo insertar la tarjeta de crédito en la ranura del cajero y digitar la contraseña, así mismo lo que es la transferencia de activos de una cuenta a otra.

*6.3.2. Tarjetas particulares.*⁶¹

Son emitidas exclusivamente para el consumo o para su uso en un establecimiento comercial previamente determinado, ejemplo de ello es la tarjeta de crédito “Citi Súper Selectos” de El Salvador, o bien la expedida por Almacenes Simán, la denominada “Credisimán”, que sólo se puede hacer uso de ésta en los establecimientos a cuya denominación se debe la tarjeta.

⁵⁹ *All porpuse credit cards* en es español “tarjetas de crédito para todo propósito” y *general credit cards* “tarjetas de crédito generales”. Véase: www.latinamerica.citibank.com/salvador. Y www.credomatic.com/elsalvador. Sitios consultado el 2 de mayo de 2012.

⁶⁰ **MUGUILLO, Roberto A.**, Óp. Cit. p. 19

⁶¹ [www. Latinamerica.citibanc.com/salvador](http://www.Latinamerica.citibanc.com/salvador) sitio consultado el 2 de mayo de 2012.

6.4. Según su Ámbito Territorial.

La vigencia de la tarjeta se determina no sólo en el tiempo sino también en el lugar. No todas las tarjetas de crédito pueden circular fuera del territorio de El Salvador, aun siendo de una marca mundialmente reconocida. La mayoría de marcas de tarjetas de crédito habilitan las dos modalidades, la de uso “nacional” y la “internacional”⁶².

6.4.1. Tarjetas Internacionales.

Son las que permiten al tarjetahabiente utilizarle en cualquier establecimiento del mundo, siempre que se encuentre afiliado al sistema de tarjetas de crédito al cual pertenece. Marcas como MasterCard, Visa, American Express y Diners Club, son reconocidas mundialmente, por lo que las tarjetas de crédito que tienen plasmados dichos logos, por lo general, son de uso internacional.

6.4.2. Tarjetas Nacionales.

Pueden ser efectivas dentro del territorio del país donde la entidad financiera o comercial ha emitido la tarjeta de crédito. Por lo general tienden a ser tarjetas de crédito emitidas por establecimientos comerciales nacionales.

6.5. De Acuerdo a su Duración.

Esta clasificación hace referencia al tiempo que la entidad emisora ha dispuesto para la vigencia de la tarjeta de crédito⁶³.

⁶² Muguillo agrega las tarjetas de crédito locales, es decir, aquellas que solo pueden funcionar dentro de una localidad dentro del territorio de un país, y ejemplifica con la tarjeta Lurocard, Unicuenta, Carte d'Or. MUGUILLO. Óp. Cit. p. 20

⁶³ *Barutel* agrega otra clasificación y se trata del límite crediticio disponible en la tarjeta de crédito. Con límite económico: El tarjetahabiente, puede hacer uso del crédito contenida en la tarjeta, hasta un monto específico, dependerá directamente del monto aprobado en el contrato de apertura de crédito, el cual se ve directamente influenciado por la capacidad

6.5.1. Tarjetas temporales.

En este tipo de tarjetas, se ha establecido un tiempo límite para su uso y validez, terminándose este tiempo, es necesaria la renovación de la tarjeta de crédito, o del contrato de apertura de crédito, cuando la tarjeta se ha entregado paralelamente a la realización de dicho contrato. En El Salvador el tiempo límite tiende a ser de 66 meses como máximo.

6.5.2 Tarjetas ilimitadas.

En este tipo, no se ha establecido caducidad de la tarjeta, suponiéndose que se encuentra habilitada para el tarjetahabiente por un tiempo indefinido.

7. FORMAS DE USO DE LA TARJETA DE CRÉDITO

Se ha referido al pago de bienes y servicios como principal función jurídica de la tarjeta de crédito, y que debido al proceso de modernización que ha sufrido, las formas de pago se han complejizado, pero no en el sentido negativo, sino aplicando nuevas tecnologías. Se hará hincapié en las variadas formas de pago con tarjeta de crédito y el uso de ésta con el cajero automático⁶⁴.

7.1. El uso de la Tarjeta de Crédito en Terminal de Punto de Ventas (TPV'S).⁶⁵

Las terminales de punto de venta son en realidad los sistemas electrónicos de pago inmediato que se encuentran en cada establecimiento

económica del titular. Sin Límite Económico: Con este tipo, el tarjetahabiente se encuentra autorizado para realizar pagos sin ningún tipo de límite máximo preestablecido. BARUTEL, Op.Cit. p. 108

⁶⁴ En El Salvador, en el año 2011, se contabilizaron exactamente 1,318 cajeros automáticos en todo su territorio, así como se puede observar en el cuadro estadístico compartido por la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, disponible en www.ssf.gov.sv. Consultado el 3 de mayo de 2012

⁶⁵ Comúnmente conocidas por sus siglas en inglés POS, *Point Of Sale Terminal*.

afiliado.⁶⁶ Se trata de un aparato utilizado por casi todos los negocios que aceptan pagos con tarjeta de crédito, de aproximadamente 20 centímetros de largo y 5 de ancho, con un dispositivo que lee la banda magnética de la tarjeta de crédito con el objetivo de enviar los datos necesarios para la transferencia electrónica de montos de dinero, desde la cuenta de apertura de crédito del tarjetahabiente a la cuenta del negocio afiliado; a continuación, dependiendo del modelo, imprime sobre un papel especial el registro de los datos correspondientes⁶⁷.

Estas fueron creadas para que resulte exitoso el pago electrónico y se transfieran la información de una manera ágil y segura tanto para el usuario de la tarjeta como para el comerciante.

7.2. El Uso de la Tarjeta de Crédito en Cajeros Automáticos.⁶⁸

Los cajeros automáticos más que considerarse un sustituto del personal bancario, es un complemento que permite un servicio ágil, despojando al personal de la realización de operaciones que requieren poca agilidad mental⁶⁹ y enfocarlos en aquellas actividades que requieren más análisis como consejería y operaciones bancarias complejas.

7.2.1 Obtención de Dinero en Efectivo.

El tarjetahabiente puede disponer de dinero en efectivo a toda hora en cajeros automáticos. Es de resaltar que en este caso el titular no realiza ningún pago directo con el cajero automático, simplemente, hace uso del

⁶⁶ **BARUTEL MANAUT, Carles.** Op.Cit. pp. 96 y 97

⁶⁷ Entiéndase nombre del titular, entidad emisora, código de usuario, producto objeto de la compra y monto a transferir.

⁶⁸ **BARUTEL MANAUT, Carles:** “Los cajeros automáticos son máquinas capaces de registrar transferencias y dispensar billetes central a entrega o exhibición de una tarjeta u otro activador apropiado para efectos identificativos” en MANAUT, op.cit. p. 82

⁶⁹ Como el retiro de efectivo o pagos de recibos de servicios básicos.

crédito concedido por la entidad bancaria, retirando cierta cantidad en efectivo cuyo posible destino sea el consumo. Es un caso excepcional a la regla general que considera a la tarjeta de crédito como el medio de pago por excelencia.

7.2.2. El pago a través de Cajeros Automáticos.

La diferencia con el anterior epígrafe radica en que el anterior uso sólo se limita a la sustracción de dinero efectivo del cajero automático, éste, en cambio, se refiere a que con el uso de las tarjetas de crédito en los cajeros automáticos se realizan transferencias entre cuentas bancarias o para el pago de ciertos servicios ya programados en los cajeros, como el pago de recibos de luz, telefonía, recarga de saldo en celulares. Operaciones que no hacen más que congestionar el tráfico en las agencias bancarias, asegurando la focalización en operaciones que requieren más atención y análisis de parte del personal bancario.

7.3. El Uso de la Tarjeta de Crédito en Internet.

Es más que un hecho que con el internet al alcance de todo el mundo, las posibilidades de compra de cualquier cosa y en cualquier lugar se vuelven infinitas; pero esto no fuera así, sin un medio de pago que lo permitiera de manera fácil y segura.

El único requisito para hacer efectiva la operación, es brindar el número de tarjeta y esperar a que la mercancía sea enviada a la dirección establecida⁷⁰. Para evitar posibles fraudes se han ideado medidas de seguridad que bloquean la intromisión no autorizada a la cuenta del tarjetahabiente, como el uso de una empresa intermediaria, la cual, lo único que hace es servir como puente entre el tarjetahabiente y el comerciante,

⁷⁰ FERMÍN y ALONSO. Óp. Cit. p. 152

para que éste último no tenga acceso a la información brindada por el primero⁷¹.

Al momento de realizar una transacción por medio del internet debe por parte del tarjetahabiente verificar la autenticidad de la página que ofrece bienes o servicios para evitar ser víctima de fraudes.

8. LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS TARJETAS DE CRÉDITO.

8.1. Constitución de la República de El Salvador.

La Constitución de la Republica de El Salvador, en adelante la Constitución o Cn., constituye la norma fundamental y suprema, siendo la esencia del ordenamiento jurídico salvadoreño, muestra de ello es que el constituyente dejo por sentado en la misma su relevancia, respecto de las demás normas jurídicas, tal como lo establece el Art. 246 inc. 2 de la Cn. que señala: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. Asimismo los Art. 144 y 145 Cn., nos prescriben que los Tratados internacionales son leyes de la república, pero cuando estos entren en conflicto con otras leyes prevalecerán sobre las mismas, sin que alteren, restrinjan o afecten por ningún motivo las disposiciones establecidas en nuestra Carta Magna.

En virtud de lo antes expuesto, se puede advertir que todo asunto jurídico es preponderante analizarlo a partir de las normas constitucionales que inspiran su desarrollo en las demás normas del ordenamiento jurídico.

⁷¹ Se reconocen 4 niveles de seguridad que protegen la información compartida en internet: a) Confidencialidad: ningún otro individuo puede acceder a los datos de la tarjeta de crédito. b) Autenticación: evita que otra página web suplante la identidad de la real. c) Integridad: busca que la información de la transferencia de fondos viaje de manera intacta y no se altere sin ser detectado y; d) No repudio: habiéndose consumado la compraventa, la parte que aceptó no debe contradecirse negando el pedido. Véase: *PEGUERA POCH, Miguel y otros. Derecho y nuevas Tecnologías. Editorial UOC. Barcelona. 2005.*

En cuanto a las tarjetas de crédito, como se ha señalado constituyen una parte importante dentro del sistema financiero y de la realidad económica de nuestro país, que encuentra principalmente su fundamento en nuestra Constitución de la República en el Título V, específicamente en los Artículos 101 y 102 de la misma.

El Art. 101 de la Cn, siendo dicho artículo esencial, puesto que sienta los principios rectores en que se regirá toda la actividad económica y financiera en El Salvador, procurando que el sistema adopte una concepción humana basada en la Justicia Social, para ello le impone al Estado la obligación de defender el interés del consumidor, al promover el desarrollo económico y social, y de los agentes que intervienen en el mismo.

En tal sentido, las relaciones que se originan en el sistema de tarjetas de crédito se encuentran regidas por los principios básicos del orden económico, debiendo el Estado de intervenir para velar por los derechos de los consumidores, mediante la creación de leyes (Ej.: Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito), instituciones (Ej.: Defensoría del Consumidor, súper intendencia del Sistema Financiero), etc.

Otro Artículo que constituye la base fundamental del Sistema de Tarjeta de Crédito es el 102 Inc.1 de la Cn. que prescribe “Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social”, es decir, que toda persona tiene el derecho a participar en la actividad económica y financiera del país, llevando a cabo todas aquellas actividades que permitan fomentar el crecimiento económico, dentro de las cuales podemos ubicar las relaciones que se producen en el sistema de tarjetas de créditos, señalando como limite a esta actividad desarrollada por las empresas bancarias, sociedades financieras, entre otras, que no debe de vulnerar los derechos de la colectividad, adquiriendo preponderancia en esta situación lo establecido

en el citado Art.246 Cn. en el sentido que “El interés público tiene primacía sobre el interés privado”.

Asimismo adquiere suma importancia al realizar un análisis de las tarjetas de Crédito el Art. 23 de la Cn. que establece. “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes.”, en virtud de que en dicho artículo se regula el principio de autonomía de las partes, que es primordial en las relaciones provenientes de las tarjetas de crédito, dado que son los múltiples contratos de apertura de crédito, celebrados entre las instituciones crediticias (emisores) y consumidores (tarjeta-habientes), que permiten la emisión de las mismas (sistema de tarjetas de crédito).

Se puede decir que las Tarjetas de Crédito encuentran una regulación tácita dentro de los artículos antes mencionados de la Constitución de la Republica, puesto que constituyen uno de los principales asuntos jurídicos que trascienden en nuestra sociedad, y que encuentran su fundamento como parte de la actividad financiera que se desarrolla a diario, mediante las diversas relaciones jurídicas que se crean a partir de los contratos que las constituyen.

8.2. Código de Comercio.

Este constituye el cuerpo normativo que se encarga de regular a los comerciantes, actos de comercio y las cosas mercantiles (Art. 1 C. Com.), es decir, toda la actividad económica en la que participan tanto personas naturales como jurídicas, ejerciendo el Derecho a la libertad económica.

En ese sentido, contiene normas jurídicas que se aplican a las tarjetas de Crédito, dentro de las cuales podemos mencionar a los sujetos que intervienen en la emisión de tarjetas de Crédito son Empresas, Sociedades Financieras, Anónimas o de Responsabilidad Limitada cuyo giro comercial

comprenda esa actividad, se trata de los Comerciantes que según el Art.2 de la referida ley pueden ser:

I- Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales.

II.- Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales.

La referida normativa contiene las disposiciones para la constitución, funcionamiento y terminación de los comerciantes sociales, es decir, de las Sociedades independientemente los fines que estas persigan, tales como las que se dedican a otorgar créditos o se desenvuelven en la actividad financiera, a partir del Título II que se refiere a Los Comerciantes Sociales, siendo estos los principales agentes emisores de las Tarjetas de Crédito, los cuales deben construirse y desarrollar su giro comercial conforme lo prescrito en la ley.

El libro Segundo del Código de Comercio a partir del artículo 411 hasta el 522, contiene las Obligaciones Profesionales de los Comerciantes, que deben de cumplirse para poder desarrollar sus actividades de manera lícita. Esta normativa de carácter general, respecto a la actividad que realizan comerciantes encargados de emitir tarjetas de crédito, en virtud de los contratos que celebran con los consumidores, una de las principales regulaciones es la que establece en el Libro Cuarto referente a Obligaciones y Contratos Mercantiles, que nos prescribe una serie de disposiciones que regulan los contratos que se suscriben en materia mercantil, dentro de los cuales está el “Contrato de Apertura de Crédito” que es la causa que origina la emisión de Tarjetas Crediticias, a partir del Art. 945 y siguientes C.Com.

El Código de Comercio concretamente en el Título VII referente a las Operaciones de Crédito y Bancarias, regula en el capítulo primero acerca del

Contrato de Apertura de Crédito, entendiéndose por el mismo aquel en el que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los importes, gastos y comisiones que se hubieren estipulado⁷².

Conforme el Art. 1108 C.Com. Salvo que se estipule lo contrario, el acreditado podrá disponer a la vista, total o parcialmente, del importe obtenido, siendo uno de los principales derechos con que cuenta el acreditado, quien para disponer del importe que se le brinda el acreditado le proporciona una tarjeta de crédito que se rige por las estipulaciones plasmadas en el mencionado contrato.

En tal sentido este contrato de naturaleza mercantil, enfocado al Derecho Bancario, encuentra una regulación general, en cuanto a su conceptualización, los Derechos y obligaciones para las partes otorgantes y la forma de su extinción, el cual debe entenderse que está especialmente interrelacionado con la Ley de Bancos que constituyen el marco legal de este Contrato, así como para la emisión de la Tarjeta de Crédito proveniente del mismo⁷³.

8.3. Ley de Protección al Consumidor.

La Tarjeta de Crédito como un instrumento que le permite beneficiarse a la persona que la posee en operaciones de mercado como compras, o cualquier otra transacción; puede ser objeto o medio de vulneración a los derechos del consumidor por parte de las empresas emitentes de la mismas.

⁷² CÓDIGO DE COMERCIO, Artículo 1105

⁷³ CÓDIGO DE COMERCIO, Arts. 1105 al 1118.

Es así como la normativa nacional que para el caso es la Ley de Protección al Consumidor tratar de alguna manera de tutelar aquellos derechos de los consumidores⁷⁴, que pueden verse vulnerados por acciones abusivas de agentes económicos. El sector financiero es un rubro que mantiene altos estándares de abusos, he aquí, que el legislador se motivó para dedicar un capítulo entero a la aplicación del régimen de protección de los intereses económicos y sociales del consumidor frente a la actividad financiera⁷⁵.

A partir del artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor se establecen ciertos límites a la actuación de las entidades financieras y entre ellas a los emisores de tarjetas de crédito, a continuación se describirán algunas de dichas limitantes.

Respecto a las Cláusulas Abusivas: Son aquellas que arremeten contra la buena fe del consumidor o usuario y que son impuestas o usadas por los proveedores, como hacerlos renunciar a algunos derechos, establecer la prórroga de un contrato sin la voluntad del consumidor, invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, exonerarse de responsabilidad, etc. Se mencionan algunas a continuación⁷⁶.

Cobros Indebidos: Cargos directos a cuentas de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor o usuario; como cuando las instituciones que emiten tarjetas de crédito cobran

⁷⁴ Los derechos básicos de los consumidores se encuentran enunciados en el artículo 4, de los cuales se mencionarán solo algunos de ellos: Literal a) Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna las características de los productos y servicios a adquirir; es decir, que las empresas emisoras de las tarjetas de crédito deben de proporcionarle al usuario de la misma la información de la tarjeta de crédito, plazos, tasas de interés, monto de capital, etc. Literal J) Ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. L) Lectura completa y explicaciones de todas las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato y sus anexos. El artículo 5 nos determina la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores, ello ante la contingencia situación de que éste pueda renunciar a un derecho por algún beneficio económico.

⁷⁵ **LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**. Artículo 11.

⁷⁶ **LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**. Artículo 17 y 18.

cada cierto tiempo el manejo de la cuenta y cobro de la misma de forma periódica, sin dejar establecido cuando se obtiene tal instrumento que se cobrará por tales servicios.

Cobros Difamatorios o Injuriantes: Pueden gestionarse en perjuicio del deudor y/o su familia, corriendo el rumor o información de su estado financiero de forma distinta a la que en realidad es, tan sólo para que el consumidor o usuario pague algún monto debido.

Compartir información personal y crediticia del consumidor: Ya sea entre proveedores o a través de entidades especializadas en la prestación de servicios de información, sin la debida autorización del consumidor, que es lo que sucede con la empresa DICOM que suele comprar la información de cierta clase de gente a los bancos o instituciones crediticias y servir para demás instituciones del mercado como punto de referencia sobre la información de solvencia o no crediticia de alguien para tomarlo en cuenta como usuario fiable.

8. 4. Ley de Bancos.

La Ley de Bancos es un cuerpo legal creado esencialmente para la regulación y supervisión de las actividades bancarias con el principal objetivo de proteger los depósitos de los usuarios bancarios⁷⁷.

Definición de Banco. Artículo 2 L.B.

El banco, como uno de los tres sujetos intervinientes en el sistema de tarjetas de crédito, es un agente autorizado⁷⁸ *“para realizar llamados al*

⁷⁷ Véase: Considerando IV “Que el Establecimiento de mecanismo de supervisión consolidada de acuerdo a las prácticas ; Título IV referidos a la Regularización, Reestructuración, Intervención y Liquidación de Bancos - artículos 75 al 112 b-; Título V, de la Supervisión Consolidada de Instituciones Financieras – arts. 113 al 152-; Título VI, de la Institución de Garantía de Depósito – Arts. 153 al 183.

público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier operación pasiva, quedando obligado directamente a cubrir el principal, intereses y otros accesorios, para su colocación en el público en operaciones activas.” Dicho artículo no hace más que describir la operación bancaria por excelencia, es decir, resguardar los depósitos de ahorro del público, los cuales servirán para otorgar créditos al público a cambio de intereses y comisiones; éstas son consideradas las principales fuentes de liquidez de los bancos.

Operaciones Financieras. Artículos 51, 55, 56 L.B.

El artículo 51 L.B establece un catálogo de operaciones posibles para los bancos, dentro de ellas se encuentra “p) Efectuar cobranzas, pagos, transferencias de fondos y emitir tarjetas de crédito”; estas operaciones deben ser reguladas por ciertas “Normas” aprobadas por el Banco Central de Reserva, las cuales deben incluir las condiciones concernientes a características, modalidades y condiciones de sus servicios -Art. 55 L.B-.

En este momento ya se puede dilucidar la exigencia de mecanismos que ayuden a regular de manera estrictamente institucional.

En el art. 56 L.B., obliga a los bancos a tomar en cuenta una serie de reglas para la realización de las normas institucionales, entre ellas, llama la atención la siguiente: *“l) que los bancos podrán celebrar operaciones y prestar servicio con el público mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar las operaciones y servicios cuya prestación se pacte; los medios de identificación de usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso; y los medios por los que se hagan constar la creación transmisión,*

⁷⁸ De acuerdo al artículo 4 de la Ley de Bancos, sólo aquellas sociedades autorizadas para funcionar como bancos, pueden utilizar dicha denominación.

modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate”.

Así como lo explica Aquiles Delgado en su obra “Derecho Bancario Salvadoreño”, esta disposición habilitó la regularización de los servicios de Cajeros Automáticos y que los establecimientos comerciales hagan uso de las Terminales de Puntos de Venta, es decir, incorporó normativamente el comercio electrónico⁷⁹. Aún con este alcance, no significó que la necesidad de regular específicamente la tarjeta de crédito se satisfizo, debido a que las disposiciones aparecen de manera abierta y no alcanzan las complejidades que presenta la tarjeta de crédito.

8. 5. Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Este cuerpo normativo es una herramienta que fortalece el campo de protección de la población tarjetahabiente, promueve la fiscalización de las entidades emisoras de parte de las instituciones supervisoras como la Superintendencia del Sistema Financiero y la Defensoría de Protección al Consumidor⁸⁰.

Aunque esta investigación no pretende realizar un comentario exhaustivo de dicha ley, es menester resaltar aquellos aspectos normativos que esclarecen debates teóricos previamente descritos, como el concepto, naturaleza, sujetos intervinientes y si existe o no alguna disposición que se refiera al uso fraudulento de las tarjetas de crédito.

⁷⁹ DELGADO, Aquiles, Op. Cit. p. 115.

⁸⁰ Considerando IV. “Que es necesario fortalecer las competencias y otorgar herramientas legales a l Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Obligaciones Mercantiles y al Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo para que puedan fiscalizar eficazmente las contrataciones y operaciones del sistema de tarjetas de crédito; así como a la Defensoría del Consumidor en la protección de los derechos de los consumidores; todo con miras a establecer un sistema justo y equitativo en donde se garantice la libre competencia en igualdad de condiciones y la transparencia del mercado que asegure las operaciones y el conocimiento de la forma en que opera el sistema a todas las partes involucradas en el mismo.”.

Naturaleza y Definición. Artículos 1 y 2 L.T.C.

No se debe confundir entre Sistema de Tarjeta de Crédito⁸¹ y Tarjeta de Crédito, la primera engloba las relaciones existentes en torno al contrato de apertura de crédito, mientras que la tarjeta de crédito es considerada como un efecto de ese contrato, dando como resultado un medio o un documento de pago:

“Art. 2. lit. e) Tarjeta de crédito: Es un medio o documento privado, firmado, nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito que permite al titular o tarjetahabiente utilizarlo como medio de pago para adquirir bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas o retirar dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores autorizados por el emisor”.

Emisión de Tarjetas de Crédito. Art. 3. L.T.C.

Impone dos condiciones básicas para obtener la autorización para la emisión de tarjetas de crédito:

a) Si se trata de personas jurídicas domiciliadas en el país⁸², haberse constituido conforme a las leyes respectivas y si son personas jurídicas extranjeras, gozar de la autorización de parte del organismo fiscalizador respectivo y estar suscrito a convenios de cooperación entre los entes supervisores.

⁸¹**LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO** Art. 1 inc. 2. “Se entenderá por sistema de tarjetas de crédito, al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales, cuya función principal consiste en servicios de administración de cuentas, de tarjetahabientes y comercios o instituciones afiliadas al sistema, a partir de un contrato de apertura de crédito; y su finalidad es posibilitar a los tarjetahabientes la realización de operaciones de compra de bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas al sistema o anticipo de dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores autorizados por el emisor; y que, los tarjetahabientes son responsables del pago al emisor, y éste a los adquirentes, quienes a su vez pagan a sus comercios o instituciones afiliadas, de acuerdo a los términos de los contratos, incluyendo los tipos de emisiones de tarjetas de crédito que limitan su uso a un solo comercio o institución afiliada”.

⁸²**LEY DE BANCOS.** Artículos 4 al 7.

b) Depositar en la Superintendencia del Sistema Financiero, en la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o en el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo los modelos de contrato de apertura de crédito y las características de cada emisión.

Aspectos sobre la Tarjeta de Crédito art. 5 y art. 11 L.T.C.

Uno de los aspectos que evidencian la uniformidad global de las tarjetas de crédito, es el contenido. De acuerdo al artículo 5, la tarjeta de crédito debe contener:

a) Nombre y firma cuando el titular sea persona natural⁸³ o la razón o denominación social cuando el titular sea persona jurídica.

b) Marca de la Tarjetahabiente.

c) Fecha y emisión y vencimiento.

d) Denominación de la institución emisora, coemisora o ambas en la tarjeta de crédito⁸⁴.

e) Numeración codificada de la tarjeta de crédito.

f) Número de cuenta o número interno de inscripción.

g) Códigos, claves y demás características técnicas que permitan la utilización con cajeros automáticos o terminales de puntos de venta. Este literal, hace referencia a la banda magnética, el cual sirve como codificador que almacena y modifica información, con el objetivo de identificar al portador de la tarjeta de crédito.

Esta información se lee a través de los “cabezales de lectura”⁸⁵, es decir, contiene información como el Número de Identificación Personal, que no es más que la clave secreta e intransferible del titular.

⁸³ Es responsabilidad de la persona titular firmar la tarjeta al momento de recibirla. Art. 5 inciso 2 parte. 2. L.C.T.

⁸⁴ Entidad coemisora es “Persona jurídica que, en virtud de un contrato, efectúa la administración o gestión de las operaciones con tarjetas de crédito, quién podrá encargarse, por cuenta del emisor, de la colocación, contratación y cobro de las mismas.” Artículo 2. literal b). L.C.T.

Amerita resaltar que el número de cuenta o número interno de inscripción no es lo mismo que el Número de Identificación Personal o PIN⁸⁶ el primero se refiere a la cuenta de apertura de crédito del titular, visible en la tarjeta, mientras que el PIN, es un número secreto que permite al titular la realización de ciertas operaciones, como el retiro de efectivo en cajeros automáticos.

Contratos Relativos a la Operatividad de Tarjetas de Crédito.

a) Contrato de apertura de crédito.

En este contrato el emisor autoriza al tarjetahabiente la adquisición de bienes y servicios, así como el retiro de dinero en efectivo en establecimientos autorizados, obligando al tarjetahabiente al reintegro de las cantidades a su cargo⁸⁷. Para poder gozar de la calidad de acreditado, la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito en ella artículo 8, prohíbe la contratación sin un estudio de la capacidad de pago del acreditado en potencia⁸⁸.

b) Contrato de afiliación:

Es un contrato nominal, descrito en el artículo 31 de la LTC, por el cual un establecimiento se compromete con una entidad emisora a proporcionar bienes y servicios o dinero en efectivo a la persona que presente la tarjeta de crédito objeto del contrato y la entidad se compromete a hacer el pago efectivo e inmediato a cambio de una comisión⁸⁹.

Estos contratos tienen íntima vinculación con la tarjeta de crédito.

⁸⁵ **I BUSTIO, Julia Monsó.** *Sistemas de Identificación y control automáticos (II). Sistemas de control de flujo físico*, Primera Edición, Marcombo Editoriales, Barcelona, 1995. Pp. 119-121

⁸⁶ Por sus siglas en inglés "*Personal Identification Number*"

⁸⁷ Es un contrato escrito, perfeccionado por medio de la firma del documento, oneroso o gratuito, según las condiciones contractuales.

⁸⁸ Esta prohibición también se aplica a contrataciones posteriores a la aprobación del otorgamiento del crédito como el extra financiamiento, incremento de límite de crédito, refinanciamiento o reestructuraciones.

⁸⁹ De acuerdo a esta disposición "puede" haber una comisión, el que no se establezca no desnaturaliza este contrato.

Obligaciones de los Sujetos Intervinientes⁹⁰.

Los contratos descritos originan obligaciones para los tres sujetos intervinientes:

Obligaciones del Tarjetahabiente:

- a) Cancelar el monto utilizado para el pago de bienes y servicios o retiro de efectivo de acuerdo al contrato de apertura de crédito.
- b) Cancelar los intereses sobre el saldo de capital adeudado.
- c) Pagar el recargo por incumplimiento de pago por falta de abono al pago mínimo del estado de cuenta en la fecha de vencimiento de pago mensual.
- d) Dar aviso al emisor o coemisor del robo, hurto de la tarjeta o cualquier anomalía que se sospeche sobre la misma.

Obligaciones del emisor.

- a) Cobrar los intereses, recargos y comisiones de acuerdo a lo establecido en el contrato de apertura de crédito y autorizado por la Superintendencia del Sistema Financiero.
- b) Poner a disposición del titular, sin cargo alguno, el estado de cuenta actualizado mensualmente, quince días antes del vencimiento de la obligación de pago.
- c) Informar públicamente sobre las tasas e intereses, comisiones y recargos aplicables a cada tipo de tarjetas que emitan.
- d) Proveer a los comercios afiliados medios de consulta para facilitar la seguridad en las operaciones.
- e) Fijar comisiones que no perjudiquen a los negocios afiliados considerados de renta baja o mediana.

⁹⁰ **LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.** Arts. 6, 17 y 21 inciso 1, 23 inciso 1, 33 y 34.

Obligaciones de los comercios afiliados

De acuerdo al artículo 35 LTC, son obligaciones de los comercios afiliados los siguientes:

a) Verificar la identidad del tarjetahabiente y consultar la habilitación de la tarjeta a través de los medios que para tal efecto han sido provistos por el adquiriente.

b) Entregar al tarjetahabiente la copia del comprobante de la operación, excepto en las operaciones que no existe presencia física de la tarjeta.

c) Entregar al adquiriente las órdenes de pago debidamente autorizadas por el tarjetahabiente cuando lo requiera.

d) No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por compras en efectivo.

Mecanismos de Protección para el Tarjetahabiente.

La supervisión efectiva de la emisión de las tarjetas de crédito debe incluir medios que coadyuven a la transparencia de su gestión institucional.

Cláusulas abusivas sin efecto de pleno derecho.

Este es un mecanismo de protección primario e inmediato, ya que no es necesaria la concurrencia de un pronunciamiento administrativo o judicial que deje sin efecto dichas disposiciones, puesto se considera inexistente, como nunca escritas. Así podemos mencionar:

a) En donde comprometan al tarjetahabiente a lo siguiente⁹¹:

i. Renunciar a un derecho⁹².

⁹¹ **LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO** Arts. 15 literales a), b), c), d) y e).

⁹² Puede ser un derecho reconocido por la Constitución de la República de El Salvador, leyes de la República y los tratados internacionales ratificados por El Salvador. Art. 15 lit. a) Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito.

- ii. Pagar por los costos de gestión de prevención de riesgos.
 - iii. Pagar doble por un mismo hecho generador.
 - iv. A adquirir un bien o servicio no complementario a la tarjeta de crédito.
- b) Que faculden al emisor o coemisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.
- c) Las que exoneren de responsabilidad a cualquiera de las partes intervinientes en el contrato.
- d) Las cláusulas adicionales no autorizadas en el contrato modelo o por la Superintendencia del Sistema Financiero⁹³.

Impugnación del Estado de Cuenta

Este es un mecanismo meramente institucional que permite arreglar la situación de manera *inter partes*. Cuando el tarjetahabiente nota la existencia de un dato fijado en el Estado de Cuenta que no concuerda con las operaciones que el titular ha realizado legítimamente, pudiendo cuestionar por escrito el estado de cuenta en un plazo no mayor de 90 días luego de la fecha de corte. En dicho escrito es menester que se establezcan:

- El detalle del error.
- Datos que coadyuven a esclarecer el supuesto error.⁹⁴

Como comprobante del reclamo, la entidad emisora o coemisora extenderá un escrito con la firma y nombre de la persona que recibe el escrito antes dicho y deberá asignar un número de reclamo, dejando

⁹³ Si es una tarjeta de crédito no bancaria, el modelo de contrato debe ser autorizado por la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles o por el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo según corresponda. Art. 15 lit. f) LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

⁹⁴ El Estado de cuenta es un resumen de todas las operaciones realizadas con la tarjeta de crédito con especificaciones especiales en el monto y fecha de cada operación, tasa de interés aplicada, identificación del comercio afiliado, fechas de vencimiento de pago; las cantidades destinadas a capital, intereses, comisiones y recargos.

constancia del día y hora de recepción. Es importante resaltar que este procedimiento es gratuito.

El emisor cuenta con 30 días luego de recibir el reclamo para corregir e informar ya sea por escrito o por correo electrónico. Si no existiera error la entidad explicará la exactitud del estado de cuenta y aportará los documentos que fundamenten la situación. Cuando las operaciones impugnadas se realicen en el exterior, el plazo de corrección se ampliará a 120 días⁹⁵.

Esa forma de control del tarjetahabiente puede ser un mecanismo que permita advertir operaciones irregulares que han sido realizadas por terceros no autorizados ajenos a los sujetos que intervienen en la relación contractual. (Vid. Infra Capítulo III, 3.2. Según el sujeto que interviene. 3.2.2. Por terceros).

8.6. Código Penal Salvadoreño.

El derecho penal es visto como último recurso para resolver los conflictos sociales y el instrumento más efectivo para lograr la paz y seguridad jurídica de los pueblos. En tanto el Código Penal, constituye el cuerpo normativo a través del cual se tipifican acciones y omisiones consideradas como hechos delictivos, que han sido previamente

⁹⁵ Para evitar que la entidad cometa abusos en contra del tarjetahabiente, la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito en el artículo 27, establece las siguientes obligaciones mientras dura el plazo de corrección: a) No podrá impedir ni dificultar de ninguna manera el uso de la tarjeta de crédito o de sus adicionales mientras no se supere el límite disponible de crédito establecido por el emisor o coemisor, o en los casos en que se presente una actividad fraudulenta, sospechosa o inusual o a petición del tarjetahabiente. b) Podrá exigir el pago del mínimo correspondiente a los cargos no cuestionados de la liquidación. c) No podrá cobrar los intereses, comisiones y recargos de las operaciones impugnadas por el tarjetahabiente mientras dure el procedimiento; quedando facultado para cobrarlos en caso de que el reclamo resultare improcedente. d) Deberá indicar en el reporte que envía a las entidades especializadas en la prestación de servicios de información de crédito, el monto del saldo que se encuentra en proceso de reclamo y que no ha reconocido el tarjetahabiente.

establecidos por el legislador con la finalidad de mantener la convivencia, orden social y respeto a los derechos de la población en general.

Con el acelerado proceso de modernización en cuanto a las formas de comercialización se genera una factibilidad para la realización de nuevas formas de llevar a cabo conductas delictivas que pueden vulnerar o poner en peligro el bien jurídico patrimonio y que están o no reguladas en la legislación penal⁹⁶.

En el Código Penal Salvadoreño en el título VIII, Capítulo I, se han establecidos lo delitos atentatorios al bien jurídico patrimonio, entre los que están: Hurto art. 207 al 211, Capítulo II del robo, la extorsión y la receptación, art. 212 al 214 C, Capítulo III de la Defraudaciones: Estafa, apropiaciones o retenciones indebidas, administración fraudulenta (artículos 215 al 218 todos del Código Penal).

Se ha venido expresando que el derecho penal es la “última ratio”, por ello la emisión y uso de las tarjetas de crédito no son o no serán objeto de regulación del Código Penal mientras sean realizadas con respeto al ordenamiento jurídico salvadoreño que las regulan. Sin embargo de poner en peligro o lesionar el bien jurídico patrimonio a través la utilización de las tarjetas de crédito, se hace necesario acudir al “ius puniendi” del Estado con el objeto de resguarda o restablecer el orden público. Por lo que en la actualidad los administradores de justicia al momento de calificar una determinada conducta en la cual ha habido de por medio una tarjeta de crédito, deben acudir a los tipos penales existentes contra el patrimonio, no habiendo un tipo penal autónomo para el uso indebido de las tarjetas de crédito, pero esto no ha impedido que las conductas sean consideradas atípicas, es por ello que se puede concluir que el Código Penal actual no

⁹⁶ Vid. Infra Capítulo IV.

regula de manera expresa la protección al patrimonio cuando este sea lesionado o puesto en peligro con las tarjetas de crédito, aspecto a considerar más detenidamente en el Capítulo V de esta investigación.

Se ha demostrado a lo largo del Capítulo II, la importancia de la tarjeta de crédito en la realidad económica y jurídica en El Salvador, y que existen cuerpos normativos que reconocen derechos y obligaciones de los intervinientes en el sistema de Tarjetas de Crédito, estipulándose mecanismos preventivos y coercitivos que protegen los intereses del tarjetahabiente contra los abusos de las entidades emisoras. Además se han abordado las diversas formas de uso y sus implicaciones en la vida cotidiana, obligando al presente estudio a enfocarse en aquellas conductas que atentan contra los intereses del tarjetahabiente, cometidas no solamente por el emisor o por el comercial afiliado, sino también por terceros ajenos a los vínculos jurídicos que unen a tales sujetos. Hecha esta afirmación es proceden continuar con un análisis de los actos relativos al Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito.

CAPITULO III

CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

1. DEFINICIÓN DE USO INDEBIDO. 2. ELEMENTOS DEL USO INDEBIDO. 3. CLASIFICACIÓN. 3.1 Según el instrumento. 3.1.1. Vía Electrónico/Internet. 3.1.2 Cajero Automático. 3.1.3 Terminales de Punto de Venta. (POS). 3.2. Según el sujeto que interviene. 3.2.1. Por el tarjetahabiente. 3.2.2. Por terceros. 3.3. Según su connotación jurídica. 3.3.1. Uso indebido simple. 3.3.1.1. No Firmar la Tarjeta de Crédito. 3.3.1.2. Anotar el Número de Identificación Personal en la Tarjeta. 3.3.1.3. Comunicar el Número de Identidad Personal a un Tercero. 3.3.1.4. Usar la Tarjeta sin Accionar los Sistemas de Seguridad. 3.3.2. Uso indebido delictivo de las tarjetas de crédito. 3.3.2.1. Apoderamiento ilegítimo de la tarjeta. 3.3.2.2. Suplantación de la personalidad del titular. 3.3.2.3. Uso ilegítimo en un cajero automático sin manipulación. 3.3.2.4. Asalto y conducción a cajero automático. 3.3.2.5. Manipulación y/o falsificación de la tarjeta de crédito. 3.3.2.6. Manipulación del sistema o red de comunicaciones. 3.3.2.7. Obtención de la tarjeta de crédito con fingimiento o apariencia de bienes. 3.3.2.8. Fingimiento de uso ilegítimo por el titular legítimo. 3.3.2.9. Fingimiento de transacciones por parte del aceptante. 3.3.2.10. Incumplimiento del emisor en el pago a los aceptantes. 4. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE LOS USOS INDEBIDOS ENTRE LOS INTEGRANTES DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Una vez analizados los aspectos generales en cuanto a las tarjetas de crédito, en este capítulo se ahondará en lo que constituyen los usos indebidos de las mismas, entendidos como los usos contrarios al normal y/o correcto funcionamiento.

1. DEFINICIÓN DE USO INDEBIDO

Se debe partir determinando lo que para la doctrina son los usos indebidos de tarjetas de crédito. María Gete⁹⁷ nos expresa que se va entender por usos indebidos: *“Todos aquellos supuestos en los que la tarjeta es utilizada en función de instrumento de pago pero de manera ilegítima, sea porque lo hace una tercera persona no autorizada, persona distinta del titular legítimo, ya lo efectúe el titular extralimitándose”*.

⁹⁷ GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, *Óp. Cit.*, p. 108.

De la definición presentada se debe hacer mención en cuanto a que la autora citada, limita los usos indebidos a la utilización de las tarjetas de crédito como medios de pago, dejando a un lado los otros usos que de estas pueden emplearse, por lo que dicha afirmación que no es compartida de manera literal, dada la multiplicidad de usos no debidos en los que se podría incurrir con una tarjeta de crédito, aspecto en el cual se profundizará más adelante de en la investigación⁹⁸.

Carles Barutel, expone dos acepciones de la manera siguiente: “a) *Uso indebido simple o civil, cuando la actuación del agente es contrario a las normas de la tarjeta pero no es punible penalmente.* b) *Uso indebido delictivo o punible penalmente, cuando la actuación el agente incurre en un ilícito penal*”⁹⁹. De estas connotaciones nos ocuparemos de lo que respecta a los usos indebidos sin enmarcarlos, en este capítulo, en los tipos penales, pero si en usos contrarios a las normas¹⁰⁰, que regulan su adecuada utilización.

2. ELEMENTOS DEL USO INDEBIDO.

De las anteriores definiciones se pueden extraer aquellos aspectos coincidentes que a nuestro criterio se deben tener en cuenta al momento de valorar si una conducta específica es constitutiva de uso indebido de las tarjetas de crédito, pudiendo señalar las siguientes:

- a) Infracción de las normas que regulan su correcto uso.
- b) Implica un uso no correcto por parte del titular, de la entidad emisora, del establecimiento afiliado o, por un tercero.
- c) Se puede producir al momento de emplear la tarjeta de crédito en sus diversas formas de uso entendiéndose en cajeros automáticos o como

⁹⁸ Vid Supra Capítulo II, 7. Formas de Uso de la Tarjeta de Crédito.

⁹⁹ **BARUTEL MANAUT, Carles**, Óp. Cit. 669

¹⁰⁰ Cuando se dice normas, se hace referencia no solo a la legislación vigente sino también a los usos consuetudinarios que deben aplicarse a la tarjeta de crédito.

instrumento de pago. (Vid. Supra Capítulo II, 7. Formas de Uso de la Tarjeta de Crédito.).

3. CLASIFICACIÓN

La doctrina hace una categorización de las conductas contrarias al uso propio de las tarjetas de crédito, en base a ello, las clasificaremos según el instrumento, el sujeto y la connotación jurídica.

3.1. Según el Instrumento.

En el capítulo anterior se abordaron los temas referidos a las distintas formas de uso de la tarjeta de crédito; a continuación se inferirá al uso indebido de la tarjeta de crédito con los instrumentos que permiten su utilización.

3.1.1. Vía Electrónico/Internet.

Merecen especial atención las conductas indebidas, tomando como instrumento las redes electrónicas, porque ofrecen una magna variedad de opciones, ya sea haciendo uso de los software o a través del comercio electrónico¹⁰¹.

a) Manipulación Electrónica: se trata de alteraciones que pueden realizar una o varias personas al “software” de una entidad con el fin de utilizar información relacionada con la Tarjeta de Crédito, ya sean los datos del tarjetahabiente o para activar los “números de seguridad”. Esta manipulación puede ser motivada por razones de espionaje o para lucrarse económicamente.

b) Transacciones Vía Internet: Nos encontramos en el rubro del comercio electrónico, en donde es necesario que el usuario envíe los

¹⁰¹ **ESTUPIÑAN, Gaitán**, Óp. Cit. p. 394

números de tarjetas de crédito, datos financieros e información personal con el objetivo de recibir un producto o servicio a cambio, el problema aparece cuando no se cuentan con los mecanismos de seguridad, como sitios web certificados que ofrezcan seguridad a los usuarios, entonces ocurren los cobros sin hacer efectivo el envío de los productos o servicios recién solicitados, o se detectan cobros excesivos justificándose en los precios de envío. Uno de las formas más fáciles es realizar compras con los datos de tarjeta de crédito reales, pero quien las realiza no está legitimado para ello; la obtención pudo haber sido producto de un descuido del tarjetahabiente o por medio del espionaje informático.

3.1.2. Cajero Automático.

Anteriormente se ha aludido a las ventajas que introducido el cajero automático en el manejo de tarjetas de crédito, en este apartado se describirán aquellas conductas que opacan dichos beneficios¹⁰².

a) Obstrucción del movimiento de la ventanilla. Esta obstrucción puede deberse a un pegamento, objetos como: palillos, piedras, goma de suela de zapato, la finalidad es conseguir que el usuario del cajero, luego de haber realizado la operación del retiro, se quede esperando el dinero en efectivo, luego al percatarse que no sucede, se aleje del cajero, y con ello la persona que había obstruido intencionalmente la ventanilla¹⁰³, retiraba el objeto y el dinero que se encontraba adentro. Otra forma es construir una ventanilla igual a la original que impide que el dinero sea trasladado del cajero a las manos del usuario.

b) Retención de la Tarjeta. Con una cinta muy parecida al material utilizado para las radiografías, se retiene la tarjeta del crédito luego de ser

¹⁰² **ESTUPIÑAN, Gaitán**, Óp. Cit., pp.397-400

¹⁰³ Se pueden construir en base de lata o de fórmica y forrada en papel contacto de color negro mate.

realizada la operación y obtener el dinero en efectivo, el problema es que la tarjeta de crédito no sale del cajero, entonces aparece otra persona en auxilio del usuario, quién le recomienda insertar tres veces el PIN, el “auxiliante” capta el número secreto y el usuario al no obtener resultados satisfactorios se aleja del lugar, con ello el primero toma la tarjeta con unas pinzas y con el PIN memorizado, retira todo el dinero posible mientras el tarjetahabiente se comunica con la entidad emisora.

3.1.3. Terminales de Punto de Venta. (POS)

a) Doble Facturación. Se trata de la doble facturación realizada por la persona encargada de realizar el cobro en restaurantes o bares. El mesero o el cajero pasan la tarjeta dos o tres veces, y luego trata de imitar la firma del cliente en otros recibos¹⁰⁴.

b) Usurpación de identidad. Una persona al realizar el pago de un producto, entrega una tarjeta de crédito real, pero los documentos de identidad que la acompañan son falsos, entonces se hace efectivo el pago, pero en realidad la persona no es el titular legítimo de la tarjeta de crédito, quien le carga los montos de la compra al verdadero.

3.2. Según el Sujeto que Interviene.

En el apartado anterior en cuanto a los elementos del uso indebido, se afirmó que dicho uso puede producirse por el titular de la tarjeta o por un tercero, en ese sentido conviene determinar los supuestos en que cada uno puede verse inmerso.

3.2.1 Por el Tarjeta habiente

Ser titular de una tarjeta de crédito no implica que la manera en que está se utiliza es siempre la forma debida, la Ley del Sistema de Tarjetas de

¹⁰⁴ ESTUPIÑAN, Gaitán, Óp. Cit., p. 396

Crédito, define en el art. 2 literal c) lo que es un titular de la tarjeta o tarjetahabiente: *“La persona natural o jurídica habilitada para el uso de la tarjeta de crédito y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por el mismo”*.

Es denominado también como “autofraude”, ya que es realizado por el usuario utilizando su propia tarjeta en forma habitual, consistiendo en adquirir bienes y luego denunciar la tarjeta como extraviada, robada o hurtada¹⁰⁵.

Un tarjetahabiente puede incurrir en uso indebido en los siguientes supuestos¹⁰⁶:

- a) Extracciones realizadas por el titular superando el límite establecido.
- b) Utilización por el titular, que una vez agotado el crédito, simula compras para obtener efectivo.
- c) Aprovechamiento de las averías del terminal o de los elementos mecánicos del dispensador de billetes, o su causación con ánimo lucrativo.
- d) Falsificación y clonación de la tarjeta y/o de su banda magnética.
- e) Falsa apariencia de solvencia al solicitar la tarjeta.
- f) Utilización de una tarjeta anulada o caducada.
- g) Simulación por el titular de su firma.
- h) Utilización fraudulenta de tarjetas provisionales.

3.2.2. Por Terceros.

En esta categoría se pueden presentar una multiplicidad de sujetos que utilizan las tarjetas de crédito de manera indebida, entre los que están:

¹⁰⁵ **REYNOSO, Daniel Gerardo**, Sistema de Tarjeta de Crédito- Estructura Funcionalidad, Roberto Guido Editor, Buenos Aires, p. 164.

¹⁰⁶ **FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel y Juana, LÓPEZ MORENO**, *Cuadernos Judiciales del Consejo General Judicial Español*, Ponencia Penal titulada: La Utilización Indebida de Tarjetas Bancarias y Eprom En El Código Penal De 1995: Nuevos Supuestos. Tarjetas de Crédito. Falsificación de Documentos. Fraude informático. Nuevas Tecnologías. Delincuencia Informática., pp.67-111.

a) Uso indebido por parte del titular adicional¹⁰⁷, se produce cuando a pesar que el titular principal utiliza la tarjeta conforme lo indican las normas, el titular adicional lo hace de manera no debida.

b) Uso indebido de tarjeta de crédito realizado en el extranjero, cuando el titular no ha salido del país y en su nombre se realicen operaciones comerciales por un tercero ajeno no legitimado para el uso de la tarjeta, generándose un cobro en razón de transacciones realizadas fuera de las fronteras nacionales, pero pagaderas en el territorio nacional por el titular o tarjetahabiente. Este tipo de uso se vincula con el tema que se abordará Infra Capitulo III, 3.3.2.2. Suplantación de la personalidad del titular.

c) Uso indebido por el establecimiento o institución afiliada. El establecimiento está obligado a tomar medidas de prevención para evitar usos fraudulentos, asumiendo el deber de verificar los datos subjetivos y objetivos de la tarjeta de crédito; comprobando así la titularidad y la completa correspondencia entre de la firma colocada en la nota de cargo y la orden de pago, la vigencia, inalterabilidad de la tarjeta¹⁰⁸. Al violentar dichas obligaciones, por parte del establecimiento aceptante se genera una práctica contraria al sistema de pago¹⁰⁹, dentro de las actividades que estos pueden realizar están: la venta desdoblada, el doble cupón y la tarjeta blanca o “White Card”. Debiendo entender por tales:

Venta desdoblada: consiste en emitir dos o más cupones para una misma transacción, con la finalidad de reducir el importe individual cuando el

¹⁰⁷ **LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO**, ART.2 LITERAL D) Titular Adicional o beneficiario de extensiones: La persona natural o jurídica habilitada para el uso de la tarjeta de crédito y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por el mismo. y LITERAL F) Comercio o institución afiliada: Es el ente que en virtud del contrato celebrado con el Adquirente, proporciona bienes y servicios o dinero en efectivo al tarjetahabiente aceptando percibir el importe de estos mediante el sistema de tarjeta de crédito.

¹⁰⁸ **MARIÑO LÓPEZ, Andrés**, *Uso Fraudulento de Tarjetas de Crédito por Terceros no Autorizados. Daños y Responsabilidad Civil*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2006, pp. 31-32.

¹⁰⁹ **BARUTEL MANAUT, Carles**, Óp. Cit. 212.

importe total no hubiera sido autorizado por exceso del límite asignado al establecimiento por la emisora, generando con ello una burla a los recaudos de la emisora, para la protección crediticia¹¹⁰.

Doble cupón: Se produce cuando el establecimiento emite el comprobante y/o cupón normal con una tarjeta en una adquisición que efectivamente ha sido realizada por el tarjetahabiente, pero luego el establecimiento emite dos o más cupones adicionales con la misma tarjeta, con total desconocimiento del usuario, con la finalidad de complementar los cupones adicionales con importes ilegítimos, imitando la firma del titular de la tarjeta¹¹¹.

La tarjeta blanca o "White Card": Práctica consistente en grabar los datos de un usuario en un plástico en blanco, que no pertenece a ninguna entidad bancaria emisora de tarjetas de crédito, lo cual se realiza cuando no se ha podido obtener una tarjeta legítima a través del hurto o robo, emitiéndose con dicho plástico cupones que son presentados al sistema de tarjetas por medio de algún establecimiento adherido, existiendo ante dicho supuesto dos posibilidades:

a) Se cuente con la aceptación de dicha práctica por un establecimiento existente.

b) Crear ilegítimamente la apariencia de algún establecimiento, mediante la documentación falsa y lograr así su incorporación al sistema¹¹².

3.3. Según su Connotación Jurídica.

En este apartado se hace distinción entre los usos indebidos de la tarjeta de crédito por el titular o persona legitimada para su utilización que acarrearán responsabilidad civil y aquellos de responsabilidad penal.

¹¹⁰ REYNOSO, Daniel Gerardo, Op. Cit. p. 164.

¹¹¹ Ibidem

¹¹² Ibidem pp. 165-166

3.3.1. *Uso Indevido Simple de las Tarjetas de Crédito.*

Son los usos contrarios que dan lugar a un ilícito civil y que no son cubiertos por el ámbito de protección de la norma penal.¹¹³ En sí, se podría decir que son el incumplimiento de las obligaciones mínimas contraídas por el tarjetahabiente en el contrato de apertura de crédito.

3.3.1.1. No Firmar la Tarjeta de Crédito¹¹⁴.

La firma de la Tarjeta, como se ha establecido en el capítulo anterior, no significa la perfección de un contrato de apertura de crédito, pero si es parte de las obligaciones contenidas en las cláusulas contractuales de éste y, una medida de prevención a favor del tarjetahabiente que en realidad no impide drásticamente que otras personas hagan uso de la tarjeta, pero aun así con firma en la tarjeta es posible cotejar, ya sea en el momento o posteriori la firma plasmada en la tarjeta y la que se dibuja en el voucher de compra. Firmar la tarjeta es responsabilidad del tarjetahabiente, las consecuencias de este descuido son responsabilidad del acreditado, por ejemplo al realizar un pago en un establecimiento afiliado y se observa una discrepancia entre la firma del comprobante de pago y la firma que reconoce el sistema bancario y la tarjeta exhibida no está firmada por el titular legítimo, el banco está facultado para denegar el pago, puesto que la responsabilidad recae sobre el tarjetahabiente que descuido firmarla¹¹⁵.

3.3.1.2 Anotar el Número de Identificación Personal en la Tarjeta.

El NIP o también conocido como PIN, es considerado una de las armas de seguridad que evita el uso de la tarjeta por personas no

¹¹³ **BARUTEL MANAUT, Carles**, Op. Cit., p. 669.

¹¹⁴ **LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO** El artículo 5 inciso 2 de la, establece que es responsabilidad del tarjetahabiente firmar la tarjeta inmediatamente luego de recibirla.

¹¹⁵ Clausula XIII sobre Defectos de Impresión de Comprobante de un Modelo de Contrato de Apertura de Crédito, aportado por Banco Agrícola en www.agricola.sv/downloads visto en día 12 de Mayo de 2012.

autorizadas; por lo que la acción de escribir el NIP en la tarjeta misma, significa una invitación expresa al público para tener acceso al crédito, especialmente cuando se trata del uso de la tarjeta en cajeros automáticos, donde solamente es necesaria la introducción del número para poder retirar dinero en efectivo¹¹⁶.

3.3.1.3 Comunicar el Número de Identidad Personal a un Tercero.

El NIP es personal, secreto e intransferible; el compartirlo queda a discreción y responsabilidad del tarjetahabiente por el uso inapropiado que se le dé al NIP. Esta acción resulta un problema en cuanto al retiro de efectivo en cajeros automáticos y compras en líneas, ya que no es necesaria la firma del titular para que se hagan efectivas dichas operaciones¹¹⁷.

Una práctica común suele ser que por las relaciones de confianza se comunica de manera irresponsable a terceros (familiares, amigos etc.).

3.3.1.4 Usar la Tarjeta sin Accionar los Sistemas de Seguridad.

En ciertos lugares del mundo se han instalado cabinas blindadas para los cajeros automáticos, cuya existencia se debe a la necesidad de los tarjetahabientes de realizar las operaciones de manera íntima y aparentemente segura. En El Salvador se han instalado cabinas de vidrio que distan de ser blindadas, pero aparentemente inspiran confianza a los usuarios de los cajeros automáticos ya que media vez adentro de la cabina sólo puede ser abierta desde el interior. En estos casos, el uso contrario sería no activar el sistema de seguridad que las cabinas ofrecen.

¹¹⁶ Hoy en día, las cámaras de seguridad coadyuvan en la investigación de los casos pertinentes a los retiros de efectivo por personas no autorizadas.

¹¹⁷ Tanto así, que el banco no tiene conocimiento ni acceso a dicho número. Clausula XV del Uso de la Tarjeta, Modelo de Contrato de Apertura de Crédito, aportado por Banco Agrícola disponible: en www.agricola.sv/downloads visto en día 12 de Mayo de 2012.

En estos cuatro usos indebidos, se han referido a meros descuidos o negligencias del tarjetahabiente que pueden dar lugar a conductas delictivas por parte de terceros.

3.3.2. *Uso Indebido Delictivo de las Tarjetas de Crédito.*

No todas las formas de uso indebido de las tarjetas de crédito son relevantes para el derecho penal. Cuando se habla sobre uso indebido delictivo de las tarjetas se hace referencia a aquellas conductas, generalmente cometidas por terceros ajenos a la relación contractual que da origen a la tarjeta de crédito, que constituyen una utilización no esperada de la tarjeta de crédito, contrariando las funciones para las que fue creada y que traspasan los límites de los ilícitos civiles para dar cabida al derecho penal.

La amplitud de funciones que desempeña la tarjeta de crédito da la pauta para que existan cuantiosas formas de incorrecta utilización de la misma que causan un perjuicio tal que deban ser consideradas hechos punibles.

Dichas conductas no sólo consisten en la producción de una lesión de un bien jurídico, en este caso el patrimonio, sino que requiere además que se evalúe el desvalor de acción, es decir los elementos personales de la acción (dolo o culpa) ¹¹⁸. A continuación se explicará, atendiendo a la clasificación que elabora Carles Barutel Manaut, las formas de actuación delictiva que pueden cometerse usando tarjetas de crédito ¹¹⁹.

3.3.2.1 Apoderamiento Illegítimo de la Tarjeta.

Se hace referencia en este apartado a aquellas acciones cometidas por un tercero no autorizado y que implican la adquisición de la misma con

¹¹⁸ **BACIGALUPO, Enrique**, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 153.

¹¹⁹ **BARUTEL MANAUT, Carles**, Op. Cit., p. 674.

ánimo de lucro. Es importante destacar que al momento de obtener la tarjeta, cabe la posibilidad de que el sujeto utilice la violencia o no, pero en cualquier caso se convierte en un ilegítimo poseedor de la misma cuando decide utilizarla indebidamente¹²⁰.

Es de aclarar que el ánimo de la obtención de un beneficio económico mediante la utilización de la tarjeta de crédito ajena es necesario para que se configure la conducta delictiva; así, por ejemplo, no es posible identificar delitos o faltas cuando el sujeto tiene la intención de devolver la tarjeta sin utilizarla.

3.3.2.2. Suplantación de la Personalidad del Titular.

Sea porque el sujeto activo ha encontrado una tarjeta de crédito extraviada, o sea porque ha efectuado la sustracción de la misma; esta conducta delictiva se perfecciona cuando la persona utiliza el ardid para suplantar la identidad del titular de la tarjeta de crédito, vale decir que, aprovechando la situación de que la tarjeta de crédito no lleva impresa fotografía o imagen y que la única forma de identificación es mediante la firma o rúbrica del tarjetahabiente, el sujeto realiza operaciones de pago de bienes o servicios imitando la firma o rúbrica del propietario, engañando a la entidad que acepta la tarjeta, o incluso, engañando al propio banco cuando se presenta en la agencia a retirar dinero en efectivo (la mayoría de veces cuando la tarjeta de crédito no tiene una contraseña para efectuar retiros en cajeros automáticos y es necesario se haga directamente en el banco). Barutel Manaut afirma que la negligencia de la entidad aceptante de la tarjeta de crédito en corroborar la identidad de la persona que la presenta no desvirtúa el engaño ocasionado y, por consiguiente, siempre se considerará un hecho delictivo.

¹²⁰Ibidem

3.3.2.3. Uso Ilegítimo en un Cajero Automático sin Manipulación.

Es considerada uso indebido delictivo de la tarjeta de crédito la utilización de la misma en un cajero automático por persona distinta a la legítima propietaria de la misma aun cuando no existe manipulación en la tarjeta o en el cajero. Es necesario marcar la diferencia entre las conductas descritas en el apartado anterior y este, pues se afirma que para estas acciones no existe suplantación de la personalidad del titular. El fundamento de la anterior afirmación radica en que no es posible ejercer engaño alguno en un cajero automático, por no tratarse de una persona sino de una máquina que opera correctamente al momento de reconocer los datos insertos en la tarjeta de crédito y realizar la operación que fue encomendada a hacer. La sola presentación de la tarjeta no es suficiente para que se detecte el engaño que el tercer sujeto realiza, pues la lectura de datos de la tarjeta actúa de forma similar a la firma electrónica.

3.3.2.4. Asalto y Conducción A Cajero Automático.

Es una de las conductas más frecuentes. Esta acción es cometida por el propio titular de la tarjeta de crédito, sin embargo, las operaciones que realiza no las hace voluntariamente debido a que el sujeto activo está ejerciendo intimidación sobre el sujeto pasivo (tarjetahabiente) para que este retire cierta cantidad de dinero del cajero automático utilizando la tarjeta o, incluso, exigiéndole retirar la cantidad máxima que le sea posible¹²¹.

Esta conducta es frecuentemente llamada “*secuestro express*”, no obstante su denominación vulgar, esta modalidad no implica un delito de secuestro, sino una conducta típica de robo regulada en el Código Penal en

¹²¹ En los casos de apoderamiento ilegítimo de la tarjeta y en este caso, Rodrigo Estupiñán agrega que puede existir el fenómeno denominado “tarjeta caliente” que consiste en la utilización de la tarjeta de crédito por el sujeto activo antes de que esta sea denunciada como extraviada o robada. Véase en STUPINÁN GAITÁN, Rodrigo, *Óp. Cit.*, p. 390.

el artículo 207, motivada por el ánimo de obtener una compensación económica de parte de la víctima mediante el uso de la violencia.

3.3.2.5. Manipulación y/o Falsificación de la Tarjeta de Crédito.

No debe confundirse con la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de la tarjeta de crédito, pues estaríamos hablando entonces de la manipulación del sistema informático con el que operan las tarjetas (Vid Cap. IV, 2. El tipo penal de estafa agravada a través del uso indebido de tarjetas de crédito). Se trata más bien de la modificación de la tarjeta de dos formas: La primera tiene lugar cuando el sujeto activo crea una tarjeta falsa en su totalidad haciendo incurrir en engaño al aceptante de la misma, o bien siendo posible realizar operaciones mediante un cajero automático y; la segunda, cuando el sujeto autor únicamente hace modificaciones en una tarjeta que de otra forma sería auténtica, verbigracia cambiando el nombre del titular de la tarjeta, o modificando el número de cuenta. Se trata pues de falsificación real del documento.

Esta conducta puede dar lugar a una extensa calificación jurídica, pues no sólo da la pauta para que se hable de falsificación material de documentos, sino que también es posible identificar otros tipos penales como la estafa.

3.3.2.6. Manipulación del Sistema o Red de Comunicaciones.

Dentro de esta modalidad de uso delictivo de la tarjeta de crédito es posible identificar numerosas conductas, pero todas convergen en una acción: la operación amparada de medios tecnológicos para alterar las tarjetas de crédito¹²², no como documento *per se*, sino la manipulación de datos informatizados contenidos en la banda magnética o en el sistema de la

¹²² **MAGRO SERVET, Vicente**, Delitos Socioeconómicos, Primera Edición, Editorial El Derecho, España, 2010, p. 305.

entidad que se encarga de la documentación informática de las operaciones realizadas con la tarjeta, la manipulación de cajeros automáticos, etc. Se está pues ante delitos informáticos.

Dentro del mundo informático se reconocen ya conductas de uso indebido de tarjetas de crédito. Entre las más comunes de mencionan:

*Carding*¹²³.- En general el sujeto activo simplemente obtiene el número de cuenta y contraseña de la tarjeta de crédito a través de la red para hacer cargos a la misma. Otra variante de esta modalidad también consiste en crear números de cuenta falsos que simulen la existencia de un contrato de apertura de crédito en donde se ha emitido una tarjeta, con lo cual dicho contrato surte efectos en el aspecto comercial, dado que se pueden realizar transacciones de anotaciones electrónicas.

*Phishing*¹²⁴.- Es la creación de sitios web falsos que usurpan la identidad de instituciones financieras electrónicas.

El sujeto activo envía correos electrónicos a la víctima requiriendo toda la información confidencial referente a su cuenta de apertura de crédito, cayendo el sujeto pasivo en el engaño y proporcionando la información de sus cuentas.

*Keyloggers*¹²⁵.- Son aplicaciones instaladas en los ordenadores (incluyendo cajeros automáticos) que registran las teclas que han sido presionadas por la víctima, siendo posible así la obtención de datos confidenciales como lo es el Número de Identificación Personal (NIP). Se trata de hardware (almacenamiento de información).

¹²³ No existe traducción exacta al castellano, pero se refiere al proceso de creación de tarjetas de crédito.

¹²⁴ Deviene de la palabra en inglés "fishing" que se traduce al castellano como "pescar".

¹²⁵ Palabra compuesta derivada de la palabra en inglés "key" (tecla) y "logger" (registrador); registrador de teclas.

*Spyware*¹²⁶.- Aunque con el mismo objetivo de los *keyloggers*, los *spywares* no son aplicaciones instaladas ocultamente en los teclados de los ordenadores, son programas que colectan la información del equipo donde ha sido instalado, enviando luego dicha información a otro servidor al que el sujeto activo puede acceder. Consistente en software.

Compras por Internet.- Su comisión es bastante común. La mayoría de compraventas por internet requieren la utilización de una tarjeta de crédito para realizar la transferencia de fondos. El sujeto activo, en este caso, es el aceptante de la tarjeta de crédito, pues aunque el cargo a la tarjeta de crédito se perfecciona y el sujeto activo recibe el dinero abonado a una cuenta bancaria, el sujeto pasivo titular de la tarjeta no recibe el producto o servicio que desea adquirir o su calidad no es la esperada; no porque exista incumplimiento en el contrato, sino porque existió un engaño por parte del sujeto vendedor.

Cloning o Skimming.¹²⁷- Sin que sea necesaria la sustracción de la tarjeta de crédito a su titular, el sujeto activo duplica la tarjeta de crédito copiando del documento auténtico los datos que se encuentran en la banda magnética y elaborando otro documento falso o bien no falso en un principio, sino modificado que actuará de la misma forma en que actuaría el original¹²⁸.

Un último caso muy ingenioso, aunque no manipule la red de comunicaciones en realidad, pero sí haga uso de dispositivos tecnológicos, es el de la retención de la tarjeta de crédito en un cajero automático. Esta retención es posible debido a que el sujeto activo introduce en la ranura del

¹²⁶ Se traduce al castellano como "programa espía".

¹²⁷ La palabra en inglés "cloning" se traduce al castellano como "clonar".

¹²⁸ Para la creación de tarjeta de crédito falsa que se estudió supra y que se relaciona a la conducta aquí descrita, se utiliza la técnica del "planchado" que requiere de altas temperaturas para eliminar las letras y números grabados para luego incorporar la nueva información.

cajero automático una lámina de con las dimensiones exactas y necesarias para retener tras ella el efectivo dispensado a un usuario y apoderándose del dinero después¹²⁹.

En fin, muchas otras conductas que, debido al desarrollo tecnológico y a la dependencia del sistema de tarjetas de crédito al mundo de la informática y la escasa seguridad de la red, son de fácil comisión¹³⁰.

3.3.2.7. Obtención de la Tarjeta de Crédito con fingimiento o apariencia de bienes.

Lo característico de este uso indebido de tarjeta de créditos, es que la conducta fraudulenta recae sobre la solvencia de la persona que se convertirá en el titular de la tarjeta de crédito. El ardid se ejerce contra la entidad financiera que pone a disposición cierta cantidad de dinero y que se obliga a realizar los pagos de los bienes o servicios que contrate el tarjetahabiente con otras empresas. No se está aquí ante una conducta pertinente a este estudio, pues interesa analizar aquellas modalidades de uso delictivo de tarjetas de crédito mediante terceros ajenos a las relaciones contractuales que se advierten en el sistema de tarjetas de crédito, aunque vale la pena mencionar brevemente que también constituye un ilícito penal.

3.3.2.8. Fingimiento de Uso Ilegítimo por el Titular Legítimo.

Advierte Barutel Manaut¹³¹, aunque ya se estableció que a esta investigación no le ocupa el uso indebido delictivo realizado por el propio tarjetahabiente, que esta modalidad se realiza cuando el legítimo titular de la tarjeta denuncia el extravío o el robo de la tarjeta de crédito a la entidad

¹²⁹ ESTUPIÑÁN GAITÁN, Rodrigo, Óp. Cit., p. 398.

¹³⁰ JIMÉNEZ CORTÉS, Raquel, La Estafa Informática, en AA.VV., *Delitos y Delincuentes: Cómo Son y Cómo Actúan*, S.ED., Editorial Club Universitario, España, S.F., pp. 30-34.

¹³¹ BARUTEL MANAUT, Carles, Óp. Cit., p. 683.

financiera y, aprovechando esta situación, realiza operaciones con la misma, ya sea adquiriendo bienes o servicios o haciendo retiros de dinero. El beneficio que se percibe es precisamente el impago de los cargos efectuados a la cuenta del tarjetahabiente pues una vez sabiendo la entidad financiera que el titular ya no la posee, no debería este pagar por los bienes o servicios adquiridos.

Lo que debiera cuestionarse es si en realidad el titular de la tarjeta deja de ser responsable por el reembolso de la cantidad de dinero utilizada y si es la entidad financiera la que corre con los gastos efectuados; pues generalmente, una vez denunciada la tarjeta de crédito, es imposible realizar operaciones con la misma.

3.3.2.9. Fingimiento de Transacciones por parte del Aceptante.

Aunque el aceptante de la tarjeta de crédito se ve involucrado en el sistema de operación de la misma, no interviene en el contrato de apertura de crédito. No obstante se trata de un tercero ajeno a la relación contractual, interesa hablar sobre esta conducta porque es bastante común y debido a que también genera perjuicio patrimonial al titular de la tarjeta o bien a la entidad emisora.

Esta modalidad de ilícito penal se desarrolla cuando el aceptante de la tarjeta de crédito excede las notas de cargo a la tarjeta de crédito, o bien, simulando operaciones que jamás fueron efectuadas¹³². En otros casos, también se incurre en esta conducta cuando, a sabiendas el aceptante de que un tercero o el propio titular de la tarjeta están utilizando indebidamente la tarjeta, realiza las transacciones cobrando al banco emisor el importe de lo que supuestamente ha adquirido el propietario.

¹³² Estupiñán Gaitán plantea que otro nombre que se le da a esta modalidad delictiva es el de comprobantes falsos o lavado de comprobantes. Véase en STUPIÑÁN GAITÁN, Rodrigo, *Óp. Cit.*, p. 390.

También es muy común la práctica de la doble facturación, por lo general no es realizada por el aceptante en sí, sino por un empleado, pero el enriquecimiento lo percibe en todo caso la empresa aceptante¹³³.

3.3.2.10. Incumplimiento del emisor en el pago a los aceptantes.

Aunque no es muy habitual (o al menos no se documenten muchas denuncias acerca de estos casos) que existan conductas delictivas ejecutadas por la entidad financiera, vale la pena hacer mención de algunas actividades ilícitas que son relevantes. Es posible identificar la conducta de incumplimiento del pago por parte del emisor hacia los aceptantes de la tarjeta de crédito. Cuando la entidad financiera incumple con las obligaciones de pago a los aceptantes de la tarjeta de crédito se está frente a un uso indebido delictivo de la tarjeta, siempre que el incumplimiento sea premeditado y deliberado.

Dicha acción, aunque poco común, es posible cuando el emisor de tarjetas de crédito pone en circulación una serie de tarjetas y al generarse por el tarjetahabiente operaciones con la misma, el ente financiero cobra las cantidades de dinero utilizadas más los intereses al titular de la tarjeta y se niega a pagar la contraprestación al aceptante con quien tiene una relación contractual.

Por otra parte, también puede existir el fenómeno denominado “tarjeta gemela” que corresponde a procesos de doble emisión en la misma entidad financiera por actividad dolosa de funcionarios que están a cargo del departamento de creación de las cuentas de apertura de crédito.

Así también puede suceder el uso indebido al momento en que el usuario entrega o devuelve la tarjeta a la entidad emisora. Han existido casos

¹³³ **ESTUPIÑÁN GAITÁN, Rodrigo**, *Óp. Cit.*, p. 393.

en que no se registra la devolución de la tarjeta de crédito y luego aparece en los estados de cuenta que se ha seguido utilizando la tarjeta. Esta práctica también es cometida por funcionarios o empleados de la institución financiera.

La mayoría de conductas descrita anteriormente no son cometidas por la institución bancaria en sí, acaso son realizadas generalmente por empleados o funcionarios del banco¹³⁴, por lo que se está ante uso indebido de la tarjeta de crédito por parte de tercera persona, no realmente por el propio emisor de la tarjeta.

4. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE LOS USOS INDEBIDOS ENTRE LOS INTEGRANTES DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

El sistema de tarjetas de crédito se encuadra en un marco de obligaciones contractuales y, siendo los usos indebidos aquellos actos contrarios a dichas estipulaciones; se puede decir que son éstas las que deben establecer las responsabilidades a cada uno que incumple con las obligaciones derivadas de los contratos regulatorios de las relaciones que surgen alrededor de la tarjeta de crédito¹³⁵.

Pudiéndose deducir que de acuerdo a las cláusulas contractuales adoptadas, existe la posibilidad de ser responsables de los daños provocados, los titulares de la tarjeta de crédito, los establecimientos afiliados y los emisores, según la falta cometida. Hasta este punto, resulta cómoda la distribución de la responsabilidad frente a ciertos casos, pero lo

¹³⁴ A esta modalidad de uso indebido, Rodrigo Estupiñán la denomina “Colusión y funcionarios infieles”. Véase ESTUPIÑÁN GAITÁN, Rodrigo, *Óp. Cit.*, p. 394.

¹³⁵ **ANDRÉS MARIÑO**, considera que es necesaria, para el funcionamiento del sistema de tarjetas de crédito, una distribución de la responsabilidad de forma *racional, equitativa y justa, conforme a criterios sólidos y transparentes*. Véase: MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *Responsabilidad Contractual por el Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito*, Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral, p. 411

que a este estudio importa, son los usos indebidos cometidos por terceros ajenos al sistema.

Es ante esas circunstancias que se activan los mecanismos preventivos y reactivos creados para evitar o minimizar los daños provocados por la conducta contraria. Para que esto sea posible, cada mecanismo implica obligaciones y su incumplimiento resulta la adopción de la responsabilidad por los daños ocasionados por el tercero.

En el sistema de tarjetas de crédito de El Salvador se pueden observar dos formas de aminorar la responsabilidad del tarjetahabiente de las conductas contrarias no imputables a él.

En primer lugar, implementando un programa de protección de parte de la entidad emisora y en segundo lugar, contratando un seguro contra fraude. Es en el contrato de apertura de crédito, donde por medio de cláusulas se establece las formas de activar el programa de protección, los alcances y las consecuencias de no hacerlo:

a) Cuando el titular extravía la tarjeta de crédito debe avisar al Banco por escrito o telefónicamente, a más tardar una hora después de tener conocimiento de haber ocurrido el evento, haciéndose el Banco “únicamente”¹³⁶ responsable a partir de la hora del recibo del aviso, bloqueando las operaciones que se quieran realizar con la tarjeta de crédito o con la información que ésta contiene¹³⁷.

¹³⁶ Frente a esta evidente exención de responsabilidad de parte de la entidad emisora entre el momento de la pérdida de control del titular de su tarjeta y el aviso a la entidad emisora, véase Capítulo I, .8.3. Ley de Protección al Consumidor.

¹³⁷ El artículo 20 de las Normas del Sistema de Tarjetas de Crédito del Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, establece un Sistema de recepción de denuncias, que consiste en que: “Las entidades deberán contar con un sistema de recepción de denuncias que opere las veinticuatro horas del día, todos los días del año, para garantizar las operaciones y minimizar los riesgos por operaciones con tarjetas sustraídas o extraviadas, identificando y registrando cada una de ellas con hora y número correlativo, el

b) El titular de la tarjeta es responsable del uso inapropiado que se haga del Número de Identificación Personal, por lo que compartir dicho número con otras personas o anotarlo en la tarjeta misma, pueden conllevar a su utilización no autorizada, perjudicando económicamente al titular.

c) El Banco adquiere la responsabilidad de la confidencialidad interna y operativa de la clave de acceso grabada por el acreditado, es decir, que debe crear los mecanismos idóneos para contrarrestar eventuales falsificaciones, ataques informáticos, retiros fraudulentos en cajeros automáticos que tengan como fin, obtener un lucro económico. Es por esta obligación, que los bancos emisores son responsables de las deficiencias en las medidas de seguridad¹³⁸. (Vid Supra Capítulo III, 4. Distribución del riesgo entre los integrantes del Sistema de Tarjetas de Crédito).

Un seguro contra fraude, robo o hurto, trata de respaldar las eventuales pérdidas pecuniarias provocadas por la concurrencia de sucesos no imputables al titular¹³⁹. Este seguro puede contratarse con la entidad emisora de la tarjeta de crédito¹⁴⁰ o con una sociedad de seguros propiamente. Respecto al tema, el artículo 15 inciso 3 de las Normas el

que deberá ser comunicado en el acto al denunciante, lo cual no generará cargo alguno para el tarjetahabiente.”

¹³⁸ ANDRÉS MARIÑO considera que existe la posibilidad de que, por ejemplo, en caso de un pago de un bien o servicio con una tarjeta falsa o clonada, se conciba la responsabilidad tanto al tarjetahabiente, por no cumplir con su deber de custodia del documento, del establecimiento afiliado, por no realizar las medidas de seguridad adecuadas para darse cuenta de la irregularidad y, de la entidad emisora por no contar con los instrumentos idóneos para contrarrestar la falsificación, dándose una *serie de incumplimientos y una responsabilidad compartida*. MARIÑO, LÓPEZ, Andrés, Óp. cit. P. 417

¹³⁹ Artículo 7 literal f) LEY DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO: “Todo seguro que el tarjetahabiente desee contratar, deberá cumplir con lo establecido en la Ley de Sociedades de Seguros y la Ley de Protección al Consumidor. Dicho seguro deberá cubrir totalmente las obligaciones y los daños ocasionados al tarjetahabiente de acuerdo a la cobertura contratada. El tarjetahabiente deberá recibir una copia del contrato del seguro adquirido en el momento de su suscripción”.

¹⁴⁰ Los bancos emisores deben solicitar autorización al Banco Central de Reserva de El Salvador por el servicio financiero de prestación de seguros, de acuerdo al artículo 15 de las Normas del Sistema de Tarjetas de Crédito del Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero y Art. 51 literal w) de la LEY DE BANCOS.

Sistema de Tarjetas de Crédito del Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero afirma: *“La información referida a los seguros o a los planes o programas que las entidades ofrezcan, asociada a la tarjeta de crédito, deberá indicar en forma clara y detallada en su caso los riesgos cubiertos, el monto de la prima o pago y la forma en que será determinada, las exclusiones y el plazo para efectuar el reclamo. Asimismo, tratándose de seguros, se deberá señalar el nombre de la compañía de seguros que emite la póliza y se deberá entregar al tarjetahabiente una copia del contrato de seguro adquirido en el momento de su suscripción o, en su caso, de las condiciones de los planes o programas de protección”*.

La forma del pago, así como la cantidad a cancelar, puede variar según el contrato y el monto límite de la tarjeta de crédito, por lo general, se realizan pagos desde un dólar a dos dólares mensuales, cubriendo el seguro hasta el monto límite de la tarjeta¹⁴¹.

Hasta el momento, se ha hecho hincapié en los actos considerados usos indebidos de la tarjeta de crédito realizados por los sujetos intervinientes en el sistema, por terceros, estableciendo además algunos parámetros de asunción de responsabilidad por daños pecuniarios provocados por los usos ilegítimos. Suponiendo la existencia de responsabilidad civil de parte de terceros para con cualquiera de los sujetos del sistema, pero, ¿Será posible declararlo responsable penalmente? ¿Es posible establecer la existencia de un delito a partir de las conductas consideradas como usos indebidos de Tarjetas de Crédito? Para dar respuesta, es menester agotar de manera minuciosa el Capítulo III de las Defraudaciones, del Título VIII de los Delitos Relativos al Patrimonio del Código Penal Vigente.

¹⁴¹ **SANTANA, Lissette**, *Transacciones Protegidas*, Revista El Economista de La Prensa Gráfica del día 31 de Junio del año 2007, disponible en: <http://archive.laprensa.com.sv>, vista el día 20 de Mayo del 2012.

CAPITULO IV

LOS USOS INDEBIDOS DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y SU RELACIÓN CON LOS TIPOS PENALES DE DEFRAUDACIÓN, SUSTRACCIÓN Y FALSEDADES.

1. EL TIPO PENAL DE ESTAFA COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO. 1.1. Definición Legal. 1.2. Definición Doctrinaria. 1.3. Definición Según Criterio Jurisprudencial. 1.4. Elementos Típicos. 1.5. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo. 1. 6. Elemento Subjetivo. 1.7. Identificación de los Elementos de la Estafa en las Conductas de Uso Indebido de Tarjetas de Crédito. 2. EL TIPO PENAL DE ESTAFA AGRAVADA COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO. 2.1. Definición Doctrinaria. 2.2. Definición Según Criterio Jurisprudencial. 2.3. Supuestos Legales. 2.4. Identificación de los Elementos de la Estafa Agravada en las Conductas de Uso Indebido de Tarjetas de Crédito. 3. EL TIPO PENAL DE HURTO Y HURTO AGRAVADO COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO. 3.1 Definición. 3.2 Conducta Típica. 3.3. Objeto Material. 3.4. Elemento Subjetivo. 3.5. Agravante. 4. DEL USO INDEBIDO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y LA FALSEDAD MATERIAL. 4.1. Definición Legal. 4.2. Definición Doctrinaria. 4.3. Bien Jurídico Protegido. 4.4. Conducta Típica. 4.4.1 La falsedad material y el concurso aparente de leyes, y el concurso de delitos.

A partir de los supuestos de usos indebidos de tarjetas de crédito presentados es indispensable dilucidar si algunas de las acciones constitutivas de uso indebido son equiparables a los verbos rectores de tipos penales descritos en el Código Penal de El Salvador.

De las principales acciones de usos indebidos, se destacan los verbos *apoderarse, suplantar, engañar, manipular, falsificar y fingir*, todos estos interactuando alrededor del funcionamiento de la tarjeta de crédito, un documento mercantil considerado como la principal expresión de modernización de las relaciones comerciales, es decir, la *racionalización y automatización* de instrumentos mecánicos e informáticos – cajeros automáticos, POS, internet-. En la medida que aparecen nuevas modalidades delictivas haciendo uso de la tecnología, es posible reevaluar

los conceptos tradicionales de *apoderarse, suplantar, engañar, manipular, falsificar y fingir*, provocando una problemática al momento de intentar adecuar dichas conductas en tipos penales preestablecidos; ya que generalmente no son reguladas en la legislación penal tradicional como tales¹⁴².

Estas acciones no pueden considerarse potenciales verbos rectores de un tipo penal si no transgreden o ponen en peligro un bien jurídico penal¹⁴³. Pero ¿qué es un bien jurídico penal?, ¿cuál es el bien jurídico que protegería el derecho penal de estas acciones?

Se vuelve necesario que con antelación a determinar cuál es ese bien jurídico o bienes jurídicos que pueden verse lesionados o puestos en peligro con los usos indebidos de las tarjetas de crédito, se presente una concepción genérica de lo que a efectos penales se entiende por tales, es así como Hormazabal nos expresa que: *“los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social”*¹⁴⁴. Los bienes jurídicos lo son únicamente cuando se entienden en relación a otras personas. Así, por ejemplo, la afectación al bien jurídico patrimonio efectuada por el propio sujeto, no es una acción de relevancia para el derecho penal debido a que, no existe una transgresión al bien jurídico protegido posterior a una interacción entre personas, sino que la “agresión” y el “daño” se desenvuelven dentro de una misma esfera personal, confundándose en una misma humanidad, el sujeto pasivo y el sujeto activo. En concordancia con lo expresado Santiago Mir Puig nos expresa que *“el concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de*

¹⁴² Vid. Supra, Capítulo II, 8.6. Código Penal

¹⁴³ **CÓDIGO PENAL**, Artículo 3 Principio de Lesividad.

¹⁴⁴ **HORMAZABAL MALAREE, Hernán**, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), Primera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, p.152.

*realidad y valor. Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas*¹⁴⁵. Entonces se afirma, que lo que tutela el Derecho Penal, son las agresiones a bienes jurídicos que resulten de las interacciones humanas y que se reflejen materialmente en una realidad social; excluyéndose así, las manifestaciones humanas aisladas y sin relevancia en el ámbito de las interrelaciones humanas.

La ley penal ha de proteger las relaciones mercantiles que se derivan de la puesta en movimiento del sistema operativo de tarjetas de crédito. En el ámbito financiero, lo que cuenta es el flujo de capitales y las ganancias que se derivan de cada operación realizada, entre ellas las tarjetas de crédito, que como se ha ido mencionando en este estudio ha significado una revolución de las relaciones comerciales, ejerciendo principalmente la función de pago, es decir, de dar por extinguida una obligación pecuniaria; en donde los sujetos intervinientes interactúan bajo una relación de confianza.

Lo anterior no es una confianza *intuito personae* sino que, se ha construido alrededor del Sistema de Tarjetas de Crédito, el cual ha creado un entorno comercial que inspira seguridad para el pago efectivo de bienes y servicios.

Hecha la afirmación que antecede es pertinente expresar que el Derecho Penal es un instrumento estatal que se encargaría de proteger específicamente el patrimonio de cualquiera de los sujetos intervinientes. Según definición de Elena Nuñez, el patrimonio, en materia penal, es *“un conjunto de derechos y obligaciones que tienen un valor económico y que*

¹⁴⁵ **MIR PUIG, Santiago**, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición, Editorial IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2005 p.168.

deben ser valorables en dinero, poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico”¹⁴⁶. Se prefiere este concepto pues el patrimonio es visto desde una perspectiva económica jurídica, es decir, únicamente aquellos activos y pasivos valuables pecuniariamente, ya sea concretizado en dinero efectivo, anotaciones electrónicas, derecho de crédito, bienes corpóreos y servicios esenciales y no esenciales. Pues son estos factores, el fin último de las relaciones comerciales: obtención de lucro, reflejado en un incremento de los activos de una parte y el incremento de los pasivos de la otra, como objeto de las coprestaciones de las relaciones comerciales.

Una vez contestada la interrogante formulada, se puede afirmar que: si las acciones derivadas de los usos indebidos consisten en apoderar, manipular, engañar, falsificar y, son las relaciones comerciales que giran en torno a necesidades materiales el bien amparado por el derecho penal, no cabe duda que este estudio deberá enfocarse en los delitos de sustracción, de las defraudaciones y falsificación.

1. EL TIPO PENAL DE ESTAFA COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

La primera cuestión a abordar es el bien jurídico que protege el tipo penal de estafa. Según César Herrero, se discuten dos grandes posiciones doctrinarias respecto a si existen uno o más bienes jurídicos tutelados: La primera tesis sostiene que la figura de la estafa pretende ser escudo tanto del patrimonio como del mantenimiento de la verdad, lealtad o buena fe en el tráfico jurídico¹⁴⁷. Esta postura la sostiene, por ejemplo, Muñoz Conde al exponer que “*el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio (...), al*

¹⁴⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *La Estafa de Crédito*, Primera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 58

¹⁴⁷ HERRERO HERRERO, César, *Óp. Cit.*, p. 180.

*mismo tiempo, se lesiona con la estafa la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico*¹⁴⁸. Otro autor que respalda esta teoría es Laura Damianovich, para la tratadista, la tutela de la estafa no se agota con el patrimonio, la rectitud y buena fe del negocio jurídico también está protegida penalmente aunque de forma limitada, pues agrega que tal protección no alcanza hasta exigir la imposición de la verdad plena e íntegra a los contratantes, sino que se tutela un negocio veraz que admite las mentiras, pero prohíbe las mendacidades que induzcan a la otra persona en el error¹⁴⁹.

La segunda tesis es la que señala que el tipo penal de estafa ha sido creado para proteger un único bien jurídico: el patrimonio. Esta tesis encuentra su fundamento en que si aún con el engaño, que es la acción que lesiona la buena fe, no logra efectuarse el perjuicio patrimonial porque resulta insuficiente para hacer incurrir en el error a la víctima, el delito de estafa no logra consumarse y se convierte en una conducta irrelevante para el derecho penal.

En esta línea de ideas, el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador ha establecido que el bien jurídico protegido penalmente por el tipo penal en análisis es el patrimonio.

Los criterios jurisprudenciales establecen que *“la estafa es un delito de contenido patrimonial, por lo que no protege en sí mismo la buena fe en el tráfico, ni un derecho a la verdad. Si se parte del concepto mixto de patrimonio, se encuentra integrado por las posiciones de poder con significación económica y que presenten una apariencia jurídica, por lo que*

¹⁴⁸ **MUÑOZ CONDE, Francisco**, *Derecho Penal. Parte Especial*, S.Ed. y S.E. Madrid, España, p.275.

¹⁴⁹ **DAMIANOVICH, Laura**, *Delitos Contra la Propiedad*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 48.

se ha sostenido que el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio considerado en su conjunto, porque el tipo penal descrito anteriormente exige un perjuicio, entendido como la disminución del valor global del patrimonio, y también porque el inciso segundo considera el perjuicio como uno de los criterios para fijar la sanción”¹⁵⁰.

Desde que proliferó en el país el uso de las tarjetas de crédito, paralelamente han surgido nuevas modalidades para cometer delitos haciendo uso del nuevo sistema. En El Salvador, desde el año 2007 hasta el año 2011, se ha tenido registro de diez denuncias de delito de estafa cometidos a través de tarjetas de crédito, a pesar de no tratarse de una cifra que abarque en su totalidad los casos de estafa bajo esta modalidad, coadyuva a presentar un dato oficial al estudio¹⁵¹.

El tipo penal de estafa se regula en el Código Penal salvadoreño en el artículo 215 que reza de la siguiente manera: *“El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones.*

Para la fijación de la sanción el juez tomará en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable”.

Es atendible que se defina el delito de estafa desde tres ámbitos: la doctrina, la ley y la jurisprudencia.

¹⁵⁰ **TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA SAN SALVADOR**, Sentencia Número 280-2-09 de fecha once de enero de dos mil diez. Consultado el 07 de junio de 2012.

¹⁵¹ Así como consta en estadísticas proporcionadas por la Policía Nacional Civil de Oficio Número 014/2012 de fecha dieciocho de abril de dos mil doce librado por el Jefe de Centro de Operaciones y Servicios Central.

1. 1. DEFINICIÓN LEGAL.

El artículo 215 del Código Penal, al describir la conducta que configurará el delito de estafa, define este ilícito penal como la obtención de un provecho injusto en perjuicio de otra persona utilizando como medio el ardid o engaño para aparentar buena fe en la realización de los actos.

El provecho injusto y el perjuicio económico existen cuando la acción que realiza el sujeto activo da lugar a que se efectúe la entrega de una cosa que tiene más valor que lo que el sujeto pasivo recibirá en contraprestación.

El ardid es el elemento esencial del tipo penal por ser el medio característico para la obtención de un beneficio económico injusto. El engaño puede definirse como aquello contrario a la verdad, pero debe ser suficiente para causar el perjuicio económico buscado por el impetrante.

Constituye un elemento del tipo de estafa lo relativo al monto de lo estafado, dado que, si el monto de la defraudación no es igual o superior a los doscientos colones, no se podría hablar de delito de estafa, sino como una falta.

1.2. DEFINICIÓN DOCTRINARIA.

Son varios los autores que analizan el delito de Estafa. Por ejemplo, Antonio Quintano Ripollés define la estafa como el engaño que debe realizar el autor hacia el sujeto pasivo con el propósito de que éste se autolesione y, de esa manera, obtener para sí o para otro, una ventaja patrimonial¹⁵².

Enrique Bacigalupo afirma que la estafa se conforma cuando el engaño que efectúa el sujeto activo produce en el sujeto pasivo un error, el

¹⁵² **QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio**, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Volumen I: Infracciones Contra las Personas*, S. ED., Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1962, pp. 645 y sig.

que, a su vez, debe dar lugar a la disposición patrimonial realizada por el sujeto engañado, determinante del perjuicio patrimonial¹⁵³.

Según César Herrero Herrero¹⁵⁴, la estafa se define como el comportamiento suficientemente engañoso de una persona que, llevado a cabo con ánimo de lucro ilícito, induce a otra, por el error en ella producido, a efectuar un desplazamiento patrimonial, o acto de disposición con valor económico en perjuicio de la misma o de un tercero.

Para Carlos Fontán Balestra, el concepto de la estafa se estructura, pues, con un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero¹⁵⁵.

Mientras que Pablo Andrés Palazzi, describe la Estafa como *“el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una acción de disposición patrimonial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero.”*

Dicho autor agrega además que *“el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio”*¹⁵⁶.

De la noción que cada autor se esfuerza por dar acerca del delito de estafa resultan como elementos objetivos comunes del tipo el ardid o

¹⁵³ **BACIGALUPO, Enrique**, *Falsedad Documental*, Estada y Administración Desleal, Primera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, p. 165.

¹⁵⁴ **HERRERO HERRERO, César**, *Óp. Cit.*, p. 182.

¹⁵⁵ **FONTÁN BALESTRA, Carlos**, *Derecho Penal, Parte Especial*, Octava Edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1978, p. 335.

¹⁵⁶ **PALAZZI, Pablo Andrés**, *Delitos Informáticos*, Primera Edición, Editorial Ad-hoc, Buenos Aries, 2000, p. 99.

engaño, (en donde algunos autores como Enrique Bacigalupo incluyen el ánimo de lucro) y la disposición patrimonial perjudicial provocada por el error.

1.3. DEFINICIÓN SEGÚN CRITERIO JURISPRUDENCIAL.

La Honorable Sala de lo Penal ha definido el delito de estafa como: “el engaño con trascendencia jurídica suficiente para producir error en el sujeto pasivo quien realiza una prestación económica a raíz del vicio de la voluntad, generando un perjuicio en su patrimonio”¹⁵⁷.

1. 4. ELEMENTOS TÍPICOS.

En este apartado lo medular es estudiar cuáles son los requisitos para que se configure el delito de estafa. Al respecto, la jurisprudencia ha estimado que la figura de la estafa se compone de cuatro elementos: 1) un engaño con trascendencia jurídica para producir el error; 2) el error de la víctima que vicia la voluntad de la prestación; 3) perjuicio patrimonial en contra del sujeto pasivo y; 4) la relación de causalidad entre el engaño y el daño patrimonial¹⁵⁸.

El primer y medular elemento de la Estafa es el *engaño*. Así se ha definido doctrinariamente el engaño como “*la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer*”¹⁵⁹ y, agrega María Luz Gutiérrez que el ardid *no es el elemento diferenciador de la estafa, sino cuando es el modus operandi prevalente del apoderamiento lucrativo*¹⁶⁰; continúa diciendo que la

¹⁵⁷ Véase Líneas Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del año 2009. Centro de Documentación Judicial.

¹⁵⁸ Véase Líneas Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del año 2009. Centro de Documentación Judicial.

¹⁵⁹ **RODRÍGUEZ RAMOS, L.**, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, S.ED., S.E., Madrid, 1985, p. 320.

¹⁶⁰ **GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz**, *Fraude Informático y Estafa*, Primera Edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 340.

*estafa requiere un comportamiento activo constructivo, una maquinación, un conjunto de estratagemas o combinación de ardides, para arropar la mentira y dotarla de credibilidad*¹⁶¹. El engaño como elemento objetivo de la estafa es una simulación o disimulación idónea para hacer caer en el error al sujeto pasivo. Labatut define el engaño como: *la mutación o alteración de la verdad tendiente a provocar o mantener el error ajeno. Como medio de conseguir la entrega de la cosa*¹⁶²

Lo cierto es que, aunque existan variadas definiciones de engaño, todos los autores toman en cuenta un común denominador: la acción no violenta de ejecutar hechos falsos u ocultar hechos verdaderos viciando el consentimiento de la víctima que piensa que el sujeto activo actúa de buena fe y traicionando la confianza que se le deposita para realizar el negocio jurídico.

No basta que se intente un engaño, sino que debe ser suficiente y proporcional, es decir, el ardid supondría ser el medio idóneo para provocar un error al sujeto pasivo, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del hecho y las condiciones personales del sujeto pasivo.

En ese mismo sentido se rechaza concebir como ardid, el intento del sujeto activo de engañar a una persona cuando ésta no actúa bajo una estricta diligencia y deber de cuidado¹⁶³.

El segundo elemento objetivo de la estafa es el estado psicológico del error. Se trata de la *“falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño y causa del acto dispositivo”*¹⁶⁴.

¹⁶¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, *Óp. Cit.*, p. 347.

¹⁶² LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal. Tomo II*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 225.

¹⁶³ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El Delito de Estafa*, Segunda Edición, Editorial Bosh, España, 2009, p. 93

Edgardo Donna describe el error como “*un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial*”¹⁶⁵.

El error del sujeto pasivo es tener por cierto lo que no es, confiando en la buena fe del autor, sin conocer que está ante una mendacidad, la que, a su vez, provoca un vicio en el consentimiento del sujeto pasivo para entregar la cosa. Para Ricardo Mata y Martín, el error se entiende como la “*situación de discordancia entre la representación de la realidad por parte de quien sufre el engaño y los hechos efectivos del mundo exterior*”¹⁶⁶.

El *perjuicio patrimonial en contra del sujeto pasivo* constituye el tercer elemento objetivo del tipo penal Estafa. Puede definirse como cualquier lesión de carácter patrimonial producto de la disposición que realiza el sujeto pasivo, también se admite la puesta en peligro del bien jurídico patrimonio.

Esa lesión es resultado del desequilibrio o diferencia de valor entre la cosa que entrega el sujeto pasivo y lo que se recibe del sujeto activo en contraprestación. Agrega Cobo del Rosal que la distinción entre el perjuicio patrimonial civilmente indemnizable y la lesión patrimonial penalmente relevante no puede hacerse correctamente si se parte de la idea de que el perjuicio del que se habla en el tipo penal es una simple disminución patrimonial¹⁶⁷. En materia del ilícito civil, no se requiere únicamente que se produzca un daño patrimonial, sino también que se viole un deber jurídico (el cumplimiento de una obligación, por ejemplo); así como tampoco para que se

¹⁶⁴ **COBO DEL ROSAL, M. y Otros**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1990, p. 908.

¹⁶⁵ **DONNA, Edgardo Alberto**, *Delitos Contra la Propiedad*, Primera Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

¹⁶⁶ **MATA Y MARTÍN, Ricardo M.**, *Estafa Convencional, Estafa Informática y Robo en el Ámbito de los Medios Electrónicos de Pago. El Uso Fraudulento de Tarjetas y Otros Instrumentos de Pago*, Primera Edición, Editorial Aranzandi, Pamplona, 2007, p. 25.

¹⁶⁷ **COBO DEL ROSAL, M. y Otros**, *Óp. Cit.*, p.912.

configure el ilícito penal basta la lesión al bien, pues, como se ha afirmado, el engaño juega el papel medular en el tipo penal estafa. El ilícito civil se diferencia esencialmente del penal en cuanto que el último requiere que la conducta realizada por el sujeto activo esté descrita en la ley penal.

El último elemento de la Estafa es la relación causal entre *engaño y daño patrimonial*. Para que se configure el delito de estafa no basta con que concurren el engaño, el error, la disposición patrimonial y el daño aisladamente. Debe existir conexidad entre el engaño, que provoca el error en el sujeto pasivo y la disposición patrimonial, que asimismo representa un perjuicio. Esa disposición de patrimonio debe ser generada por la falsa idea de que existe buena fe por parte del sujeto activo, este vicio de consentimiento se debe a las maquinaciones y mendacidades que ejecutó el mismo. La entrega de la cosa debe ser voluntaria y es por ello que se considera una autolesión, que es en definitiva causada por el ardid.

1.5. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.

El *sujeto activo* es el autor de las conductas engañosas. Se trata de cualquier persona que deliberadamente intenta por medio del ardid hacer incurrir a la otra persona que contrata en el error para que voluntariamente realice una disposición patrimonial. No se requiere de ninguna condición especial de carácter personal para que el hecho que se realiza sea constitutivo de estafa¹⁶⁸.

El sujeto pasivo del tipo presenta un poco más de complicaciones al ser analizado porque no en todos los casos la persona que cae en el error a causa del engaño es la misma persona que sufre la disminución en el

¹⁶⁸ **TREJO, Miguel Alberto**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra los bienes jurídicos de las personas. Tomo II*, Primera Edición, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1993, p. 849.

patrimonial. Es posible que el sujeto activo engañe a una persona para que le entregue un bien ajeno, siempre que este último se encuentre en legítima posición para realizar un acto que incida sobre el patrimonio de otra persona. El sujeto que es engañado, dependiendo de los casos que analizaremos posteriormente, debe ser siempre una persona natural y podrá ser un empleado o persona que se encarga de recibir la tarjeta de crédito en las empresas aceptantes de la misma; empleados o funcionarios de la institución bancaria o el propio titular de la tarjeta. La persona sobre quien recae realmente el perjuicio patrimonial por ser el titular del bien jurídico afectado (sujeto pasivo) puede ser una persona natural o jurídica¹⁶⁹.

1.6. ELEMENTO SUBJETIVO.

El delito de estafa es calificado como *doloso*, el sujeto activo tiene pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Así el autor del delito debe estar consciente de la relación que existe entre el engaño que ejecuta y el error en que hace incurrir a la víctima. En el delito de estafa, el autor debe tener el propósito de obtener un beneficio económico, es decir que debe motivarse por un *ánimo de lucro*.

El ánimo de lucro se ve reflejado al momento en que el artículo 215 hace referencia al “provecho injusto en perjuicio ajeno”, por lo que resulta imposible su ejecución culposa.

1.7. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA ESTAFA EN LAS CONDUCTAS DE USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Corresponde ahora realizar un análisis acerca de ciertas conductas de uso indebido de tarjetas de crédito que constituyen el delito de estafa.

¹⁶⁹ La situación de la que se habla en este párrafo acerca de que el sujeto engañado y el sujeto pasivo no coincidan con la misma persona, se conoce en doctrina como “Estafa en Triángulo”. Véase GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, *Fraude Informático y Estafa*, Primera Edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 515.

a) En un primer supuesto, se hablará de la suplantación de la personalidad del titular de la tarjeta. El engaño en esta modalidad consiste en que el sujeto activo (hallador o sustractor de la tarjeta de crédito) haga creer al aceptante que es el titular de la tarjeta realizando negocios en donde imita la firma o rúbrica del tarjetahabiente. El error es producido en el sujeto pasivo cuando, en virtud de que el autor ha firmado, tiene la convicción de que este es el titular de la tarjeta. La disposición patrimonial se efectúa cuando entrega la cosa o presta el servicio objeto del acto jurídico. En cuanto a la relación causal entre engaño y perjuicio patrimonial, esta existe cuando la disposición patrimonial se realiza debido a la suplantación de identidad, pues de advertir el aceptante el engaño, la disposición no se realizaría (*Vid Supra Capítulo III, 3.3.2.2. Suplantación de la personalidad del titular.*).

b) Otra modalidad de uso indebido de tarjetas de crédito que merece estudiarse es la manipulación del sistema o red de comunicaciones respecto a las compras por internet.

Como su nombre lo dice, la tarjeta de crédito puede ser utilizada de forma indebida cuando se realizan contratos de compraventa por medio del internet. No existen muchas diferencias entre la compraventa tradicional y la compraventa por internet, básicamente gozan de los mismos elementos personales y reales: la capacidad, la cosa y el precio y; las partes gozan de las mismas obligaciones: el vendedor se obliga a entregar la cosa en la forma en que fue ofrecida y el vendedor se obliga a pagar el precio de la cosa en las condiciones pactadas. La particularidad de este modo de contratar radica en la única forma de efectuar el pago del precio es a través de la utilización de la tarjeta de crédito.

Continuando con el análisis, cuando la conducta de uso indebido de la tarjeta de crédito consiste en:

1) Que la página web sea falsa y el sujeto activo no ofrece productos o servicios al público; no es posible que exista ardid o engaño, pues la mendacidad del sujeto activo no es suficiente para hacer incurrir en el error. El ardid debe ser objetivamente basto para lograr viciar el consentimiento de la persona y se realice la disposición patrimonial: no debe haber la posibilidad de que el sujeto pasivo logre descubrir el engaño sin dificultad y, por otra parte, el sujeto activo tiene un deber de diligencia, el deber de verificar, en este caso, que la página web esté avalada por entidades que la autoricen para operar en la red y realizar transacciones electrónicas. No existiendo engaño, es irrelevante para el derecho penal que exista un perjuicio patrimonial.

2) Cuando se ofrecen productos o servicios por páginas web autorizadas, pero no se entregue la cosa o se entregue, pero no en la calidad ofertada. En este caso, tampoco se está frente a mendacidad, esto es porque el simple incumplimiento de una obligación y el simple perjuicio patrimonial no son suficientes para que exista delito. El incumplimiento de la obligación de parte de alguno de los contratantes genera una sanción que puede consistir *en la invalidez del acto jurídico o en la reparación del daño causado*¹⁷⁰. El derecho penal, descansando sobre la base del principio de subsidiariedad o de ultima ratio, interviene sólo cuando el ataque contra el patrimonio es bastante grave (*Vid Supra Capítulo III, 3.3.2.6. Manipulación del Sistema o Red de Comunicaciones, Compras por Internet*).

c) En el caso de *fingimiento o apariencia de bienes al momento de solicitar la apertura de crédito –vale decir la simulación de la capacidad de crédito-* se está ante un delito de estafa. El engaño lo representan todos aquellos actos que realiza el autor para simular que puede hacer frente a las

¹⁷⁰ **GALINDO GARFIAS, Ignacio**, Estudios de Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p.44.

obligaciones que del contrato de apertura de crédito se deriven (presentar constancia de sueldo falsa o auténtica pero ajena, presentar escrituras públicas de compraventa de inmueble falsas para constituir garantía real, etc.). Estas actuaciones dependerán de las exigencias de cada institución financiera para acceder a un crédito, por eso las conductas de ardid en este caso pueden ser muy diversas. El error existe cuando el funcionario de la entidad bancaria se convence de que el sujeto activo tiene suficiente capacidad de pago. El perjuicio patrimonial merece especial detenimiento. Es necesario evaluar en qué consiste la disposición patrimonial y en qué momento se genera la lesión al patrimonio de la entidad bancaria. Respecto al *primer punto*, la disposición no se realiza como en otros negocios, no hay entrega de una cosa. La disposición tiene lugar cuando se aprueba la apertura de crédito al autor y se firma el contrato, la disposición patrimonial equivale al respaldo económico del que gozará el sujeto activo aunque no efectúe ninguna operación con la tarjeta de crédito, debido a que el banco se obliga a solventar todas las obligaciones que adquiera con la tarjeta¹⁷¹. El *segundo punto* se concreta cuando el autor realiza las operaciones y carga a su cuenta los diversos actos jurídicos que lleva a cabo. Pero la simple utilización de la tarjeta de crédito no basta para configurar el delito, pues si el autor restituye los fondos, no existirá lesión del patrimonio del banco; para que se consume el delito es necesario que el sujeto activo no efectúe los reintegros de fondos pues sólo así existirá la lesión patrimonial. La relación entre engaño y perjuicio patrimonial es evidente: A raíz del contrato de apertura de crédito que se firmó entre sujeto pasivo (banco) y sujeto activo (tarjetahabiente), el banco se expone al riesgo de que los fondos no sean restituidos cuando haya hecho los pagos a las empresas aceptantes sobre los contratos celebrados por el autor; este riesgo jamás existiría de no ser

¹⁷¹ **BARUTEL MANAUT, Carles**, *Op. Cit.*, p. 683.

porque se obtuvo la solvencia de forma engañosa (*Vid Supra Capítulo III, 3.3.2.7. Obtención de la Tarjeta de Crédito con fingimiento o apariencia de bienes*).

d) Respecto al *fingimiento de uso ilegítimo por el titular legítimo*, el engaño se materializa al denunciar el sujeto activo y legítimo titular de la tarjeta como extraviada o robada la misma ante la institución bancaria, habiendo previamente efectuado operaciones que reportará como supuesta víctima. La disposición patrimonial y el daño se manifiestan al momento de pagar los cargos al aceptante de la tarjeta sin poder atribuírselos al tarjetahabiente (*Vid Supra Capítulo III, 3.3.2.8. Fingimiento de Uso Ilegítimo por el Titular Legítimo*).

e) La estafa puede también existir cuando el aceptante finge transacciones con la tarjeta de crédito. La conducta de cobrar más de lo que se ha entregado o, incluso, cobrar cosas que no han sido entregadas es la acción de engañar. El error tiene lugar cuando el banco verifica las operaciones, en apariencia verdaderas, en los estados de cuenta.

En cuanto al perjuicio patrimonial, recae sobre el patrimonio del banco que hace la transferencia de fondos al aceptante en atención a que debe cubrir las obligaciones que el tarjetahabiente contraiga (*Vid Supra Capítulo III, 3.3.2.9. Fingimiento de Transacciones por parte del Aceptante*).

2. EL TIPO PENAL DE ESTAFA AGRAVADA COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Se trata del tipo básico estafa, más la concurrencia de circunstancias¹⁷² previamente especificadas en la norma penal¹⁷³. Aunque

¹⁷² BACIGALUPO, distingue entre las circunstancias agravantes y atenuantes; las primeras son aquellas que tienen una doble estructura típica, por un lado se refieren directamente a la

en lo consiguiente se prefiere, para efectos de este estudio, las agravantes del numeral 4 –Estafa de Seguro- y, numeral 5 – Estafa Informática.

2.1. DEFINICIÓN DOCTRINARIA.

Antonio Robledo¹⁷⁴ considera que la Estafa Agravada no es más que *auténticos subtipos de Estafa* por la relevancia del engaño utilizado en relación a la naturaleza especial del objeto del Delito. En el mismo sentido, Cesar Herrero¹⁷⁵ concibe en que son una pluralidad de casos que agregan al tipo básico *un plus de antijuricidad*, constituyéndose así en subtipos agravados de *estafa*. *Entonces*, es posible deducir que son las circunstancias las que cualifican el tipo, de modo que su inexistencia tiene como consecuencia desaparecer únicamente el delito previsto en el tipo cualificado¹⁷⁶.

2.2. DEFINICIÓN SEGÚN CRITERIO JURISPRUDENCIAL.

Según la honorable Sala de lo Penal¹⁷⁷, se considera estafa agravada a: *“El cumplimiento con los elementos tipos del delito base y la concurrencia de alguna de las circunstancias agravantes, que no son complementarias sino independientes entre sí (...)”*. *“El delito de estafa agravada es*

ilicitud de la acción y por otro a la magnitud de la culpabilidad; las segundas son las impliquen una disminución de la culpabilidad o de lo ilícito. Ambas se impregnan de la característica de que pueden llegar a considerarse como elementos que complementan la descripción de un subtipo penal. Véase BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Argentina, 1999. p. 239-241

¹⁷³ Estas Circunstancias también son conocidas como Figuras Agravantes, a saber, cuando una figura básica se encuentra contemplada en otra o en otras. Véase FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, Primera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. p. 243

¹⁷⁴ **ROBLEDO VILLAR, Antonio**, *Delitos contra el patrimonio y Orden socioeconómico*, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997. p. 171

¹⁷⁵ **HERRERO HERRERO, Cesar**, *Infracciones Penales Patrimoniales*, Primera Edición, España. p. 214

¹⁷⁶ **FONTAN BALESTRA, Carlos**, Op. Cit. p. 244

¹⁷⁷ **SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sentencia de Casación, del día 19 de Agosto de 2005. Disponible en www.jurisprudencia.sv

reconocido por la doctrina como un tipo cualificado, ya que emana del delito de estafa y cuya característica es que los elementos tipos del delito base vuelven a entrar sin modificaciones y con la misma interpretación en las cualificaciones”.

2.3. SUPUESTOS LEGALES.

Es procedente analizar los supuestos legales referidos a la Estafa Agravada pero únicamente se estudiarán los literales 3), 4) y 5), ya que son los que contienen los elementos que permiten su configuración con el uso de tarjetas de crédito.

Art. 216.- El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes:

1) *Cuando se realizare mediante cheque, medios cambiarios o con abuso de firma en blanco;*

Su tratamiento agravatorio se debe a que los títulos valores son de gran trascendencia en el tráfico mercantil¹⁷⁸, según el Tribunal Cuarto de Sentencia, esta agravante atañe a dos motivos: a) la realización de la estafa mediante el uso de cheque o medios cambiarios, ya que se apoyó de la apariencia de garantía que inicialmente ofrecen los documentos, que crea una ficción de solvencia que engaña a su víctima, llevándolo a realizar una disposición del patrimonial, como la falsificación de firma, cambio de cantidades, expedición sin fondos o sin ánimo de pagar; b) por el abuso de la firma en blanco: se da generalmente cuando existe una relación laboral o comercial de confianza, se firman cheques en blanco ya sea porque no se cuenta en el momento con el monto exacto del pago a realizar o porque la persona autorizada para ello no puede estar presente cuando sea necesaria

¹⁷⁸ MUÑOZ, CONDE, FRANCISCO, Óp. Cit. p. 373

su firma¹⁷⁹. Por lo que de las conductas de uso indebido de tarjetas de crédito no cabría en este supuesto, ya que las tarjetas de crédito no son un título valor, ni un medio cambiario, se ha afirmado que es un documento de índole privado. (Vid. Supra Capítulo II, 2.Naturaleza Tarjeta de Crédito)

2) Cuando se obrare con el propósito de lograr para sí o para otro el cobro indebido de un seguro.

Se trata del contrato de seguro, en donde una sociedad debidamente autorizada se obliga, mediante una prima, para con el asegurado a resarcirle el daño o a pagar una suma de dinero cuando concurra una eventualidad previamente establecida en el contrato¹⁸⁰.

El contrato puede pactarse para beneficiar al contratante y/o terceros beneficiarios. Una de las características de este contrato es su aleatoriedad, se tiene la certeza de que existe una probabilidad que el riesgo ocurra, pero también que no suceda. Cuando el riesgo ocurre la sociedad seguro realiza una investigación de las circunstancias, pues por regla general, están exentas de cubrir los daños o pagar la indemnización por los sucesos provocados por el mismo asegurado.

Este subtipo trata de proteger a las aseguradoras de asumir un riesgo provocado por el asegurado, con la intención de hacer creer que se ha producido la eventualidad, con el objetivo de obtener un lucro, ya sea una indemnización o cualquier otra prestación antes pactada; es decir, provocar un errónea percepción de la realidad para exigir el cumplimiento de una obligación que en realidad no existe porque el siniestro no ocurrió de la manera establecida contractualmente.

¹⁷⁹ **SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sentencia Definitiva de Casación, del día 20 de Agosto de 2007, con referencia 416-CAS-2006. Disponible en www.jurisprudencia.gov.sv.

¹⁸⁰ **CÓDIGO DE COMERCIO**, Artículo 1344.

En este sentido, de acuerdo a Laura Damianovich, no solo se protege el bien jurídico de *propiedad* sino también la *libertad de disposición patrimonial*, porque el sujeto pasivo actúa “*con el convencimiento de que así debe actuar por el hecho de haber ocurrido el hecho pactado como condición de sus prestaciones*”¹⁸¹. En concordancia con la posición de este estudio respecto al bien jurídico material, se trata de proteger las relaciones comerciales basadas no solo en disposiciones contractuales y consuetudinarias, sino en la confianza que impera en el sistema de seguros y financiero.

En la Estafa de Seguros, puede hacerse referencia al Fingimiento de uso ilegítimo de parte del titular de una tarjeta de crédito (Vid. Capítulo III Usos Indebidos de la Tarjeta de Crédito, 3.3.2.8. Fingimiento de Uso Ilegítimo por el Titular Legítimo), cuando el tarjetahabiente ha contratado un seguro contra fraude, ya sea con la misma entidad financiera o con una aseguradora y, a sabiendas de que el seguro cubrirá hasta el monto total de la apertura de crédito, hace uso de la tarjeta de crédito y luego finge robo o fraude sobre su tarjeta de crédito, para que el seguro reintegre el monto total del crédito utilizado fraudulentamente.

Para efectos de tipicidad, la acción sería el fingimiento de la eventualidad traducida en robo o fraude sobre la tarjeta de crédito, lo que aparentemente obliga a la aseguradora o entidad emisora a cubrir hasta con el valor total de lo supuestamente defraudado, dándose entonces el error y su consecuente disposición patrimonial, incrementando el patrimonio del tarjetahabiente y perjudicando a la entidad aseguradora al pagar una obligación inexistente, puesto que forma parte de la ilusión creada por el tarjetahabiente.

¹⁸¹ **DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura**, *Delitos contra la Propiedad*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000. p. 49.

3) *Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.*

Según criterio del Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador¹⁸², este subtipo se refiere a la manipulación informática, donde se enmarcan todos los casos en los que se hace la transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de un tercero.

Es lo que en el Código Criminal Alemán se conoce como “Computerbreg”¹⁸³, es decir, “Fraude Informático”; o lo que la doctrina española denomina “Estafa Informática” o “Estafa por Computadora”.

A diferencia de los anteriores cuatro subtipos, este último exige la presencia de elementos que modifican la estructura básica de la estafa¹⁸⁴, equiparando de forma paralela los elementos básicos de la estafa con los elementos propios de una Estafa Informática, situación que ha sido motivo de discusión doctrinal durante la última década.

De la anterior situación se ha generado por un lado que se propone la reforma de dicho tipo cualificado en un tipo autónomo por exigir la concurrencia de circunstancias especiales y muy distintas que las exigidas

¹⁸² **TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR.** Sentencia Definitiva con referencia 0131-63-2008 del día 26 de noviembre del dos mil ocho.

¹⁸³ “§263a. Fraude informático. (1) El que, con el propósito de procurar para sí o para un tercero un beneficio material ilegal, daños de la propiedad de otra persona por el hecho de que el resultado de una operación de procesamiento de datos a través de una configuración incorrecta del programa, mediante el uso de datos inexactos o incompletos, el uso no autorizado bajo la influencia de los datos o la influencia de otros elementos no autorizados en el curso, será castigado con prisión de hasta cinco años o una multa. (2) § 263 apartados 2 a 7 se aplicarán en consecuencia. (3) Cualquier persona que prepara un delito previsto en el apartado 1 por los programas de ordenador cuyo propósito de cometer tal acto es para producir, para sí o para otro da, ofrece a la venta, las tiendas o las hojas de otros será sancionado con prisión de hasta tres años o con una Multa. (4) En los casos previstos en el apartado 3, de acuerdo con § 149 párrafo 2 y 3.” Código Penal Alemán, Disponible en: <http://delegibus.com/2010,1.pdf>

¹⁸⁴ Véase: GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Fraude y la Estafa mediante Sistemas Informáticos*, Primera Edición, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 791-794

por una estafa tradicional y, por otro lado, opinan que basta con una equiparación de elementos entre una estafa y la otra, escenario que se expondrá a continuación.

En primer lugar, la existencia de un engaño, se establece como verbo rector, una manipulación de programas informáticos; en segundo lugar se requiere que a partir de la manipulación informática se haga efectiva una alteración de los procesos o transmisión de datos, lo cual equivaldría al error provocado por el engaño en el sujeto pasivo y; por último, que dicha alteración se dirija a una transferencia no consentida de activos patrimoniales en beneficio del sujeto activo.

Respecto a éste último elemento, aunque el número 5 del artículo 216 omite mencionar, el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador hace hincapié en que dicha manipulación debe alterar el resultado de un procedimiento o transmisión informática de datos, *de tal modo que se atribuyan indebidamente ingresos o bienes o servicios o se anulen incorrectamente débitos y gastos*¹⁸⁵.

Es procedente entonces, analizar cada uno de los supuestos de este subtipo de Estafa:

La manipulación, de acuerdo a Romeo Casabona “Es la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado en cualquiera de las fases de procesamiento o tratamiento informático con ánimo de lucro y perjuicio de tercero”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ **TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR.** Sentencia Definitiva con referencia 0131-63-2008 del día 26 de noviembre del dos mil ocho.

¹⁸⁶ **ROMEO CASABONA citado por MATA Y MARTIN, Ricardo M,** *Estafa Convencional , Estafa Informática y Robo en el Ámbito de los Medios Electrónicos de Pago, El Uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, 2007,p. 65.

En el mismo sentido Choclán Montalvo la conceptualiza como “toda acción que suponga intervenir en el sistema alterando, modificando u ocultando los datos que deban ser tratados automáticamente modificando las instrucciones del programa, con el fin de alterar el resultado debido de un tratamiento informático”¹⁸⁷.

Por su parte Rovira del Canto, concibe la manipulación informática “como cualquier acción voluntaria de intervenir o afectar, de forma subrepticia, inautorizada y astuta, elemento intervenir o bienes tangibles o intangibles, afectando la información informatizada, los datos o los programas que la representen, o las funciones propias de un sistema informático o telemático, con lesión o puesta en grave riesgo o peligro de bienes individuales y colectivos objeto de protección jurídico penal”¹⁸⁸.

Si bien es cierto, los conceptos propuestos explican el término manipulación de manera amplia, existen supuestos donde se dan ciertas irregularidades mediante sistemas informáticos, pero no se configuran como manipulación de actos informáticos o electrónicos, es aquí cuando se establecen restricciones para el uso del término *manipulación*¹⁸⁹.

Lo anterior se afirma puesto que no se debe adoptar un concepto que abra la posibilidad de una clara indeterminación jurídica, como la errónea percepción de que el uso del cajero automático por persona no autorizada sea considerado un delito defraudatorio, sólo por el hecho de ingresar datos falsos a una máquina, cuando en realidad no existe un procesamiento informático propiamente dicho que altere o modifique un resultado esperado, sino una activación mecánica que responde una orden que de acuerdo a su sistema de funcionamiento es legítima, por lo tanto no cabría la posibilidad

¹⁸⁷ **CHOCLAN MONTALVO**, citado por MATA Y MARTIN, Ricardo M, óp. Cit. p. 65

¹⁸⁸ **ROVIRA DEL CANTO** citado por MATA Y MARTIN, Ricardo M, Óp. Cit., p. 68

¹⁸⁹ **URBANO CASTRILLO** citado por MATA Y MARTIN, Ricardo M, Óp. Cit., p. 72

de estar frente a una estafa informática, ni mucho menos frente a una estafa convencional.

Si se parte de la idea que los activos patrimoniales son las anotaciones electrónicas que representan valores económicos reales y que la transferencia de los referidos activos, no son más que el traslado mecánico de esas anotaciones de un patrimonio a otro; es viable concluir que no existe en una estafa informática un acto de disposición patrimonial de parte del sujeto pasivo, sino el acatamiento de una orden de parte del programa informático el cual fue objeto de manipulación por parte del sujeto activo.¹⁹⁰

Ahora bien, para que se constituya el delito de estafa informática, al igual que la estafa convencional, es inminente que el resultado del traslado de activos patrimoniales perjudique económicamente al sujeto pasivo y beneficie al sujeto activo, de lo contrario dicha conducta carecería de un resultado esperado, configurándose, según Mata y Martín, en una estafa informática en grado de tentativa¹⁹¹.

Con lo anterior, no cabe duda que la Estafa Informática comprendería una transferencia no consentida de activos patrimoniales¹⁹² inducida directamente por la manipulación de los sistemas informáticos en perjuicio de un tercero y en beneficio del sujeto activo, destacando que no cumple con los elementos básicos de una estafa, sino más bien, parece acercarse más a los

¹⁹⁰ **MATA Y MARTÍN, Ricardo M**, Óp. Cit., pp. 95-103

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 103-107. En el mismo sentido GALÁN, afirma que “...no cualquier perjuicio patrimonial podría determinar la consumación del delito de estafa informática, sino sólo aquel que hubiese sido causado mediante una conducta constitutiva de una manipulación informática generadora de una transferencia de activos patrimoniales.” GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Fraude y la Estafa mediante Sistemas Informáticos*, Primera Edición, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, p. 591

¹⁹² Así como se estableció supra, la jurisprudencia salvadoreña concibe que dicha transferencia se refiere tanto a la atribución de ingresos o bienes o servicios o la anulación de débitos y gastos, de modo que ambas posibilidades consisten en un incremento del patrimonio en perjuicio de un tercero.

delitos de apoderamiento, aludiendo a *absoluta autonomía* entre el injusto de *la estafa común y la estafa informática*¹⁹³.

2.4. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA ESTAFA AGRAVADA EN LAS CONDUCTAS DE USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Unas de las formas de uso indebido de Tarjetas de Crédito, considerados como hechos constitutivos de Estafa Informática y que serán estudiados en este apartado de la investigación son: el Carding, Keylogger, Spywaring y Phishing

a) CARDING

Uso indebido de la Tarjeta de Crédito donde la manipulación informática recaería sobre el software de la entidad emisora con el objetivo de: En primer lugar, obtener datos referidos al Número de Identificación Personal y/o Número de Tarjeta de Crédito y; en segundo lugar, crear un contrato de apertura de crédito ficticio y acceder a un crédito que nunca se concedió.

En el primero de los casos, la acción principal es ingresar de manera fraudulenta al depósito de datos de la entidad emisora con la intención de extraer la información pertinente a la identidad del titular, número de tarjeta de crédito o Número Personal de la tarjeta; entonces el ingreso fraudulento a un depósito de datos no podría considerarse una manipulación informática y, tampoco implica directamente una transferencia de activos ni mucho menos un perjuicio patrimonial contra el titular de la tarjeta de crédito o la entidad bancaria, en su caso. Además el uso de la información obtenida fraudulentamente, tampoco es Estafa Informática ya que no se estaría

¹⁹³ GALÁN MUÑOZ, Óp. Cit., p. 807

alterando programas, ni ingresando datos falsos que podrían considerarse Manipulación informática, al contrario, al hacer uso de esa información se introducen al sistema datos verídicos, aunque conseguidos fraudulentamente¹⁹⁴.

En el segundo caso, la situación es distinta. Desde el momento que el sujeto activo ingresa al programa de la entidad emisora violentando las medidas de seguridad de la entidad bancaria emisora¹⁹⁵ y, crea un contrato de apertura de crédito simulando haberse emitido una tarjeta de crédito, abre la posibilidad de acceder a un crédito que nunca fue concedido; al disponer el sujeto activo de este derecho y al adquirir bienes o servicios por medio la tarjeta de crédito simulada, carga a la entidad bancaria emisora el pago de los bienes o servicios, configurándose de esa manera el perjuicio económico contra el banco.

b) KEYLOGGING Y SPYWARING

Respecto al *KEYLOGGING* Y *SPYWARING* definidas como técnicas que permiten la obtención de datos como números de identificación Personal de la Tarjeta de Crédito y demás información de un tarjetahabiente, sucede lo mismo que el primer caso del *CARDING*: la mera manipulación de los programas o software de la entidad emisora para la obtención de datos sobre una tarjeta de crédito de parte de un tercero, no implica una inmediata transferencia de activos; cabe la posibilidad, que utilice dicha información para fabricar una tarjeta falsa -CLONNING- o simplemente no haga uso de ella, configurándose en ambos casos una conducta atípica. (Vid. Infra

¹⁹⁴ **FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo**, *Derecho Penal e Internet*, Primera Edición, Editorial Lex Nova, España, 2011, pp.50-53.

¹⁹⁵ Es imprescindible que esta intromisión se haya realizado violentando las medidas de seguridad del banco, de lo contrario, la entidad bancaria, según legislación actual, incurriría en responsabilidad civil y administrativa. Vid. Capítulo II, 4 Distribución del Riesgo de los Usos Indebidos entre los integrantes del Sistema de Tarjetas de Crédito.

Capítulo IV, 4. Del Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito y la Falsedad Material.)

c) PHISHING

El supuesto de crear una página web pretendiendo ser la página oficial de una entidad emisora de crédito con el objetivo de obtener de parte del titular mismo de la tarjeta de crédito información sobre ésta, no puede vincularse ni siquiera a tipo básico de Estafa, mucho menos a la circunstancia cualificada del numeral 5) del artículo 216, por dos razones:

1) No concurre el elemento objetivo de engaño suficiente, ya que el titular de la tarjeta tiene el deber de hacer buen uso de la misma cerciorándose que la página web, tenga la respectiva certificación de garantía y además de informarse sobre las medidas de seguridad que la entidad bancaria emisora se encuentra obligada a crear y divulgar.

2) Principalmente, el uso de los medios informáticos como las páginas webs y correos electrónicos no se configuran dentro del verbo rector manipulación.

De acuerdo a Javier Fernández Teruelo, las problemáticas anteriores encuentran su solución si se adopta un concepto de manipulación amplio que permita subsumir en estafa informática a los “fraudes” donde solo se utiliza el sistema informático como un medio o instrumento para simular el ingreso de las claves por el legítimo titular¹⁹⁶.

Si se aplica esta interpretación, entonces se consideraría que el texto del artículo 216 numeral 5): *“Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos”,*

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Óp. Cit. p.52

comprendería tanto una alteración dolosa del sistema informático que permite la transferencia de activos patrimoniales, como al uso del sistema informático para obtener o ingresar datos necesarios para hacer efectiva la transferencia de activos, es decir, que tal descripción típica erróneamente comprendería dos supuestos que difieren mucho entre sí, por un lado se reprocharía la manipulación del sistema propiamente dicha, es decir la alteración de procesos informáticos y, por otro, el manejo de un sistema informático como el instrumento idóneo para llevar a cabo una sustracción de activos.

En otras palabras el verbo rector de manipulación informática se entendería tanto como la alteración de procesos, como el uso de la informática como instrumento para llevar a cabo la conducta delictiva ; situación que atenta contra el principio de legalidad el cual establece una prohibición de adecuar una conducta activa u omisiva como delito o falta de manera analógica, dado que para atribuir la comisión un delito o falta se debe haber establecido en la ley penal previamente de manera precisa e inequívoca; para evitar toda interpretación, que conlleve supuestos distintos a lo que el legislador ha contemplado¹⁹⁷.

3. EL TIPO PENAL DE HURTO Y HURTO AGRAVADO COMETIDO A TRAVÉS DEL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO.

El bien jurídico tutelado en este tipo penal es la propiedad sobre las cosas de naturaleza mueble.

Sin embargo, según parte de la doctrina, *el delito de hurto vulnera un vínculo de poder efectivo, fáctico, positivo y real, que liga a las personas con*

¹⁹⁷ PRINCIPIO DE LEGALIDAD Art. 1. (1) Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. (2)No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.” CÓDIGO PENAL

*las cosas que tienen consigo*¹⁹⁸. Sin embargo, la Sala de lo Penal de la corte Suprema de Justicia ha establecido que lo que se lesiona directamente es la posesión, penalmente hablando, se lesiona la mera tenencia¹⁹⁹.

3.1 DEFINICIÓN.

El artículo 207 del Código Penal reza: “El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere en su poder, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si el valor de la cosa hurtada fuere mayor de doscientos colones”.

Del tipo penal descrito en la ley puede extraerse una definición de hurto: Es el apoderamiento de una cosa mueble, completa o parcialmente ajena, cuyo valor excediere de doscientos colones, por medio de la sustracción de la persona que la tuviere en su poder con el ánimo de obtener un beneficio económico. El hurto es la sustracción mediante desplazamiento de cosa mueble propia o parcialmente ajena de quien la tiene en propiedad o posesión, sin incurrir en la violencia o intimidación de quien la tiene en su poder.

3.2. CONDUCTA TÍPICA.

La conducta típica del hurto debe identificar tres elementos:

- 1) El apoderamiento de la cosa
- 2) la disponibilidad de la misma y
- 3) Impedimento de ejercer facultades de dueño²⁰⁰.
- 4) El no uso de la violencia como medio de sustracción.

¹⁹⁸ Véase en DONNA, Edgardo Alberto, Óp. Cit., p. 22, citando a FRÍAS CABALLERO, Jorge.

¹⁹⁹ Véase Líneas Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del año 2002. Centro de Documentación Judicial.

²⁰⁰ **TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA SAN SALVADOR**, Sentencia Número 267-1-2009 de fecha trece de enero de dos mil diez.

El primer elemento no es más que la sustracción del objeto, para lo cual debe existir un desplazamiento físico de un patrimonio a otro. A diferencia del robo, la violencia no es empleada para cometer el ilícito. La disponibilidad, como segundo elemento, se trata de extraer la cosa del control o el poder en el que lo tenía el sujeto pasivo, no importando si la persona es propietaria o no del bien mueble, pues lo que interesa es que lo tenga legítimamente bajo su custodia. El último elemento es el impedimento de ejercer facultades de dueño.

Esto se refiere a que el sujeto activo no debe tener calidad de propietario de la cosa, ni aun parcialmente.

La cosa debe ser ajena: no debe ser propia, ni debe ser susceptible de adquirirse legítimamente por ocupación²⁰¹.

3.3. OBJETO MATERIAL.

Es unánime el criterio de que la cosa sustraída debe ser de naturaleza mueble, es decir aquellas cosas que pueden ser desplazadas de un lugar a otro. La cosa mueble también debe tener un valor económico superior al de doscientos colones para que la conducta se repute delito; respecto a la tarjeta de crédito, si bien es cierto, es un bien mueble, su valor en sí, no supera este requisito normativo.

3.4. ELEMENTO SUBJETIVO.

Se refiere al dolo, es decir la voluntad y la intención de realizar la conducta descrita como delito en la ley.

Asimismo, esta voluntad o móvil debe ir aparejado de un elemento subjetivo especial: el ánimo de lucro, sea para obtener un beneficio económico propio o para un tercero.

²⁰¹ Véase COBO DEL ROSAL, M. y Otros, *Óp. Cit.*, p. 810, citando a Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa.

3.5. AGRAVANTE.

El artículo 208 establece que: *“La sanción será de cinco a ocho años de prisión, si el hurto fuere cometido con cualquiera de las circunstancias siguientes:*

2) Usando la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; llave falsa o cualquier otro instrumento que no fuere la llave utilizada por el ofendido. Para los efectos del presente numeral se considerarán llaves las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura de contacto o a distancia; (...).”

La razón por la cual se justifica la cualificación del tipo penal base es porque es posible que la conducta sea cometida bajo circunstancias que generen más afectación o transgresión al bien jurídico.

Si se analiza la conducta de sustracción de la tarjeta de crédito, se podrá advertir que aunque se efectúe el desplazamiento físico, y la tarjeta de crédito salga de la esfera patrimonial de su titular para entrar a la esfera del autor del delito hasta el punto de lograr disponer de ella, no se configurará el delito de hurto, pues la naturaleza de la tarjeta misma no lo hace posible.

La tarjeta de crédito por sí misma no puede tener más valor que el plástico del cual está hecha. Pero la tarjeta de crédito representa algo más valioso: La tarjeta de crédito es una llave que tiene acceso a la cuenta de apertura de crédito del titular de la misma, es el acceso a una disposición de fondos dinerarios. – Por ejemplo a través de cajeros automáticos. (Vid. Supra Cap. II, 7.2. El Uso de la Tarjeta de Crédito en Cajeros Automáticos).

Se considera delito de hurto agravado, aquella acción de un tercero que acude al cajero y realiza los mismos actos que habría realizado el titular, como introducir la tarjeta, digitar el número secreto y la cantidad de efectivo

que requiera para apoderarse del mismo²⁰², independientemente si la tarjeta fue sustraída del titular o la tarjeta ha sido falsificada o alterada²⁰³, puesto que aunque se haya realizado una sustracción (Falta de hurto, art. 379 CP) o una falsificación o alteración de la tarjeta²⁰⁴ (Concurso ideal de delito art. 283 inciso 2º), el delito de hurto agravado de igual manera subsumirá en el tipo las conductas previas al uso no autorizado del cajero automático.

Si se acoplan los elementos del tipo de hurto a la apropiación de efectivo a través de cajeros automáticos, resulta:

a) El sujeto activo es la persona que posee ilegítimamente la tarjeta de crédito y el respectivo número secreto, mientras que el sujeto pasivo, la entidad bancaria que controla y dispensa los cajeros automáticos;

b) la llave que permite tener acceso al efectivo o a la transferencia de activos de una cuenta a otra, sería la tarjeta de crédito y la introducción de la clave secreta. Vale agregar que la introducción de la tarjeta de crédito así como el ingreso de la clave secreta no debe realizarse utilizando fuerza física alguna.

c) el activar el mecanismo que permite la entrega de efectivo a una persona no autorizada, significaría la sustracción del objeto sin la voluntad del sujeto pasivo y,

d) tomar el dinero y retirarse del lugar equivaldría a la disposición del objeto que adquiere el sujeto activo y la pérdida del control de parte del

²⁰² **LÓPEZ MORENO, Juana y FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel**, “ La utilización indebida de tarjetas bancarias y Eprom en el Código Penal de 1995: nuevos supuestos (comunicación)” en AA. CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, Número 6. Dedicado a: Tarjetas bancarias y derecho penal, 2002, p. 105

²⁰³ **CHOCLAN MONTALVO**, Óp. cit. p. 359. Agrega el autor que aunque otros doctrinarios opinen que la falsificación o alteración de una tarjeta y su posterior uso en un cajero automático supone la consecución de una estafa informática, la manipulación de una tarjeta de crédito no supone una manipulación informática.

²⁰⁴ En la medida que la falsificación de la tarjeta de crédito sirvió como acción necesaria para la sustracción de efectivo o anotaciones electrónicas por medio de cajeros automáticos. Vid. Capítulo IV, 4 Del Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito y la Falsedad Material.

sujeto pasivo. Aunque la doctrina tradicional hace hincapié en una sustracción física de la cosa, dicha sustracción también puede realizarse electrónicamente, ya que con el traspaso de la cuenta del tarjetahabiente a la cuenta del sujeto activo o la de un tercero, se perfecciona el acto de disposición sobre el dinero electrónico.

4. DEL USO INDEBIDO DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y LA FALSEDAD MATERIAL.

4.1. DEFINICIÓN LEGAL.

Art. 283.- “El que hiciere un documento público²⁰⁵ o auténtico, total o parcialmente falso o alterar uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Por ocuparse esta investigación de un documento privado es pertinente citar el inciso segundo del precepto normativo citado.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado²⁰⁶, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero”.

4.2. DEFINICIÓN DOCTRINARIA.

FALSIFICACIÓN. “Adulteración, corrupción, cambio o imitación para perjudicar a otro u obtener ilícito provecho; ya sea en la escritura, en la moneda, en productos químicos, industriales o mercantiles, etc. Delito de falsedad cometido en documento público o privado o en monedas, sellos y marcas”²⁰⁷.

²⁰⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.** Art.331.- Instrumentos públicos son los expedidos por notario, que da fe, por autoridad o funcionario en el ejercicio de su función.

²⁰⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.** Art.332.- Instrumento privados son aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares.

También se considerarán instrumentos privados los expedidos en los que no se han cumplido las formalidades que la ley prevé para los instrumentos públicos.

²⁰⁷ **CABANELLAS DE TORRES, Guillermo,** Óp. Cit. 134

4.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido por este tipo penal que nos ocupan es el llamado “FE PÚBLICA”, entendiéndolo tal como:

“El amparo o tutela, en su primera función, de los signos e instrumentos convencionales que el Estado impone con carácter de obligatoriedad y, en su segunda función, a los actos jurídicos que respeten ciertas formas materiales y que son destinados a los objetivos legalmente previstos”.²⁰⁸

La importancia de la protección de este bien jurídico, se puede extraer a partir de lo dicho por Baugin en el siguiente sentido “la fe pública nace, del valor que la autoridad pública impone a los instrumentos y mecanismos, con independencia de los juicios, reacciones o afirmaciones de los particulares; es una fe que se subjetiviza en cada uno de los coasociados, pero que parte de esa realidad objetiva creada por el Estado, en su funcionamiento delegado a la autoridad pública”²⁰⁹.

No cabe duda alguna que en la falsificación de documento público o auténtico el bien jurídico vulnerado es la fe pública, sin embargo al referirse a falsificación de documento privado surge la pregunta siguiente: ¿Es la fe pública el bien jurídico tutelado en la falsificación de documentos privados? Para respuesta, se cita lo expuesto en la Revista de Paz de la CSJ, en donde se ha establecido que en el caso de los documentos públicos aplica la teoría del bien jurídico tutelado es la fe pública, pero en el caso de los documentos privados, el bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la acción falseara es el patrimonio de la personas, es decir un interés privado. La falsificación de documentos privados, es más que un delito contra la fe pública, un delito

²⁰⁸ BAIGUN, David y Carlos A. Tozzini, Óp. Cit., p. 13.

²⁰⁹ Ibídem p.10

contra el interés privado, que si no fuera por el deseo de no partir esta materia de la falsificación de documentos, podría muy bien incluirse entre las defraudaciones (citando a Antón Oneca)²¹⁰.

Así mismo existen autores que han expresado que no es cierto que la falsedad material de documento privado afecte el patrimonio, dado que con dicha falsificación pueden afectarse otros derechos individuales que no son de contenido material, es así como sugiere Creus acudir a la jurisprudencia para saber con claridad cuáles son los documentos privados susceptibles de falsificación, por no ser objeto de esta investigación realizar un estudio pormenorizado de falsedad material de documento privado, sino más bien sentar las bases que nos coadyuven a una correcta interpretación del tipo penal en análisis y su vinculación con los usos indebidos la afirmación realizada por el autor es aplicable en esta oportunidad: “Entre nosotros, la taxativa inserción del documento privado como objeto material del delito de falsificación elimina cualquier cuestionamiento, sobre si debe considerarse como delito contra la fe pública”²¹¹.

4.4. CONDUCTA TÍPICA.

El delito de falsedad material, es un delito que requiere para su comisión la acción humana, y dentro de sus verbos rectores que describen la conducta se señalan: hiciere, alterare, realizare. Por el objeto de estudio de la investigación se estará a lo dispuesto en el inciso segundo del precepto penal citado, dado que como se ha fijado en temas precedentes las tarjetas de créditos son documentos privados (Supra Capítulo II, tema 1.6 Definiciones de Tarjeta de Crédito).

²¹⁰ **SEONE SPIEGELBERG, José Luis**, Revista Justicia de Paz, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Año II, Volumen II, Mayo-Agosto 1999, El Salvador, pp.18-19.

²¹¹ **CREUS Carlos y Jorge Eduardo Buompadre**, *Falsificación de Documentos en General*, Cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 2004, pp. 51-55.

A) Hecha la aclaración anterior, se debe entender por: *hicere* o *realizare*, como sinónimo de producción; con lo cual se expresa que dicha conducta es la tendente a la “*producción de un documento inauténtico, es decir el confeccionar un documento que se atribuye a quien no lo ha otorgado (llamado falsedad material)*”²¹². Por su parte el verbo “alterar” o “alterare” más específicamente debe implicar la falsificación de un documento que surge a la vida jurídica de manera auténtica o legítima, es decir es válido por haber sido otorgado por la persona a quien se atribuye y a la vez cumple con las formalidades requeridas para su confección, por lo que Bacigalupo en esa lógica expresa que esta conducta es consistente en: “*Falsificación de un documento auténtico existente mediante la alteración de su contenido verídico*”²¹³.

Al referirse a documento auténtico no se está haciendo alusión a la clasificación que la doctrina o legislaciones extranjeras realizan de los documentos (públicos, auténticos y privados) y que también realizaba nuestro ya derogado Código de Procedimientos Civiles, sino que se utiliza la expresión “auténtico” como símil de legítimo o válido.

Las conductas típicas descritas tienen íntima relación con los usos indebidos de tarjetas de crédito ya abordados²¹⁴, concretamente con el *CLONING* o *SKIMMING*, dado que este uso delictivo consiste en la duplicación de la tarjeta de crédito, es decir hacer o realizar un documento falso con apariencia de auténtico o legítimo, adecuándose ello al primer supuesto descrito por el Art. 283 Inc. 2º Pn. El supuesto dos consiste en “alterar” un documento privado, es así como el *CLONNING* implica la

²¹² **BACIGALUPO, Enrique**, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Ediciones Akal S.A, Madrid España, 1991, p.322.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Vid. Supra Capítulo III, 3.3.2. Uso Delictivo de la Tarjeta de Crédito: 3.3.2.6. Manipulación del Sistema o Red de Comunicaciones, y 3.3.2.10. Incumplimiento del emisor en el pago a los aceptantes.

creación de una tarjeta de crédito totalmente falsa, pero además se dice que ha habido CLONNING con la alteración de una tarjeta que en principio era válida se altera para que esta actúe de la misma forma en que actuaría una original.

Ahora bien, no se puede dejar de lado el principio de legalidad, en virtud del cual no deben considerarse como conductas típicas aquellas que no estén previamente a la comisión del hecho establecidas como delito o falta.

El CLONNING, como tal por el único hecho de hacer o alterar total o parcialmente una tarjeta de crédito no es suficiente para considerarse como delito, ya que el legislador requiere para la consumación del delito de falsedad material de documento privado, que además el dolo se haga acompañar de un elemento especial, el cual es el *ánimo de causar perjuicio a un tercero*, de no ser ello así el SKIMMING será una conducta atípica sin relevancia penal.

4.4.1 La falsedad material y el concurso aparente de leyes, y el concurso de delitos.

Una variante que puede llegar a configurar como hecho delictivo en el caso de uso de documento privado falsificado es en el supuesto que ese documento privado (tarjeta de crédito) sea utilizado con la intención de perjudicar patrimonialmente a un tercero, dado que el elemento subjetivo: el dolo de obtener un beneficio económico en perjuicio de un tercero es coincidente entre ambos tipos, por lo que la estafa sería subsidiaria tácitamente frente a la falsedad material de documento privado, produciendo una disposición patrimonial por el engaño producido con la tarjeta de crédito falsa, la solución a ello se debe hacer en base al concurso aparente de normas, específicamente en el principio de subsidiariedad, siendo

subsidiariedad tácita ya que no está manifestada en la norma, pero de la interpretación del precepto lleva a concluir que éste no pretende ser aplicado cuando el hecho puede ser calificado de forma más grave en virtud de la aplicación de otra norma que también recoge el hecho acaecido. Por tanto el tipo a aplicar en este caso sería el de estafa²¹⁵.

*Coadyuva a lo anteriormente expresado lo dicho por Luis Rueda: ““Si el autor de la falsificación con posterioridad hace uso del documento, tal utilización es un acto copenado. Pero sí, a su vez, con esa utilización se produce un perjuicio que esté definido como delito carácter general, al existir entre uno y otro una relación de medio a fin, se da lugar a un concurso ideal de delitos. Esta regla general solo conoce una excepción, cuando la falsedad haya sido cometida en documento privado, cuya tipicidad exige la concurrencia de voluntad de perjudicar a tercero y el delito perseguido como fin requiera como modalidad comisiva el engaño, tal como ocurre, como caso típico, en la estafa, pues este supuesto, para evitar el nes bis in ídem, debe ser resuelto mediante un concurso aparente de normas”*²¹⁶.

La explicación que brinda el autor en cuanto a la falsedad de documento público o autentico, es aplicable al uso indebido de las tarjeta de crédito consistente en Obtención de la Tarjeta de Crédito con fingimiento o apariencia de bienes, la que se presenta cuando la falsedad sea necesaria para la obtención de una tarjeta de crédito, ya que dependiendo de las políticas de cada institución financiera puede exigirse como requisito la presentación de una caución o garantía etc., produciéndose entonces que el interesado en la obtención de la tarjeta; falsifique un instrumento público para dicho fin, aspecto que es sancionado por el derecho penal por la sola razón de alterar o crear un instrumento público o autentico, la solución que se

²¹⁵ **CHACLON MONTALVO**, Óp. Cit. p. 280.

²¹⁶ **RUEDA, Luís**, *Código Penal Salvadoreño Comentado*, p.700.

plantea es el supuesto son las reglas del concurso medial siempre que sea vista como un plan unitario del autor, es decir que la conducta consistente en falsificar sea una antesala de la ulterior estafa en la que el documento así falsificado es el instrumento de engaño, produciéndose por ende un identidad entre la actividad ejecutiva del delito medio (falsificación) y la del delito fin (estafa y hurto), lo cual ampara el tratamiento del supuesto como un solo hecho, siguiéndose para la imposición de la pena las reglas ya establecidas en la legislación penal²¹⁷.

²¹⁷ CHACLON MONTALVO, José Antonio, Óp. Cit. Pp. 279-280.

CAPITULO V

LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO CLONNING, KEYLOGGING, SPYWARING, PHISHING Y SU AFECTACIÓN EN LA GARANTÍA DE TIPICIDAD.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 1.1. Nullum Crimen Sine Lege. 1.2. Prohibición de Analogía. 1.3. Certeza de la Conducta Prohibida 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA GARANTÍA DE TIPICIDAD 3. DE LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO ATÍPICOS: CLONNING KEYLOGGING, SPYWARING Y PHISHING. 3.1. Elementos Comunes de los Usos Indebidos Atípicos. 4. DERECHO COMPARADO 4.1. Alemania 4.2. España 4.3. México 4.4. Argentina 4.5. Costa Rica. 5. NECESIDAD O NO NECESIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS USOS INDEBIDOS ATÍPICOS EN EL SALVADOR. 6. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LOS USOS INDEBIDOS ATÍPICOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA. 6.1. De Clonning a Falsificación de Tarjetas de Crédito. 6.2. Obtención Fraudulenta de Datos del Sistema De Tarjetas de Crédito. 7. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS PENALES RELATIVOS A LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Se estudió lo referente a los usos indebidos de las tarjetas de crédito y su adecuación a los tipos penales existentes en nuestro Código Penal, además se ha señalado que los diversos usos indebidos que pueden realizarse con la utilización de las tarjetas de crédito, a pesar de tener tal naturaleza usos indebidos, no son por ello conductas típicas desde la perspectiva de la garantía de tipicidad, -CLONNING, KEYLOGGING, SPYWARING Y PHISHING-, es así como se presenta a continuación, un análisis de la eventual necesidad o no necesidad de la tipificación de los mencionados usos indebidos.

Para ello es imprescindible abordar el tema del principio de legalidad y sus consecuencias en el derecho penal, especialmente en la *Garantía Criminal, Prohibición de la Analogía y, Lex Certa*; así como su relación directa con la Garantía de Tipicidad. Tomando en cuenta en estos aspectos, las soluciones sugeridas por la doctrina y legislación.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Considerado como uno de los frutos más trascendentales de la revolución francesa y posteriormente del movimiento constitucionalista²¹⁸, el principio de legalidad ha venido siendo un índice de desarrollo democrático y fundamento de las principales garantías a favor de la persona²¹⁹, en tanto que limita el desempeño estatal, obstruyendo actuaciones arbitrarias, especialmente cuando de aplicar el IUS PUNIENDI del Estado se trata, en concreto el Derecho Penal.

De acuerdo a García de Pablos²²⁰, el principio de legalidad repercute en el Derecho Penal en tres ámbitos:

a) Sustenta cuatro garantías del “ciudadano”, a saber, la “garantía criminal”, la “garantía penal”, la “garantía jurisdiccional, las “garantías penitenciarias o de ejecución”.

b) Incide en las fuentes de la interpretación de la ley penal, prohibiendo la aplicación de la Costumbre, la Analogía y la Retroactividad en perjuicio del reo.

c) Exige claridad y exhaustividad al momento de describir la conducta prohibida, condicionando la técnica legislativa para formular cada caso y definir la materia de la prohibición.

²¹⁸ **JAÉN VALLEJO, Manuel**, *Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*, Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional, Primera Edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999. p. 19

²¹⁹ En este sentido, expresa que fue hasta después de la segunda guerra mundial, que el principio de legalidad se integra plenamente al ordenamiento jurídico como garantía de la libertad individual frente a la intervención del Estado, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Penal. Véase: MORA MORA, Luis Paulino y NAVARRO SOLANO, Sonia, *Constitución y Derecho Penal* Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica, 1995, p. 69

²²⁰ **MARTÍNEZ LÁZARO, Javier**, *Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña*, en “Revista Justicia de Paz, Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, Corte Suprema de Justicia, N° 7, Año III, Vol. III, Septiembre-Diciembre 2000, pp. 117-126

Junto a esta línea doctrinaria se tratará de adaptar tal posición al objeto de este estudio, por lo que únicamente se especificará sobre la garantía “nullum crimen sine lege”; la prohibición de la analogía y; el mandato de certeza (determinación de la conducta).

El Código Penal recoge dichos preceptos en el artículo 1 de la siguiente manera:

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Art. 1.- Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.”

Cuando el artículo 1, inciso primero establece que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión no descrita previamente en la ley penal, invoca la garantía “nullum crime sine lege”; cuando exige que dicha descripción además debe ser precisa e inequívoca, se refiere a la certeza de la conducta prohibida y; esta además recalcar que también en el inciso segundo exalta la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal.

1.1 Nullum Crimen sine lege.

Expresión latina alusiva a la prerrogativa penal “no existe delito o falta sin una ley previa que así lo determine”. Se define como el presupuesto necesario para la persecución penal del Estado contra una persona²²¹, así

²²¹ “Pese a que en el principio de legalidad subyacen cuestiones referentes al derecho procesal, ha de tenerse en cuenta que es una garantía propia del derecho penal material... “Véase MORA MORA, Luis, Óp. cit. p. 69-70

como la exigencia de la existencia de enunciado legal que enmarque una conducta humana dentro de una norma que la describa como un delito, es decir la creación de un tipo penal²²². Por lo que se rechaza unánimemente la posibilidad de darle vida a un tipo penal vía jurisprudencial, ya que aunque el juzgador tenga la potestad de interpretar y encontrar la esencia del contenido real de la ley, no representa que sea competente para maniobrar el significado que el legislador le otorgó²²³. (Vid Infra Cap. V, 2. El Principio de Legalidad La Garantía de Tipicidad).

1.2. Prohibición de Analogía

Esta exigencia de ley penal previa, cierta, y escrita debe ser aplicada tomando en cuenta únicamente cuatro prohibiciones: La prohibición de cláusulas generales, la prohibición de interpretación analógica, la prohibición de aplicación retroactiva y la prohibición de fundamentación de la condena en derecho distinto al que nace de la ley formal.

Sin duda, la prohibición sobre la cual es indispensable ahondar es la prohibición de interpretación análoga, esto es debido a que la pregunta a la que debe responderse es si los tipos penales existentes describen y penalizan las conductas de uso indebido de tarjetas de crédito o, contrariamente, si lo que los tribunales están efectuando es una interpretación análoga de los tipos.

Como afirma Luis Jiménez de Asúa, *“la analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos,*

²²² MARTÍNEZ LÁZARO, Javier, óp. cit, p. 118

²²³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 139 y 140.

*acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto*²²⁴. La interpretación analógica comprende la resolución de un caso basándose en un tipo penal que describe conductas similares a las circunstancias que concurrieron en ese caso particular.

Para Henry Issa El Koury y María Gerarda Arias, *se entiende por aplicación analógica del derecho aquella que hace el operador jurídico cuando, encontrándose ante una laguna, es decir ante una situación que debe resolver y para la cual el Ordenamiento no ofrece ninguna solución normativa específica, recurre a una norma establecida para solucionar situaciones parecidas*²²⁵. En materia de derecho penal, se prohíbe la analogía dado que es un derecho fundamental de la persona que la conducta que se le atribuye esté inequívocamente descrita en la ley penal; no pueden existir vacíos en la norma jurídica penal porque las conductas que ahí no se describan, simplemente no son constitutivas de delito.

La analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto que no está comprendido expresamente en la norma, pero que sí resulta similar a otros supuestos contenidos en la misma; está prohibida respecto de delitos o faltas y sus respectivas sanciones como penas o medidas de seguridad, ello por la naturaleza represiva del mismo Derecho Penal visto como la última ratio para solucionar problemas que significan violación de bienes jurídicos determinados; ello porque sería perjudicial para el delincuente, que a pesar de haber cometido posiblemente un delito o falta, no deja de gozar de garantías y derechos; por lo que los supuestos fácticos incluidos dentro del tipo penal deben ser objeto de una interpretación estricta y no extensiva; sólo es posible la analogía cuando los preceptos sean a favor del delincuente.

²²⁴ **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis**, *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen III, Primera Edición, Oxford University Press, México, 1999, p. 75.

²²⁵ **EL KOURY, Henry Issa y ARIAS, María Gerarda**, *Derechos Humanos en el Sistema Penal*, Primera Edición, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 2002, p. 79.

Es importante resaltar que la interpretación análoga no es una interpretación extensiva del tipo penal, mientras la primera está vetada en la aplicación de la ley penal –salvo excepciones-, la segunda está totalmente permitida. La idea anterior encuentra su razón de ser en el sentido de que la interpretación extensiva –como explica el autor antes relacionado- se concreta al resolver un caso que sí ha sido previsto por la ley penal, aunque el juez haya utilizado el límite máximo del contenido de la norma. Es por esta razón que la interpretación extensiva del tipo penal está permitida siempre que no se aleje de los modelos de interpretación aceptados o de los requisitos de valoración constitucionalmente establecidos.

El intérprete de la norma no está adecuando conductas que no se describen en la legislación, sino que está realizando un estudio del tipo en su sentido más amplio, no así traspasando la esfera de protección del mismo. Distinto ocurre con la analogía puesto que ésta “*supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal*”²²⁶. La única ocasión en la que es posible elaborar un análisis analógico es cuando se fundamente en la *inaplicabilidad a las dudas respecto del contenido del derecho del principio in dubio pro reo*²²⁷.

El límite entre lo que se considera interpretación análoga de la ley penal y la interpretación extensiva de la misma será resuelto por el sentido gramatical del texto del ordenamiento jurídico penal.

El texto de la norma jurídica es el marco que regula el límite extremo de interpretación, la evaluación del intérprete no puede desbordarse del sentido literal de la norma penal. Pero señala Bacigalupo que el mero texto

²²⁶ **MIR PUIG, Santiago.** Óp. Cit., p. 124.

²²⁷ **BACIGALUPO, Enrique,** *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Primera Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 79.

de la ley sería un medio útil para la interpretación si no se requiriera de la valoración del juez.

En la actualidad, la posición en boga acerca del sentido que debe darse a la ley penal es la del método teleológico en donde el texto de la ley no tiene más importancia que la decisión valorativa que realiza el juez penal, pues este *debe buscar “el sentido razonable inmanente de la ley”*²²⁸.

La interpretación de la ley penal debe separarse de la voluntad histórica del legislador, porque es de esta forma que la ley puede seguir teniendo vigencia en el presente y someterse a las exigencias de las condiciones actuales. La tarea del juez es descubrir el espíritu real de la ley, mas no crear nuevo derecho, pues esta atribución le corresponde al legislador.

1.3. Certeza de la Conducta Prohibida.

Según Jaén Vallejo, *“el principio de legalidad es una exigencia básica del Estado de Derecho, en el que el ciudadano tiene el derecho a saber, en todo momento, lo que puede hacer (ámbito de lo lícito) y lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido), así como lo que sucederá (consecuencias jurídicas) si se realiza una conducta penalmente prohibida. Más allá de lo que permite el principio de legalidad, el Estado carece de legitimación y no puede sancionar ninguna conducta”*²²⁹.

A diferencia de los dos apartados anteriores, de acuerdo a lo manifestado por BELING²³⁰, el mandato de certeza no se dirige hacia el juzgador, sino al legislador ya que en la medida que las conductas penadas

²²⁸ Esta nueva perspectiva sobre el tema se conoce como “crisis de la prohibición analógica”. Véase en BACIGALUPO, Óp. Cit., p. 87.

²²⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel, óp. cit, p. 24

²³⁰ BELING, citado por MARTÍNEZ LÁZARO, Javier, óp. cit. p. 118-119

se describan de forma clara, inequívoca y exhaustiva, el ciudadano y el juzgador tendrán certeza de lo permitido y lo prohibido, evitando que éste último abuse de la indeterminación de la norma y transgreda los derechos y garantías del primero²³¹.

La inobservancia de este principio radicaría en una errónea inclusión o exclusión de parte del juzgador; de ciertos hechos dentro de un cuadro fáctico tipificado como delito, vulnerando la Garantía de Tipicidad, lo que genera una inseguridad jurídica en la administración de justicia. (Vid Infra Capítulo V).

Con base en lo anterior y, en virtud de que el sujeto protegido con el principio de legalidad es el ciudadano, se considera como un bien necesario, que garantiza la seguridad jurídica, como fin fundamental de todo Estado, puesto que permite en primer lugar, que todo funcionario actúe sujeto a la ley, conforme a las atribuciones que la misma ley establece, y en segundo lugar, la certeza de que ningún ciudadano pueda sufrir cambios en su situación jurídica, sin que dicha circunstancia se encuentre previamente regulada en la ley.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA GARANTÍA DE TIPICIDAD.

Hablar de tipo y tipicidad conlleva dos conceptos íntimamente relacionados con el ya mencionado principio de legalidad; Membreño Jiménez, en cuanto a la relación existente entre el principio de legalidad y la garantía de tipicidad; lo dicho por este reza de la siguiente manera: *“Principio de tipicidad y principio de legalidad son dos caras de una misma moneda, estableciéndose entre ambos una relación interdependiente en el sentido que*

²³¹ En palabras de BACIGALUPO, estas exigencias *“tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe”*. Véase BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 126 y siguientes.

*el primero (tipicidad) es el que desarrolla en la Teoría del delito el principio de legalidad a partir del tipo penal, concepto que introduce en el derecho penal Ernest Beling, a principios de 1900 con el afán de descomponer la tipicidad*²³².

Con esta afirmación el autor nos presenta una relación de causa y efecto entre ambos principios; dado que si para todo Estado Democrático de Derecho es imperativo asegurar el bienestar y convivencia pacífica de sus habitantes y por ende brindar de seguridad jurídica a las relaciones ínter subjetivas que entre estos se generen y la una solución eficaz a los eventuales conflictos que se susciten entre ellos²³³, es en esa consonancia que el Estado acudiendo al derecho penal como ultima ratio debe a través de la garantía de tipicidad hacer efectivo ese mandato constitucional asegurando con la conminación de penas aquellos comportamientos que trasgredan o pongan en peligro la convivencia pacífica de los miembros de cada sociedad.

Ahora resulta indicado establecer qué se entenderá por estas dos categorías, es por ello que acudiendo a la doctrina se presentan las siguientes definiciones:

a) Tipo: ²³⁴ “Es una *expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma en sentido*

²³² **MEMBREÑO JIMÉNEZ, José Ricardo**, Ensayos para la Capacitación Penal: Aspectos Generales de la Tipicidad, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2004, pp.137-141.

²³³ **CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, ARTICULO 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

²³⁴ **BACIGALUPO, Enrique**, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Tercera Reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe-Bogotá, Colombia, 1996, p. 80.

estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma". Tipo por ende es la conducta que el legislador ha descrito como delito o falta.

b) Tipicidad: *"Es una cualidad atribuida a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. Según esta acepción, la tipicidad sería el proceso de adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace por la ley penal en cada especie de infracción (tipo penal)"²³⁵.*

En pocas palabras se dice que la tipicidad es la adecuación que de una conducta en concreto se hace en relación al supuesto abstracto contenido en el tipo penal. Por lo que si una acción u omisión cumple con los elementos que el legislador ha descrito en la ley penal la conducta es típica, de no ser así la conducta resultará atípica a efectos penales.

Resulta cuestionable el hecho siguiente: ¿con la sola descripción en abstracto de conductas consideradas como delitos o faltas en el Código Penal, se cumple a plenitud con la garantía de tipicidad?

Intentando dar respuesta a la interrogante anterior y habiendo dejado establecida la diferencia entre los conceptos presentados bajo esa premisa el tipo debe cumplir con tres funciones según lo establecido en la doctrina.

Las funciones que cumple el tipo son claramente planteadas por Roxin:

A) *Una función sistemática: que implica el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata; o sea, para el "daño de una cosa ajena", para la "acción de matar a una persona", etc."*

²³⁵ NAVAS CORONA, Alejandro, *Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal Ley 599 de 2000*, Primera Edición, SIC Editorial Ltda., Bucaramanga Colombia, 2003, p.19.

B) Función dogmática: la cual es autónoma del tipo, y desvinculada de su función sistemática general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo.

C) Una función político criminal: que radica en su "función de garantía" requerida. Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio "nullum crimen sine lege". Es con las expresiones que el Derecho penal es un Derecho penal del tipo y no de la actitud interna, o que predominantemente es Derecho penal del hecho y no de autor tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado político criminal del tipo²³⁶.

Por ello se puede expresar que, partiendo de la función sistemática que implica la comprensión de lo que constituye la conducta ilícita de cada tipo; o dicho en otras palabras, el tipo cumple con una función seleccionadora consistente en determinar los comportamientos humanos constitutivos de ilícitos penales, la delimitación de los elementos del tipo requiere excluir del concepto de este a los elementos de la antijurídica: la falta de antijuridicidad no excluye la tipicidad. Igual la importancia conlleva el conocimiento de los elementos que configuran el ilícito penal (función dogmática) y la función de garantía que implica que solo las conductas activas u omisivas que se enmarquen dentro de los supuestos de hecho del tipo penal pueden ser comportamientos con relevancia penal.

Es importante recalcar lo relativo a la garantía de la función de la tipicidad, en cuanto a que se ha afirmado que solo serán considerados como de importancia para el derecho penal aquellas conductas que cumplan con los

²³⁶ **ROXIN, Claus**, *Derecho Penal, Parte General* Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, traducción por: Diego Manuel Luzón Peña, Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid España 1997, pp.277-279.

presupuestos del tipo penal en cada caso, es así como tratándose nuestro derecho penal de un derecho de acción, por lo que para la configuración de los ilícitos penales como lo expresa Bacigalupo²³⁷, es necesario tomar en cuenta la situación de hecho en la que el autor realiza la acción que configuran el ilícito penal, y es en correspondencia a dicha acción que el legislador debe establecer los elementos fácticos que configuran cada delito, siendo dichos elementos los siguientes:

a) Elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, o tocarlos, u oírlos, etc. Ejemplo de elemento descriptivo es "cosa mueble" en el delito de hurto (art.207 Pn).

b) Elementos normativos son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: puros conceptos jurídicos, como el "cheque", "ardid" en la estafa (art. 215 Pn), "alterar" en la falsificación (art. 283 Pn), "manipulación" en la estafa agravada (art. 216 N°5 Pn), se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la "valoración paralela en la esfera del lego". También pertenecen a la categoría de los elementos normativos los elementos que requieren una valoración empírico-cultural del autor, como la "el honor", "las buenas costumbres" etc.²³⁸.

Es en los elementos objetivos, sin desmerecer el elemento subjetivo (dolo o culpa) que cobra relevancia la función de garantía en la tipicidad, ya que en la actualidad con el afán de dar respuesta a toda conducta que se aprecia contraria al ordenamiento jurídico; es que los aplicadores de justicia adecuan de manera forzada las conductas concretas a los tipos penales ya existentes, como sucede en nuestro medio que una conducta que por

²³⁷ **BACIGALUPO, Enrique**, Óp. Cit., pp. 83-85

²³⁸ *Ibidem* p. 84.

implicar una lesión o peligro al bien patrimonio en la cual se ven involucrados instrumentos o documentos privados como tarjetas de crédito, medios automatizados como el POS, cajeros automáticos etc., suele tipificarse como estafa agravada²³⁹ (Art. 216 numeral 5 Código Penal) dicha conducta sin haberse realizado con detenimiento un correcto juicio de tipicidad en el cual se dé un verdadero significado a los elementos que configuran los tipos penales, específicamente el elemento normativo consistente en manipulación realizando con ello una vulneración al principio de legalidad y la prohibición de interpretaciones analógicas y/o extensivas, aspecto de cual se hablará Infra en este capítulo.

Uno de los problemas al acoplar una conducta en una descripción típica es cuando se presenta no un solo hecho típico, sino varios hechos típicos, de los cuales podrían considerarse tanto un concurso real o un concurso ideal; el concurso real comprende la concurrencia de varios hechos que pueden determinar varios delitos y; el concurso ideal se manifiesta cuando una sola conducta puede adaptarse en varios tipos penales.

La doctrina responde a esta cuestión, proponiendo la realización de un análisis de la unidad del hecho, ya que definiendo el factor final de la acción y el factor normativo, es decir la estructura del tipo delictivo en cada caso particular puede concluirse ante qué clase de concurso se encuentra.

En estos casos, la solución, viene planteada en la misma ley, es decir, *la unidad del hecho depende de la unidad del tipo*²⁴⁰. Para el caso que puede citarse como ejemplo: la falsificación de un documento público o auténtico, con la finalidad de causar un perjuicio a través de la utilización del mismo. Dicha circunstancia se resuelve por el concurso medial.

²³⁹ Vid Supra Cap. IV 3.3.5 Estafa Informática

²⁴⁰ **MARTIN GARCÍA, Pedro**, *Falsedad y Estafa*, en AA. VV., Cuadernos de Derecho Judicial, Poder General Español "Falsedad y Defraudaciones", Madrid, España, 1995, p. 59

Distinto el panorama, cuando se presenta un hecho que “aparentemente” encaja en varios tipos delictivos, lesionando un mismo bien jurídico penal; tomando en cuenta el anterior entrecomillado, se refiere a que no es cierto que ese hecho en específico se integre inequívocamente a varios preceptos típicos, ya que existe, dentro del supuesto fáctico, una circunstancia que al ser descubierta, con el auxilio de criterios o principios de interpretación, se concluye que solamente una de las descripciones penales puede ser aplicable, excluyendo de esa forma, a las demás²⁴¹.

Se conocen entonces, los principios de especialidad, de subsidiariedad y consunción.

Ej.: La falsificación material en documento privado, se aplica la subsidiariedad donde la tipicidad requiere la voluntad de perjudicar a tercero patrimonialmente y el delito perseguido como fin requiera el engaño al igual que en la estafa, lo cual debe ser resuelto mediante un concurso aparente de normas. (Falsificación material y estafa, en relación a ello Vid Supra Capítulo. IV, 4.4.1. La falsificación material y los concursos de leyes y concurso de delitos).

3. DE LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO ATÍPICOS: CLONNING, KEYLOGGING, SPYWARING Y PHISHING.

Sin el afán de insistir en aspectos ya resueltos en los capítulos precedentes, es viable realizar un recuento de aquellos elementos prácticos y doctrinarios sobre la Tarjeta de Crédito y su incidencia en el tráfico mercantil, a efectos de fundamentar de manera clara y concisa la necesidad o no necesidad de la tipificación de algunos uso indebidos de tarjetas de crédito.

²⁴¹ **CASTELLO NICÁS, Nurias**, “Los Concursos de Leyes Penales”, Primera Edición, Editorial Comares, Granada, 2000 pp., 47-50

Hecha la aclaración, es oportuno referirse a una de las consecuencias de la modernización de la tarjeta de crédito, es decir, a la desmaterialización de la misma. Si bien es cierto en la actualidad gracias a la tecnología, la masificación del uso de internet etc., el titular de una tarjeta de crédito no requiere que la misma sea exhibida para la adquisición de un determinado bien o servicio, transferencias de activos y demás operaciones que este puede llevar a cabo; sin embargo, suele llamarse “utilización incorpórea o desmaterializada” de la tarjeta de crédito en virtud que para la realización de una transferencia de activos, no se requiere la exhibición de dicho documento, ya que la misma existe desde el momento en que la institución bancaria ha concedido una cuenta de apertura de crédito con emisión de tarjeta de crédito. La aclaración anterior se vuelve necesaria por motivos que en este apartado se hablará de aquellas conductas de los usos indebidos atípicos donde no se materializa la utilización de la tarjeta de crédito y, que lo que se pretende es obtener datos confidenciales en torno a la misma; como lo son: EL PHISHING, EL KEYLOGGING Y EL SPYWARING. Respecto al CLONNING, no aplicaría tal distinción, puesto que su objetivo es materializar en un documento privado falso aquellos datos confidenciales obtenidos por cualquiera de los medios lícitos o ilícitos ya descritos.

3.1. Elementos comunes de los usos indebidos atípicos:

a) La conducta realizada por un tercero no legitimado, consistente en la utilización de medios informáticos o artefactos automatizados idóneos para adquirir fraudulentamente información confidencial del tarjetahabiente y/o Número de Tarjeta de Crédito, Número Secreto (PIN), etc.

b) La obtención de datos confidenciales, es decir, que necesariamente son datos de uso exclusivo del tarjetahabiente, restringido, la mayoría de veces, para el personal de la entidad bancaria emisora.

c) La posibilidad inminente de causar un perjuicio económico al tarjetahabiente o a la entidad emisora de tarjetas de crédito a partir de los datos obtenidos, ya que dicha información es necesaria para el acceso a la cuenta de apertura de crédito del tarjetahabiente, pudiendo manipularla de manera que obstruya el acceso al legítimo titular de la cuenta.

d) La posibilidad inminente de obtener un lucro para sí o para un tercero, cuando al poseer la información, se logró una herramienta para la adquisición de bienes y servicios en línea o transferencia de activos de una cuenta a otra.

Nótese que se hace referencia a una “posibilidad inminente”, puesto que para que se constituyan dichos usos indebidos atípicos no se requiere que se haga efectivo un perjuicio económico del tarjetahabiente ni un lucro para el tercero impetrante u otra persona, basta con que se obtengan los datos confidenciales y exista la posibilidad que se haga uso de ellos. Dicho lo anterior, vale decir que sí existe un bien jurídico tutelable ante la comisión de las conductas atípicas estudiadas; frente a esta situación es indicado referirse a la necesidad o no, de la protección de este bien jurídico por el Derecho Penal a través de la tipificación de dichas conductas que por el momento en nuestra legislación, no pueden ser consideradas hechos delictivos.

Con la aparición de nuevas conductas que violentan bienes jurídicos penales, se proponen soluciones jurídicas que den respuestas represivas, cuando los mecanismos judiciales civiles y mercantiles no son suficientes para contrarrestar las exigencias de la sociedad actual. Ante tal escenario, se considera viable la adopción de dos vías:

1) La cualificación de tipos penales ya existentes o la inclusión de supuestos de hecho dentro los mismos.

2) La creación de nuevos tipos penales autónomos.

A continuación se expondrá las vías a las que diferentes países, principalmente del continente Europeo como Alemania y España, así como países latinoamericanos (México, Argentina, Costa Rica) han recurrido para dar solución a la problemática de los usos indebidos de las tarjetas de crédito.

4. DERECHO COMPARADO.

4.1. Alemania

El Derecho Penal Alemán es considerado como uno de los pioneros al momento de tipificar nuevas conductas, no solamente en el caso de adoptar como delito autónomo el fraude informático, excluyéndolo de una de las circunstancias agravadas de la estafa, sino también, creando tres tipos penales referidos al acceso, obtención y uso no autorizado de datos informáticos, como es el caso de “Espionaje de Datos”²⁴², “Interceptación de Datos”²⁴³ y, “Actos Preparativos para el Espionaje e Interceptación de Datos”²⁴⁴.

²⁴²“StGB. 202 a. (1) Quien sin autorización se procure para sí o para otro, datos que no estén destinados para él y que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa. (2) Datos en el sentido del inciso 1, son solo aquellos que se almacenan o transmiten en forma electrónica, magnética, o de otra manera en forma no inmediatamente perceptible. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf>

²⁴³ “StGB. 202 b. Quienquiera que ilegalmente intercepte datos (sección 202a (2)) no destinados a él, para sí o para otro, mediante técnicas de instalación de procesamiento de datos no públicos o de la emisión electromagnética de una instalación de procesamiento de datos, será castigado con prisión de no más de dos años o una multa, a menos que incurra en el delito una pena más severa virtud de otras disposiciones.” Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf>

²⁴⁴“ StGB. 202 c. Actos preparatorios de espionaje e intervención de datos (1) Todo aquel que prepara la comisión de un delito en virtud de la sección 202a o 202b sección produciendo, adquiriendo para sí u otro, la venta, el suministro a otro, difundir o hacer accesibles de otro modo contraseñas u otros códigos de seguridad que permitan el acceso a los datos (sección 202a (2)), o el software con el propósito de la comisión de tal delito, será

Aunque no aluden específicamente a las claves secretas de las tarjetas de crédito y demás información reservada, el tipo del StGB. 202 b. “Interceptación de datos”, describe elementos que pueden ser cotejados con los hechos fácticos de los usos indebidos atípicos, como lo es el PHISHING, SPYWARING Y KEYLOGGING.

A manera de ejemplo, cuando establece que dicha conducta puede realizarse por medio de una intervención a un procesador de datos informático o un procesador de datos electromagnético, se puede inferir a una manipulación informática a través de un programa espía o a través del keylogger, aparato que se encarga de copiar y transmitir información electromagnéticamente. Incluyendo en tales circunstancias los programas que simulan pertenecer a la entidad emisora de tarjetas de crédito y solicitan a los tarjetahabientes “urgentemente” información sobre sus tarjetas, tal es el caso de “PHISHING”. Asimismo, se reprochan las acciones que permiten que las intervenciones informáticas de datos se perfeccionen, StGB. 202 c., cuando se tipifican los actos preparativos, como la producción, facilitación, venta, difusión de claves de acceso, los programas idóneos para la ejecución del delito, así como el Keylogger mismo.

Además se aplicará a este precepto, lo referido a la facilitación de “logos” y “distintivos” que indiquen certeza o credibilidad del objeto del delito, así como también se despoja de responsabilidad penal a aquella persona que voluntariamente desiste de la comisión o destruyere los programas informáticos o los elementos necesarios para la fabricación o difusión de los aparatos de intervención de datos. –StGB 202 c (3) en relación con StGB 149 (2) y (3) -²

sancionado con prisión de no más de un año o una multa. (2) Se aplicará en consecuencia lo establecido en la Sección 149 (2) y (3). Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf>

Es de aclarar que estas conductas se encuentran dentro de la Sección Decimoquinta, relativa a la intimidad y zona secreta de la persona, y lejos están de configurarse como un delito de peligro contra el patrimonio, como en un principio de este epígrafe se enmarcaron los usos indebidos atípicos.

Lo cierto es que, tales delitos fueron creados de manera que se reprochará cualquier tipo de intervención, sin determinar qué clase de datos fueron intervenidos, lo importante, vale resaltar, es el acceso no autorizado, o la intervención ilícita de datos privados o “no públicos” sobre una persona. Sin valorar hasta esta etapa del inter criminis si se causó o no, un perjuicio económico al sujeto pasivo.

Respecto a la falsificación de tarjeta de crédito – CLONNING-, en el artículo StGB 152 a. regula lo que se denomina “La Falsificación de Tarjetas de Pago, Cheques y Letras de Cambio”²⁴⁵. En cuyo texto se tipifica aquellas conductas que con el ánimo de engañar dentro de las relaciones jurídicas:

a) Altere o imite de tarjetas de pago o cheques.

b) Ofrezca en venta, procure el uso para sí o para un tercero las tarjetas de pago o cheques alterados o imitados.

²⁴⁵ Sección 152a falsificación de tarjetas de garantía EuroCheck y cheques en blanco (1) El que, con el propósito de engaño en las relaciones jurídicas o para hacer tal engaño posible: 1. falsificaciones o altere tarjetas de pago nacionales o extranjeras o Eurocheques en blanco, o 2. procura para sí o para otro, ofrece a la venta, da a otro o utiliza este tipo de tarjetas falsificadas o cheques en blanco, será castigado con prisión de uno a diez años. (2) Si el autor actúa en el contexto de una empresa comercial o como miembro de una pandilla que se ha combinado para la comisión continuada de delitos en virtud del inciso (1), entonces la pena será de prisión de no menos de dos años. (3) En los casos menos graves del párrafo (1), prisión de tres meses a cinco años se impondrá, y en casos menos graves del párrafo (2), prisión de uno a diez años, (4) Las tarjetas de pago en el sentido de la subsección (1) será de tarjetas de crédito, tarjetas de EuroCheck u otras tarjetas: 1. que hacen posible para inducir a que el emisor efectúe un pago garantizado por la transferencia de dinero, y 2. que estén especialmente protegidos contra la imitación a través del diseño o codificación. (5) Artículo 149, en la medida en que se refiere a la falsificación de dinero, y la Sección 150 inciso (2), se aplicarán en consecuencia. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf>

Además indica que se aplicará lo referido a los actos la falsificación de moneda cuando se trate de los materiales necesarios para la comisión del delito y a la confiscación de dichos materiales.

Es viable afirmar que, las conductas que no se encuentran recogidas por la norma penal salvadoreña, si son reguladas expresa y ampliamente por la legislación penal alemana. (StGB 152 a; 202 a; 202 b; 202 c, en relación con el 149 y 150 (2).

4.2. España.

Antes de 1995 en España no existía un tipo penal en donde se hubiese podido encajar las conductas de PHISHING, KEYLOGGING Y SPYWARING.

La reforma a la legislación penal consistió en añadir al tipo penal de estafa en el artículo 248 numeral segundo un supuesto que describiese específicamente aquellas conductas que utilizan estructuras electrónicas para realizar transferencias de fondos de forma ilícita. Se incluye entonces el tipo de estafa informática de la siguiente manera: *“También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”*. Esta nueva modalidad de estafa se distinguiría de la convencional por el cambio de elemento “engaño” al de “manipulación”, es decir, aquellas acciones que alteren el resultado final del procedimiento automatizado del sistema de las tarjetas de crédito y provoquen una transferencia de fondos no consentida. Aunque el legislador ha dejado un amplio criterio acerca de lo que deberá interpretarse como manipulación, las conductas más comunes consideradas manipulación informática son la alteración de programas o violación de sistemas de seguridad informáticos y la introducción de información falsa.

No obstante de que el ataque más grave a la relación comercial que existe entre los sujetos que intervienen legítimamente en el sistema de tarjetas de crédito es precisamente sea que por medio de la manipulación se efectúe el perjuicio patrimonial, el legislador creyó necesario prever y amenazar con pena aquellas conductas que, aunque no por sí mismas, facilitaran o hicieran posible la comisión de estafa informática, por ejemplo, la creación de programas que se encarguen de recolectar datos de forma ilegítima. Así, el numeral tercero del artículo 248 determina que *“la misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”*. Se refiere este párrafo a las conductas previas a la comisión de la estafa, en donde aún no se han realizado los actos de ejecución encaminados a provocar la transferencia de activos, sino simplemente a la elaboración de los medios necesarios para burlar el sistema informático.

Respecto a la conducta de “clonning”, la legislación penal española describe un tipo penal autónomo de “falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje” (artículo 399 bis Código Penal): No se limita a reprimir la alteración de tarjetas de crédito provocando la falsificación de la misma, sino, que también reprime aquellas conductas que –a sabiendas de la falsedad del documento aún sin haber intervenido en la alteración del mismo- inserten la tarjeta de crédito en el tráfico comercial, utilizando la tarjeta falsificada.

En contraste con la legislación penal salvadoreña, en España se regula expresamente la estafa informática. La diferencia más importante es la preocupación en este país por incluir la utilización indebida de tarjetas de crédito como un tipo penal específico, en donde el uso de estos documentos privados es parte de los elementos objetivos del tipo. El Código Penal

salvadoreño sí regula las manipulaciones informáticas como agravantes de la estafa, pero no regula de forma precisa las estafas cometidas mediante las operaciones que son posibles realizar por medio de dichos instrumentos. Regula además el Código Penal español, un tipo penal específico de falsificación de tarjetas de crédito, evitando así la problemática que existe en la legislación salvadoreña de adherir el elemento especial de ánimo de perjudicar a un tercero con la conducta de alteración del documento.

4.3. México.

En México el legislador pensó conveniente la creación de un tipo penal que castigue la falsificación y utilización indebida de documentos de crédito público y documentos relativos al crédito, establecido en el artículo 240 Bis del Código Penal Federal que reza de la siguiente manera: “*Se impondrán de tres a nueve años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa al que, sin consentimiento de quien esté facultado para ello: I. Produzca, introduzca al país, enajene, aun gratuitamente, o altere, tarjetas o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios, para disposición de efectivo, o esqueletos de cheque; II. Adquiera, con propósito de lucro indebido, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción anterior, o III. Posea o detente, sin causa legítima, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción I. Las mismas penas se impondrán a quien utilice indebidamente información confidencial o reservada de la institución o persona que legalmente esté facultada para emitir los objetos a que se refiere la fracción I de este artículo. Las sanciones previstas se aplicarán con independencia de las que correspondan por cualquier otro delito cometido utilizando los objetos a que se refiere la fracción I de este artículo. Si el sujeto activo es empleado del ofendido, las penas se aumentarán en una mitad*”. Este delito es el idóneo para castigar la conducta indebida de tarjetas de crédito denominada “*clonning*”, siendo los elementos del tipo la alteración

de las tarjetas y el ánimo de lucro que se ostenta al realizar transferencia de fondos con las mismas.

Respecto a las conductas de “KEYLOGGING” y “SPYWARING”, el legislador ha presupuesto de forma genérica en el artículo 211 bis 1 inciso segundo que “*al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa*”. Se amenaza con pena el sólo hecho de acceder a información sin la autorización de quien tiene el acceso legítimo a ella, pero en ningún caso hace referencia a la utilización de la información, implica que está castigando el peligro de poseer información que podría dañar un bien jurídico, pero tampoco hace referencia a que esta información utilizada indebidamente pueda llegar a dañar el patrimonio de una persona.

El Código Penal Federal de México dedica en el Libro Segundo Título Décimo Tercero “Falsedad”, un Capítulo completo acerca del uso indebido de tarjetas de crédito, no se limita a adecuar estas conductas en un tipo penal de estafa, sino que dentro de las falsedades regula todas las conductas indebidas relativas al uso de la tarjeta de crédito.

4.4. Argentina.

En el Código Penal Argentino por medio de la ley N° 25.930, sancionada por el Congreso Nacional el 25 de agosto de 2004, promulgada por el Poder Ejecutivo el 17 de septiembre de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el día 21 del mismo mes, agrega al Art. 173 del Código Penal el inciso 15²⁴⁶ una reforma consistente en una forma especial de defraudación en la

²⁴⁶ PRATTO, Jorge Alejandro, Ponencia titulada: *La utilización ilícita de tarjetas de crédito mediante operaciones automáticas: a propósito de la reciente incorporación del inciso 15 al artículo 173 del Código Penal Argentino*, Universidad de Buenos Aires Argentina, pp.4-7.

cual aspecto particular es la utilización de tarjeta de crédito, dicho inciso literalmente expresa: *ARTICULO 173: N° 15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930, B.O. 21/9/20042.*

Hecho importante a destacar en el sentido de la aludida reforma, es que la conducta para que sea típica debe emplearse con antelación una conducta que en nuestro país es atípica y esta es EL CLONNIG, ya que el inciso citado expresa: una tarjeta (...) que hubiere sido falsificada, así como también el elemento consistente en la utilización de una operación automática, los aspectos ya discutidos en esta investigación lo han sido además en el país de Argentina a raíz de dicha reforma, principalmente en cuanto al elemento “ERROR” en el delito de estafa, ello debido a que las reformas tendentes a dar respuesta a los usos indebidos de tarjetas de crédito son ubicados por los legisladores en los títulos de las defraudaciones, argumentando la doctrina en Argentina: *si lo que se buscó el legislador con la incorporación de la norma fue brindar mayor seguridad al público usuario del sistema de tarjetas magnéticas, la errónea tipificación de la conducta reprochable no parece ser la vía correcta para alcanzar ese fin. Por el contrario, la desacertada regulación ahora vigente traerá sin dudas complejas discusiones, puesto que seguir a rajatabla la letra de la ley implicará violentar reconocidos principios del derecho penal*²⁴⁷.

En el Código Penal Argentino se ha incorporado, por medio del *art. 9° de la Ley N° 26.388 B.O. 25/6/2008*, otro caso de defraudación especial en la

²⁴⁷ *Ibidem* p.11

cual se ha establecido: *“Art.173 N° 16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”*.

Para dicho supuestos los argumentos en contra siguen siendo los mismos que el antes mencionado, por considerar que un sistema informático no puede ser engañado y por ende no puede ser visto como estafa por no concurrir en persona alguna el error como consecuencia del engaño.

A manera de recapitulación entre el Código Penal Argentino y el salvadoreño, se destaca lo siguiente:

a) En El Salvador no existe un tipo penal que establezca expresamente la falsificación de tarjeta de crédito, sino que para amparar la falsificación de esta, únicamente puede serlo a través de la falsificación material de documento privado.

b) En cuanto a la manipulación informática, el Código Penal Argentino lo establece como un tipo de defraudación especial, es decir un tipo básico y el legislador salvadoreño lo ha colocado como un delito cualificado de estafa.

4.5. Costa Rica.

En el Código Penal de Costa Rica, a diferencia del nuestro se tipifica como delito la conducta del CLONNING, ello se justifica a partir de lo que para el legislador de ese país debe considerarse como la naturaleza de la tarjeta de crédito, y ello dado que la tarjeta de crédito es vista como moneda, así lo contempla *“Sección II Falsificación de Moneda y Otros Valores, Artículo 368. Para los efectos de la aplicación de la ley penal quedan equiparados a la moneda: 2.- Las tarjetas de crédito o de débito”*. El artículo 366 establece *“Será reprimido con prisión de tres a quince años, el que falsificare o alterar moneda de curso legal, nacional o extranjero, y el que la*

introdujere, expidiere o pusiere en circulación. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 364 al 366). Citado los preceptos penales en comento, se puede decir que en dicho Código Penal el hecho de falsificar una tarjeta de crédito ha sido considerado como de necesaria tipificación, presentando dos conductas a ser consideradas típicas, la primera la acción de falsificar la tarjeta y la segunda el que habiéndola recibido la introdujere, expidiere o pusiere en circulación.

El siete de junio de 2012, fue aprobado por parte de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica un Proyecto de Reforma denominado “REFORMA DE VARIOS ARTÍCULOS Y MODIFICACIÓN DE LA SECCIÓN VIII, DENOMINADA DELITOS INFORMÁTICOS Y CONEXOS, DEL TÍTULO VII DEL CÓDIGO PENAL”, de los cuales no se analizaran todos en su conjunto, sino aisladamente el que para objeto de reforzar la investigación coadyuven a esto, es así como citando el Artículo 3 del proyecto de reforma establece: Modificase la sección VIII del título VII de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas; se corre la numeración de los artículos subsiguientes. *El texto dirá: “Artículo 233.- Suplantación de páginas electrónicas:*

“Se impondrá pena de prisión de uno a tres años a quien, en perjuicio de un tercero, suplante sitios legítimos de la red de Internet.”

La pena será de tres a seis años de prisión cuando, como consecuencia de la suplantación del sitio legítimo de Internet y mediante engaño o haciendo incurrir en error, capture información confidencial de una persona física o jurídica para beneficio propio o de un tercero”. *A la lectura del tipo penal “suplantación de páginas electrónicas”, parece ser que en Costa Rica sirvió de presupuesto de los usos indebidos de las tarjetas de*

crédito el referente al PISHING, esto se manifiesta dado que al analizar los elementos constitutivos del tipo penal, este cumple con los requisitos del phishing, con la variante que se ha establecido en el precepto, “en perjuicio de tercero”, elemento que no es requerido en el uso indebido atípico mencionado, por lo que no puede afirmarse fehacientemente que el phishing como tal cuenta con una regulación expresa en el Código Penal Costarricense.

En cuanto al Código Penal salvadoreño y el costarricense existen, a simple vista, diferencias en cuanto a la tipificación de los usos indebidos de las tarjetas de crédito, entre estas se pueden resumir:

- a) En El Salvador la tarjeta de crédito no es considerada moneda,
- b) En nuestro país CLONNING no es considerado delito si este no se hace acompañar por el elemento subjetivo del sujeto activo; consistente en el ánimo de causar un perjuicio a un tercero.
- c) El PHISHING no es típico de ilícito penal en El Salvador, tampoco en Costa Rica; salvo que se configure en perjuicio de tercero.

En los ordenamientos jurídicos de los países anteriormente relacionados, se advierte la preocupación por proteger bienes jurídicos penales ante emergentes conductas lesivas, con el objetivo de solventar problemas de interpretación de la ley penal, evitando interpretaciones contradictorias o análogas que transgreden el principio de legalidad y la garantía de tipicidad.

5. NECESIDAD O NO NECESIDAD DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS USOS INDEBIDOS ATÍPICOS EN EL SALVADOR.

A partir del anterior razonamiento emergen las siguientes interrogantes: Para la efectiva protección penal de dicho bien jurídico, ¿basta que se efectúe una interpretación extensiva de los tipos penales? Si no

basta, ¿es necesaria la tipificación de dichas conductas dentro de un tipo penal cualificado o un tipo penal autónomo?

Se ha dicho en el capítulo que antecede que existen conductas de uso indebido de las tarjetas de crédito que sin problema pudieron adecuarse a tipos penales tradicionales. Sin embargo también se descubrió que hay conductas cuyos supuestos fácticos no logran encajar en ninguno de los delitos descritos en la legislación penal. Estas conductas son el CLONNING y el grupo de usos indebidos referidos a la obtención fraudulenta de datos de tarjetas de crédito (SPYWARING, KEYLOGGING, PHISHING).

En el estudio realizado se demostró que no fue posible interpretar siquiera de forma extensiva el tipo penal porque los supuestos de la conducta no están previstos en la ley. Intentar enmarcar las acciones SPYWARING, KEYLOGGING Y PHISHING dentro del artículo 216 numeral cinco del Código Penal sería un error porque el concepto de “manipulación” no engloba en ningún sentido el mero uso de la informática o aparatos mecánicos como instrumento para llevar a cabo la obtención de datos.

El elemento “manipulación” comprende únicamente la alteración de un sistema informático para transferir activos patrimoniales; una interpretación que va más allá de este límite constituiría una interpretación análoga del tipo descrito. En el caso del SPYWARING existe una alteración en el funcionamiento normal de un programa de banco de datos, pero dicha alteración no provoca una transferencia inmediata y directa de activos hacia el autor o un tercero porque la alteración se dirige a la obtención de datos, no a la transferencia de fondos, así que no existe la relación causal exigida.

Respecto al CLONNING se concluyó que esta conducta no puede adecuarse al artículo 283 inciso segundo del Código Penal en virtud de que el hecho de hacer o alterar total o parcialmente una tarjeta de crédito no es

suficiente, el legislador requiere para la consumación del delito que además el dolo se haga acompañar de un elemento especial: “el ánimo de causar perjuicio a un tercero”. Esta vez ni siquiera se está interpretando extensivamente los elementos del tipo penal, sino que hace falta que se configure un elemento especial del tipo.

Sea porque se aplique la analogía en la interpretación de los tipos penales o sea porque se inobservada la concurrencia de alguno de los elementos de los mismos, la consecuencia es la violación al principio de legalidad, con ello la contravención a la garantía que protege a toda persona de que la conducta que se le atribuya debe estar previamente escrita de manera clara y precisa (Vid Supra Cap. V, 1.2 Prohibición de Analogía).

Dada la respuesta a la primera de la pregunta, es atendible la propuesta de que SÍ ES NECESARIA una regulación penal que reprima tales conductas, el detalle está, en definir de qué manera el derecho penal debe incorporarlas, si a través de una cualificación de un tipo penal existente o a través de la creación de un tipo penal.

Dicha tipificación de las conductas consistentes en usos indebidos de tarjetas de crédito deben estar en completa concordancia con la garantía de tipicidad, dando cumplimiento a las funciones que esta misma implica, es decir, que independientemente se cree un tipo penal básico o un tipo cualificado que se debe considerar al efecto:

A) Función sistematizadora o función seleccionadora consistente en determinar los comportamientos humanos constitutivos de ilícitos penales, para el caso de las tarjetas de crédito, tener en consideración lo que es: “obtención fraudulenta de datos confidenciales”.

B) deben describirse de manera precisa e inequívoca los elementos objetivos que configuran el tipo penal de la obtención de datos

confidenciales, de los cuales resultan comunes para los usos indebidos (CLONNING, EL PHISHING, EL KEYLOGGING Y EL SPYWARING), los siguientes: “datos confidenciales” “obtención fraudulenta” “tarjetahabiente” “entidad emisora de tarjetas de crédito” “cuenta de apertura de crédito”, “legítimo titular de la cuenta”, “datos confidenciales”, “obtención de un lucro”.

C) Una de las funciones más importantes que lleva consigo la garantía de tipicidad es la consistente la función político criminal, lo que significa que de no cumplirse estrictamente con los supuestos de hecho del tipo penal, la conducta no será considerada como ilícito penal, que en el tema que nos ocupa es: obtener de manera fraudulenta datos confidenciales con la finalidad de obtener un lucro para sí o para un tercero.

6. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LOS USOS INDEBIDOS ATÍPICOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.

A continuación se describirán los nuevos supuestos fácticos que integrarían los supuestos legales a proponer. Por lo que se dejará de utilizar las denominaciones comunes de los usos indebidos por calificaciones jurídicas penales, de manera que se propone un cambio de denominación: de CLONNING a FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO y de PHISHING, KEYLOGGING Y SPYWARING a OBTENCIÓN FRAUDULENTE DE DATOS DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO.

6.1. De Clonning a Falsificación de Tarjetas de Crédito.

Se sugiere la creación de un tipo autónomo, inmerso dentro de los Delitos en contra de la Fe Pública, porque el legislador ha colocado la falsedad de documentos privados dentro de dicho apartado, aunque ya se estableció supra -Capítulo IV-, que con la falsificación de estos documentos no es esta lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico fe pública sino la confianza en el tráfico jurídico mercantil, con la intención de preservar una

coherencia con los verbos rectores del resto de delitos regulados en ese capítulo.

Entonces el bien jurídico protegido, sería la Confianza en el Sistema de Tarjetas de Crédito. Es por ello que en este apartado se deben presentar los elementos que configurarían el tipo “falsificación de tarjetas de crédito”, siendo estos los elementos objetivos (normativos y descriptivos) y el elemento subjetivo (dolo).

Elementos Objetivos del Tipo:

a) Descriptivos: En primer lugar se determina como verbos rectores: Producir, Alterar, Modificar, Copiar o Reproducir específicamente tarjetas de crédito o débito²⁴⁸.

b) Normativos: La idoneidad del documento falso. Tiene que existir la posibilidad de pueda manipularse la cuenta de apertura de crédito del tarjetahabiente. Debe tratarse de una verdadera llave de acceso a la cuenta.

Elemento Subjetivo del Tipo:

Con este nuevo tipo penal, el simple hecho de realizar un acto de producción, alteración o modificación de una tarjeta de crédito falsa, cuyo funcionamiento sea el idóneo para obtener un beneficio económico para sí o para otra persona en perjuicio de un tercero, puede ser reprimido, sin esperar que el daño al bien jurídico patrimonio sea efectivo. El uso de la tarjeta de crédito falsa, puede incurrir en otros tipos penales como hurto y estafa, recurriendo en un concurso ideal de delitos.

Siendo el dolo el elemento subjetivo dado que no cabe la posibilidad de atribuir el ilícito penal a título de culpa, en virtud que para obtener

²⁴⁸ Aunque las tarjetas de débito no constituyan objeto de estudio en esta investigación, es importante que se incluyan dentro de la propuesta del tipo penal debido a que cumplen funciones similares a las de crédito en el tráfico mercantil.

fraudulenta datos confidenciales de una persona, debe tenerse conocimiento y voluntad de realizar dicha conducta. Sin dejar a un lado el elemento especial del dolo consistente en el ánimo de lucro.

6.2. Obtención Fraudulenta de Datos del Sistema De Tarjetas de Crédito.

Ha resultado una ventaja en el desarrollo de este capítulo, la distinción de los elementos comunes de dichas conductas, lo que facilita el enfoque de los elementos que debería exigir el nuevo tipo penal, que a manera concreta se pueden resumir en: obtención fraudulenta de datos y posibilidad inminente de obtener un beneficio económico para sí o para otro en perjuicio de un tercero. En primer lugar, el nuevo tipo penal debe incorporarse en los delitos de las Defraudaciones, por tres razones:

a) Que existe un sistema de seguridad que intenta proteger los datos referidos a las tarjetas de crédito, que tanto las entidades bancarias como los tarjetahabientes –sujeto pasivo- confían en su efectividad al momento de detectar e impedir posibles vulneraciones.

b) Que el sujeto activo quebranta el sistema de seguridad del sistema de tarjetas de crédito, de tal manera que no sea posible detectarlo o impedir el ataque al banco de datos protegido.

c) Que el bien jurídico que se intenta proteger es el patrimonio, concretizado en el derecho de crédito del tarjetahabiente, el derecho de propiedad de los valores representados en dinero o anotaciones electrónicas y, la confianza en el sistema de tarjetas de crédito.

Elementos Objetivos:

a) Descriptivo: El verbo rector debe consistir en una obtención fraudulenta, entendiéndose como el acceso no autorizado a una base de

datos que contiene la información necesaria para tener control de la cuenta del contrato de apertura de crédito del sujeto pasivo, haciendo uso de medios informáticos y aparatos mecánicos que faciliten dicho acceso no autorizado.

b) Normativo: Uso de Medios Informáticos o Aparatos Mecánicos. Para efectos de este estudio, se entenderá por Medios Informáticos aquél “conjunto de las técnicas que se ocupan del tratamiento y la transmisión de información ayudados por ordenador”; y por Aparatos Mecánicos ha de referirse a aquellos dispositivos compuestos por piezas o elementos sólidos con el objeto de realizar movimientos por acción o efecto de una fuerza (por ejemplo: Lazo Libanés).²⁴⁹

Elemento Subjetivo:

Al igual que el caso de la Falsedad de Tarjetas de crédito, solo cabría exigir un comportamiento doloso. Además debe exigirse el elemento especial, consistente en el ánimo de obtener un lucro para sí o para otro en perjuicio de un tercero, puesto que se trata de información que permite fácilmente tener el control de la cuenta del contrato de apertura de crédito del tarjetahabiente como de la clave secreta, pudiendo hacer uso del crédito concedido al tarjetahabiente.

En ese mismo sentido, se debe exigir que el beneficio económico sea posible, es decir que, si la cuenta corriente se encuentra bloqueada o el monto permitido ha sido superado, no existe un peligro para el patrimonio del tarjetahabiente y por lo tanto se vuelve un delito imposible. Por tanto la intervención del derecho penal se presentaría de manera innecesaria e irrelevante para reprimir conductas que no ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos protegidos.

²⁴⁹ **MATAIX LORDA, Mariano y MATAIX HIDALGO, Miguel**, *Diccionario de Electrónica, Informática y Energía Nuclear*, Primera Edición, Ediciones Díaz de Santos S.A., Madrid, 1999, p. 292.

En cuanto a la formulación gramatical de los tipos penales anteriormente propuestos (FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO y OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE DATOS DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO) es tarea de la técnica legislativa, pero a partir de estudio exhaustivo sobre estas conductas, se ha considerado que estos son los elementos mínimos que cada tipo penal debería requerir para su configuración como ilícito penal.

7. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS PENALES RELATIVOS A LOS USOS INDEBIDOS DE TARJETAS DE CRÉDITO.

Para justificación de establecer como hechos delictivos determinadas conductas, debe tenerse en cuenta la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, teniendo presente la mutabilidad del concepto de este, lo que implica que la concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo, pero no estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico²⁵⁰. Y es precisamente lo que en el transcurso de esta investigación ha quedado evidenciado, como el uso de las tarjetas de crédito es una manifestación clara de los avances tecnológicos, lo cual coadyuva para la aparición de nuevas modalidades de criminalización.

Desde una perspectiva material, se puede apreciar que estas conductas, sin estar tipificadas en la legislación penal, causan un peligro al correcto funcionamiento de las relaciones jurídico mercantiles que se presentan en el sistema de tarjetas de crédito²⁵¹. Mas la necesidad de tipificar las conductas que en el transcurso de la investigación se han

²⁵⁰ **ROXIN Claus**, Óp. Cit. Pp.57-58

²⁵¹ En lo relativo a la antijuridicidad formal y material, véase: **ROXIN, Claus**, Derecho Penal Parte General, Óp. Cit. 558-562

denominado “usos atípicos de tarjetas de crédito”, se justifica en base al estricto respeto al principio de legalidad, dada la naturaleza del derecho penal como ultima ratio, no puede reprimirse una conducta por el hecho de producir una puesta en peligro o lesión a un bien jurídico, si dicha acción no se encuentra preceptuado de manera precisa e inequívoca en la legislación penal.(Vid Supra Capítulo V .1 Principio de Legalidad).

CONCLUSIONES

I

Dentro del amplio catálogo de formas de uso de tarjetas de crédito y sus implicaciones en la vida cotidiana, se encuentran aquellas conductas que atentan contra el correcto funcionamiento del sistema de tarjetas de crédito, cometidas no solamente por el emisor o por el comercial afiliado, sino también por terceros ajenos a los vínculos jurídicos que unen a tales sujetos. Esta última situación, supera el margen de riesgo que la estructura del sistema de tarjetas de crédito puede soportar, debido a que no existen mecanismos comerciales o administrativos idóneos para responsabilizar al tercero que desarmoniza las relaciones del sistema de tarjetas de crédito.

Las conductas que atentan directamente contra el sistema de tarjetas de crédito y que no entran en la estructura de previsión y protección de la norma son: Skimming, fingimiento de uso ilegítimo por el titular, Carding, Phishing, Keylogging, Spywaring, Clonning y Tarjeta Gemela; razón por la cual invita la participación del Derecho Penal para su protección.

II.

El Sistema de Tarjetas de Crédito se desarrolla en un escenario estrictamente comercial, cuyas interacciones tienen como fin último el incremento de activos y pasivos del patrimonio por lo que si el derecho penal interviene en la protección contra los ataques al sistema, en realidad se estaría protegiendo las interacciones comerciales resultantes del sistema de tarjetas de crédito.

Al realizar el análisis de tipicidad de los usos indebidos como suplantación de la identidad del tarjetahabiente, fingimiento de apariencia de bienes, y fingimiento de transacciones por parte del aceptante, dentro del

delito de Estafa, se afirmó que efectivamente se enmarcan dentro de la descripción típica del delito. Así como el uso indebido de fingimiento de uso ilegítimo, por parte del titular dentro de la Estafa de Seguro art. 216 lit. 4 CP y, la sustracción de dinero efectivo de los cajeros automáticos con Hurto Agravado. Asimismo el uso indebido Carding con la estafa informática del art 216 lit. 5) Pn.

Distinto sucede con el intento de adecuar el Phishing, Spywaring y Keylogging, la razón se resume en que no existe una manipulación estrictamente, sino el uso de medios informáticos. Tratar de incorporar esos supuestos fácticos dentro de la descripción típica de la estafa agravada del art. 216 lit. 5, supondría un atentado contra el principio de legalidad.

Al igual de incorporar el uso indebido Clonning dentro de la Falsedad Material del art. 283 inc. 2 CP, ya que el Clonning en estricto sentido no supone el elemento especial del dolo, consistente en el ánimo de causar un perjuicio.

En concordancia con lo anterior, la modalidad de estafa agravada del artículo 216 lit. 5) del Código Penal Salvadoreño, no coincide con los elementos objetivos del tipo básico de Estafa, encontrándose en una evidente incoherencia dentro del orden sistemático de los tipos agravados del artículo 216 CP, en cuanto que: la descripción del subtipo no exige la concurrencia de un engaño, sino la de una manipulación informática; al no interactuar con una persona receptora del engaño, no existe un error que haya distorsionado la realidad objetivo; y en consecuencia, tampoco un desplazamiento patrimonial voluntario, sino que a raíz del error provocado por el engaño del sujeto activo, sino una transferencia de activos patrimoniales originados, directamente, de la manipulación informática del sujeto activo.

III.

En virtud de que el principio de legalidad determina el grado de desarrollo democrático de un Estado en el sentido que impone un límite en el ejercicio del poder punitivo estatal y al mismo tiempo, supone una garantía para la persona humana, por lo que se considera como un bien necesario, que garantiza la seguridad jurídica, como fin fundamental de todo Estado, puesto que permite en primer lugar, que todo funcionario actúe sujeto a la ley, conforme a las atribuciones que la misma ley establece, y en segundo lugar, la certeza de que ningún ciudadano pueda sufrir cambios en su situación jurídica, sin que dicha circunstancia se encuentre previamente regulada en la ley.

Una de las manifestaciones del principio de legalidad es la garantía de tipicidad, cuya aplicación exige que solo será considerado hecho delictivo consistente en delito o falta aquella conducta que reúne los elementos que conforma cada tipo penal establecido por el legislador. Es por ello que son los elementos objetivos, no ignorando los elemento subjetivos (dolo o culpa) que cobra relevancia la función de garantía en la tipicidad, ya que en la actualidad con el afán de dar respuesta a toda conducta que se aprecia contraria al ordenamiento jurídico; es que los aplicadores de justicia adecuan de manera forzada las conductas concretas a los tipos penales ya existentes, como sucede en la actualidad que una conducta que por implicar una lesión o peligro al bien jurídico patrimonio en la cual se ven involucrados instrumentos o documentos privados como tarjetas de crédito, medios automatizados como el POS, cajeros automáticos etc., suele tipificarse como estafa agravada (Art. 216 numeral 5) Código Penal), específicamente aquellas conductas de los usos indebidos atípicos donde no se materializa la utilización de la tarjeta de crédito y, que lo que se pretende es obtener datos confidenciales en torno a la misma; como lo son: EL

PHISHING, EL KEYLOGGING Y EL SPYWARING. Respecto al CLONNING, no aplicaría tal distinción, puesto que su objetivo es materializar en un documento privado falso aquellos datos confidenciales obtenidos por cualquiera de los medios lícitos o ilícitos ya descritos. Esto sin realizar un correcto juicio de tipicidad en el cual se dé un verdadero significado a los elementos que configuran los tipos penales, específicamente el elemento normativo consistente en manipulación realizando con ello una vulneración al principio de legalidad y la prohibición de interpretaciones analógicas y/o extensivas.

En un momento efímero, este análisis giró en torno a la idea que los usos indebidos atípicos atentaban contra el bien jurídico intimidad, ya que se trataban de acciones que incurrían en datos confidenciales de la persona, pero luego cambió cuando se adoptó la posición que resuelve que si bien es cierto son información personal y que no deben, por ningún motivo, ser de conocimiento público, no valiera nada sino consistieran en datos que permiten tener el control de una apertura de crédito, es decir, el uso del monto de dinero del que dispone el tarjetahabiente, ya sea realizando pagos –en establecimientos afiliados por medio de POS o por Internet- o sustrayendo efectivo del cajero automático; así como su incidencia en la confianza que debe imperar en los sujetos intervinientes en el sistema de tarjetas de crédito, traducida en la voluntad de crear un vínculo que genere un negocio jurídico exitoso. Entonces no es la intimidad de la persona, el bien jurídico penal de que se trata, sino las interacciones comerciales que se generan a partir del sistema de tarjetas de crédito, concretamente el patrimonio de los sujetos intervinientes en el mismo.

Se descubre un real atentado a un bien jurídico penal pero no existe forma de integrar las conductas de los usos indebidos atípicos dentro de tipos penales preexistentes sin violentar el principio de legalidad y sin incurrir

en la prohibición de interpretación análoga de la ley penal al no simplemente extender el contenido de los elementos del tipo penal, sino al punto de rebasar los límites establecidos en la legislación para los mismos.

RECOMENDACIONES

I.

Para la realización de un estudio integrado sobre un objeto específico es imprescindible la existencia de un análisis histórico para poder comprender la esencia actual del objeto y su real relevancia en el panorama jurídico, por lo que se sugiere, a raíz de la ausencia de datos oficiales por parte de las instituciones estatales, que se cree una iniciativa académica y estatal que se esmere por realizar una recopilación histórica y estadística del surgimiento y desarrollo de las tarjetas de crédito en El Salvador.

II.

Las entidades emisoras de tarjetas de crédito se han preocupado por la difusión de las medidas que deben tomar los tarjetahabientes en el uso común y electrónico de tarjetas de crédito, pero se debe priorizar también la creación de mejores medidas preventivas contra los ataques que provienen no solo de la falta de diligencia de los tarjetahabientes sino de la insuficiencia en la seguridad de los sistemas informáticos de las entidades emisoras y sus afiliadas.

III.

Que al momento de interpretar los elementos que configuran cada tipo penal, debe hacerse una correcta y estricta interpretación de los mismos, para evitar que los sujetos que crean, interpretan, aplican y ejecutan la norma penal, incurran vulneraciones al principio de legalidad. En la actualidad se manifiesta una inadecuada interpretación sobre el concepto manipulación respecto a la Estafa Agravada del Art. 216 lit. 5) Código Penal, al momento de intentar encajar en dicho tipo cualquier hecho factico que involucre mínimamente sistemas informáticos. Se recomienda a los sujetos mencionados que se realiza un estricto análisis de tipicidad de las conductas de usos indebidos de las tarjetas de créditos con los tipos penales ya existentes en nuestro Código Penal.

Al no comprenderse los elementos típicos básicos de una estafa dentro de la “estafa informática” se invita al desuso de dicha denominación y su consecuente separación de grupo de agravantes del artículo 216 CP, creándose un tipo autónomo de “fraude informático”, desligándolo de la estafa simple que hasta el momento no ha significado más que confusión y errores interpretativos al momento de acoplar supuestos fácticos dentro de dicha hipótesis normativa.

IV

Se propone la creación de tipos penales autónomos que den respuesta a la necesidad de tutelar un bien jurídico penal de manera efectiva y sin violentar las garantías penales de la persona humana. De tal forma que se sugiere denominar al uso indebido atípico:

Clonning como FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO, que esté configurado por los elementos objetivos: verbos rectores: Producir, Alterar, Modificar, Copiar o Reproducir específicamente tarjetas de crédito o débito y Elementos Normativos: La idoneidad del documento falso. Tiene que existir la posibilidad de pueda manipularse la cuenta de apertura de crédito del tarjetahabiente. Debe tratarse de una verdadera llave de acceso a la cuenta.

En cuanto a los usos indebidos atípicos: Phishing, Keylogging y Spywaring como: OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE DATOS DEL SISTEMA DE TARJETAS DE CRÉDITO, los elementos objetivos que los configuren serían: a) Descriptivo: El verbo rector debe consistir en una obtención fraudulenta, entendiéndose como el acceso no autorizado a una base de datos que contiene la información necesaria para tener control de la cuenta del contrato de apertura de crédito del sujeto pasivo, haciendo uso de medios informáticos y aparatos mecánicos que faciliten dicho acceso no autorizado.

b) Normativos: Uso de Medios Informáticos o Aparatos Mecánicos. Para efectos de este estudio, se entenderá por Medios Informáticos aquél “conjunto de las técnicas que se ocupan del tratamiento y la transmisión de información ayudados por ordenador, y por Aparatos Mecánicos ha de referirse a aquellos dispositivos compuestos por piezas o elementos sólidos con el objeto de realizar movimientos por acción o efecto de una fuerza (por ejemplo: Lazo Libanés).

En todas las conductas debe existir el elemento subjetivo que solo cabría exigir un comportamiento doloso. Además debe exigirse el elemento especial, consistente en el ánimo de obtener un lucro para sí o para otro en perjuicio de un tercero, puesto que se trata de información que permite fácilmente tener el control de la cuenta del contrato de apertura de crédito del tarjetahabiente como de la clave secreta, pudiendo hacer uso del crédito concedido al tarjetahabiente; en ese mismo sentido, se debe exigir que el beneficio económico sea posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, Curso de Derecho Civil: Las fuentes de las Obligaciones en particular, Segunda Edición, Editorial El Nacimiento, Santiago de Chile.
- ARGUEDAS SALAZAR, Olman y Otros, La Tarjeta de Crédito y su Realidad Sociojurídica, Primera Edición, Editorial CONAMAJ, San José Costa Rica, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal, Ediciones Akal S.A, Madrid España, 1991.
- BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe-Bogotá, Colombia, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, Principios Constitucionales de Derecho Penal, Primera Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal, Primera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007

- BAIGUN, David y Carlos A. Tozzini, La Falsedad Documental en la Jurisprudencia (Elementos Comunes a todos los tipos), Segunda Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1992.
- BARUTEL MANAUT, Carles. Las Tarjetas de Pago y Crédito. Primera Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1997.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Nueva Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por: Guillermo Cabanella de las Cuevas, Undécima Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Madrid, 1993.
- CASTELLO NICÁS, Nurias, “Los Concursos de Leyes Penales”, Primera Edición, Editorial Comares, Granada, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M. y Otros, Derecho Penal. Parte Especial, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1990.
- CREUS Carlos y Jorge Eduardo Buompadre, Falsificación de Documentos en General, Cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “El Delito de Estafa”, Segunda Edición, Editorial Bosh, España, 2009.
- DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, Delitos Contra la Propiedad, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- DE SANTO, Víctor, La Prueba Judicial, Tercera Edición, Editorial Universitaria, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- DELGADO, Aquiles, Derecho Bancario Salvadoreño, Primera Edición, Artes Gráficas Publicitarias. El Salvador. 2007.

- DONNA, Edgardo Alberto, Delitos Contra la Propiedad, Primera Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

- EL KOURY, Henry Issa y ARIAS, María Gerarda, Derechos Humanos en el Sistema Penal, Primera Edición, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 2002.

- ESTUPIÑAN GAITÁN, Rodrigo, Control Interno y Fraudes: Con base en los ciclos transaccionales. Análisis de informe COSO I y II.

- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, Magistrado-Presidente de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Consejo General del Poder Judicial, “Tarjetas bancarias y Derecho penal”, ponencia: Falsificación y Utilización Fraudulenta de Tarjetas Electrónicas.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel y Juana, LÓPEZ MORENO, Cuadernos Judiciales del Consejo General Judicial Español, Ponencia Penal titulada: La Utilización Indebida de Tarjetas Bancarias y Eprom En El Código Penal De 1995: Nuevos Supuestos. Tarjetas de Crédito. Falsificación de Documentos. Fraude informático. Nuevas Tecnologías. Delincuencia Informática.

- FERNÁNDEZ ORENES, Fermín y Daniel VILLALOBOS RUIZ, La Tarjeta de Crédito, en AA.VV., Medios de Pago, S.Ed., Editorial FC, Madrid, S.F.

- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Derecho Penal e Internet, Primera Edición, Editorial Lex Nova, España, 2011.

- FERRO VIEGA, José Manuel, Instrumentos de Pago Relacionadas con Instrumentos Mercantiles de Crédito y Débito, El Peligro del Dinero de Plástico para Empresas y Usuarios, Editorial Club Universitario.

- FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Primera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Octava Edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1978.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, Fraude y la Estafa mediante Sistemas Informáticos, Primera Edición, Editorial Tirano lo Blanch, Valencia, 2005.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Las Tarjetas de Crédito, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. de C.V., Madrid, 1997.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, Fraude Informático y Estafa, Primera Edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HERRERO HERRERO, Cesar, Infracciones Penales Patrimoniales, Primera Edición, España.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), Primera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
- I BUSTIO, Julia Monsó. Sistemas de Identificación y control automáticos (II). Sistemas de control de flujo físico, Primera Edición, Marcombo Editoriales.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional, Primera Edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999

- JIMÉNEZ CORTÉS, Raquel, La Estafa Informática, en AA.VV., Delitos y Delincuentes: Cómo Son y Cómo Actúan, S.ED., Editorial Club Universitario, España, S.F.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Lecciones de Derecho Penal. Volumen III, Primera Edición, Oxford University Press, México, 1999.
- LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho Penal. Tomo II, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- LÓPEZ MORENO, Juana y FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel, “La utilización indebida de tarjetas bancarias y Eprom en el Código Penal de 1995: nuevos supuestos (comunicación)” en AA. CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, Número 6: Tarjetas Bancarias y Derecho Penal, 2002.
- MAGRO SERVET, Vicente, Delitos Socioeconómicos, Primera Edición, Editorial El Derecho, España, 2010.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés, Uso Fraudulento de Tarjetas de Crédito por Terceros no Autorizados. Daños y Responsabilidad Civil, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2006.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés, Responsabilidad Contractual por el Uso Indebido de las Tarjetas de Crédito, Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral.
- MARTIN GARCÍA, Pedro, *Falsedad y Estafa*, en AA. VV., Cuadernos de Derecho Judicial, Poder General Español “Falsedad y Defraudaciones”, Madrid, España, 1995.
- MARTÍNEZ LÁZARO, Javier, Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña, -en “Revista Justicia de Paz, Proyecto de

Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, Corte Suprema de Justicia, N° 7, Año III, Vol. III, Septiembre-Diciembre 2000.

•MATA Y MARTÍN, Ricardo M., Estafa Convencional, Estafa Informática y Robo en el Ámbito de los Medios Electrónicos de Pago. El Uso Fraudulento de Tarjetas y Otros Instrumentos de Pago, Primera Edición, Editorial Aranzandi, Pamplona, 2007.

•MATAIX LORDA, Mariano y MATAIX HIDALGO, Miguel, Diccionario de Electrónica, Informática y Energía Nuclear, Primera Edición, Ediciones Díaz de Santos S.A., Madrid, 1999.

•MEMBREÑO JIMÉNEZ, José Ricardo, Ensayos para la Capacitación Penal: Aspectos Generales de la Tipicidad, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2004.

•MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición, Editorial IB de F, Montevideo Buenos Aires, 2005.

•MORA MORA, Luis Paulino y NAVARRO SOLANO, Sonia, Constitución y Derecho Penal Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica, 1995.

•MUGUILLO, Roberto A., Las Tarjetas de Pago y Crédito, Primera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

•MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, S.Ed, y S. E., Madrid, España.

•NAVAS CORONA, Alejandro, Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal Ley 599 de 2000, Primera Edición, SIC Editorial Ltda., Bucaramanga Colombia, 2003.

- NUÑEZ CASTAÑO, Elena, La Estafa de Crédito, Primera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- PALAZZI, Pablo Andrés, “Delitos Informáticos”, Primera Edición, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.
- PEGUERA POCH, Miguel y otros. Derecho y nuevas Tecnologías. Editorial UOC. Barcelona. 2005.
- PEGUERA POCHO, Miguel y otros en Derecho y Nuevas Tecnologías, Editorial UOC, Barcelona, 2005.
- PRATTO, Jorge Alejandro, Ponencia titulada: La utilización ilícita de tarjetas de crédito mediante operaciones automáticas: a propósito de la reciente incorporación del inciso 15 al artículo 173 del Código Penal Argentino, Universidad de Buenos Aires Argentina.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Volumen I: Infracciones Contra las Personas, S. ED., Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1962.
- REYNALDO, Daniel Gerardo, Sistema de Tarjeta de Crédito: Estructura, funcionalidad, Primera Edición. Argentina, 1995.
- REYNOSO, Daniel Gerardo, Sistema de Tarjeta de Crédito- Estructura Funcionalidad, Roberto Guido Editor, Buenos Aires.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio, Delitos contra el patrimonio y Orden socioeconómico, Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, S.ED., S.E., Madrid, 1985.

- ROMEO CASABONA citado por MATA Y MARTIN, Ricardo M, Estafa Convencional , Estafa Informática y Robo en el Ámbito de los Medios Electrónicos de Pago, El Uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago, Primera Edición, Editorial Aranzadi, 2007.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, traducción por: Diego Manuel Luzón Peña, Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid España 1997.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Tarjeta de Crédito Bancaria, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- SEONE SPIEGELBERG, José Luis, Revista Justicia de Paz, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Año II, Volumen II, Mayo-Agosto El Salvador, 1999,
- TREJO, Miguel Alberto, Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra los bienes jurídicos de las personas. Tomo II, Primera Edición, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1993.

LEGISLACIÓN

- Código Civil Salvadoreño y reformas, publicado en Diario Oficial N°14 de abril de 1860.
- Código de Comercio y reformas, publicado en Diario Oficial N°140, Tomo 228, del 31 de junio de 1970.
- Constitución de la República de El Salvador y sus reformas, publicado en Diario Oficial N°234, Tomo N°281, del 16 de diciembre de 1983.

- Código Penal Salvadoreño y reformas, Publicado en Diario Oficial N°105, Tomo N°335, del 10 de junio de 1997.
- Ley de Bancos y reformas, publicado en Diario Oficial N°181, Tomo 344, del 30 de septiembre de 1999.
- Ley de Protección al Consumidor y reformas, publicado en Diario Oficial N°166, Tomo 368, del 8 de septiembre de 2005.
- Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, publicado en Diario Oficial N°10, Tomo 390, del 14 de enero de 2011.

JURISPRUDENCIA

- SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Definitiva de Casación, del día 20 de Agosto de 2007, con referencia 416-CAS-2006. Disponible en www.jurisprudencia.gov.sv.
- SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación, del día 19 de Agosto de 2005. Disponible en www.jurisprudencia.sv
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, Referencia: 45-B-95, pronunciada a las diez horas del día veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.
- CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL, DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO. Sentencia Definitiva, Referencia: 22-EMSM-11, pronunciada a las nueve horas treinta minutos del día diecisiete de junio de dos mil once, disponible en: www.csj.gob.sv

- TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR. Sentencia Definitiva con referencia 0131-63-2008 del día 26 de noviembre del dos mil ocho.
- TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR. Sentencia Definitiva con referencia 0131-63-2008 del día 26 de noviembre del dos mil ocho.
- TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA SAN SALVADOR, Sentencia Número 267-1-2009 de fecha trece de enero de dos mil diez.
- TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA SAN SALVADOR, Sentencia Número 280-2-09 de fecha once de enero de dos mil diez

REVISTAS Y PERIÓDICOS.

- Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia Costa Rica. Tarjeta de Crédito y Su Realidad Sociojurídica Costarricense. Primera Edición, S.E., San José, 1998.
- Estadísticas proporcionadas por la Policía Nacional Civil de Oficio Número 014/2012 de fecha dieciocho de abril de dos mil doce librado por el Jefe de Centro de Operaciones y Servicios Central.
- SANTANA, Lisette, Transacciones Protegidas, Revista El Economista de La Prensa Gráfica del día 31 de Junio del año 2007, disponible en: <http://archive.laprensa.com.sv>, vista el día 20 de Mayo del 2012.

SITIOS WEB CONSULTADOS

- www.agricola.sv/downloads. Consultado el 12 de Mayo de 2012.

- www.americaeconomia.com/negocios-industrias/elsalvador. Consultado el 2 de mayo de 2012.
- www.bancoagricola.com. Consultado el 2 de mayo de 2012.
- www.credomatic.com/elsalvador. Consultado el 2 de mayo de 2012.
- www.defensoria.gob.sv sitio consultado el 2 de mayo de 2012
- <http://delegibus.com/2010,1.pdf>. Consultado el 2 de junio de 2012.
- <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf>. Consultado el 4 de julio de 2012
- <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/StGB/gesamt.pdf> Consultado el 4 de julio de 2012
- www.latinamerica.citibank.com/salvador.
- www.latinamerica.citibanc.com/salvador sitio consultado el 2 de mayo de 2012
- www.ssf.gov.sv. Consultado el 3 de mayo de 2012.

ANEXO 1:

GLOSARIO

A

Apoderamiento ilegítimo de la Tarjeta: Se hace referencia en este apartado a aquellas acciones cometidas por un tercero no autorizado y que implican la adquisición de la misma con ánimo de lucro. Es importante destacar que al momento de obtener la tarjeta, cabe la posibilidad de que el sujeto utilice la violencia o no, pero en cualquier caso se convierte en un ilegítimo poseedor de la misma cuando decide utilizarla indebidamente. Es de aclarar que el ánimo de la obtención de un beneficio económico mediante la utilización de la tarjeta de crédito ajena es necesario para que se configure la conducta delictiva.

A priori: conforme a su etimología, equivale a la locución “por lo que precede” e indica la demostración consistente en descender de la causa al efecto, o de la esencia de una cosa a sus propiedades. Por oposición con a posteriori (v.), significa toda idea o juicio que la inteligencia formula sin el concurso de la experiencia histórica, mediante el desarrollo descendente de un principio universal.

Antijurídico: La definición es fácil, pues debe entenderse por tal lo “que es contra Derecho”. (*Dic. Acad*). Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es puesta al Derecho requiere una apreciación de índole subjetiva. Así, matar a una persona constituye un acto claramente antijurídico. Y, sin embargo, pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiada. Lo mismo en todos los aspectos del Derecho. Por eso en el examen de cada caso concreto, sólo a los jueces está

reservada la facultad de establecer la juridicidad o la antijuridicidad de los actos.

B

Buena fe: Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción.

C

Carding: En general el sujeto activo simplemente obtiene el número de cuenta y contraseña de la tarjeta de crédito a través de la red para hacer cargos a la misma. Otra variante de esta modalidad también consiste en crear números de cuenta falsos que simulen la existencia de un contrato de apertura de crédito en donde se ha emitido una tarjeta.

Cloning o Skinning: Se refiere a que aun cuando no sea necesaria la sustracción de la tarjeta de crédito a su titular, el sujeto activo duplica la tarjeta de crédito copiando del documento auténtico los datos que se encuentran en la banda magnética y elaborando otro documento falso o bien no falso en un principio, sino modificado que actuará de la misma forma en que actuaría el original.

Contrato: Convención, en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Contrato de Apertura de Crédito: Entendiendo por el mismo aquel en el que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él

mismo haga uso del coedito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los importes, gastos y comisiones que se hubieren estipulado.

Contrato de afiliación: En virtud del cual, un establecimiento se compromete con una entidad emisora a proporcionar bienes y servicios o dinero en efectivo a la persona que presente la tarjeta de crédito objeto del contrato y, la entidad se compromete a hacer el pago efectivo e inmediato a cambio de una comisión.

Contratante/solicitante de la tarjeta: es, como su nombre lo dice, la persona natural o jurídica que solicita la tarjeta de crédito y con quien la entidad financiera celebra el contrato de apertura de crédito. Principalmente, es el sujeto que realiza la devolución de las cantidades del crédito, más el pago de comisiones o intereses pactados. La mayoría de veces es a su vez el beneficiario de la tarjeta de crédito.

Culpabilidad: Es definida por Jiménez de Asúa como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”. Esa definición viene a coincidir con la acepción académica de la palabra, de “falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente”. Claro es que el concepto primeramente señalado es el que encuadra científicamente dentro de la órbita del Derecho Penal; en tanto que el segundo es de un contenido vulgar, jurídicamente discutible, porque puede haber culpa sin voluntariedad en cuanto al resultado del acto delictivo.

D

Defraudación: Delito comprendido en el concepto genérico de *estafa* (v.), pero algunas legislaciones, como la argentina, se cuidan de señalar

casos específicos de estafa. Así, el delito se configura por defraudar a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que se le entreguen en virtud del contrato o de un título obligatorio; por apropiarse, no entregar o no restituir, a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que se tengan bajo poder o custodia por título que produzca obligación de entregar o devolver.

Delito: Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se han dado *al delito*. Recogiendo la de Jiménez de Asúa, se entiende por tal “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. En consecuencia, según ese mismo autor, las características del *Delito* serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Soler lo define como “una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta”, por lo cual sus elementos sustantivos son: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura.

Doble cupón: Se produce cuando el establecimiento emite el comprobante y/o cupón normal con una tarjeta en una adquisición que efectivamente ha sido realizada por el tarjetahabiente, pero luego el establecimiento emite dos o más cupones adicionales con la misma tarjeta, con total desconocimiento del usuario, con la finalidad de complementar los cupones adicionales con importes ilegítimos, imitando la firma del titular de la tarjeta.

Documento: Es todo objeto o producto en lo cual queda constancia de los actos humanos que representan un hecho, otro objeto o escena natural o humana.

E

Entidad de crédito o entidad financiera: Muchas veces es una institución bancaria. Se trata de la entidad a la que se dirige el interesado en contar con una tarjeta de crédito y es la encargada de hacer frente a los pagos efectuados con la tarjeta en los distintos establecimientos y de la forma en que ha sido pactado, llevando un registro de gastos y comisiones y teniendo la obligación de informarlos al tarjetahabiente.

Entidad administradora de la tarjeta de crédito o autorizante de su expedición: Es el segundo sujeto interviniente en el sistema de tarjetas de crédito. Se refiere a la institución bajo cuya marca se expide la tarjeta, así también muchas veces es el ente que tramita la solicitud ante la institución financiera y lleva el registro de la información sobre los estados de cuenta del crédito.

Estafa: Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación. Delitos específicos de *Estafa* están representados por otros casos especiales de *defraudación (v.)*.

F

Falsedad: Falta de verdad o autenticidad. | Falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas. | En sentido forense, cualquiera de las mutaciones u ocultaciones de la verdad, sea de las castigadas como delito, sea de las que causan nulidad o anulabilidad de los actos, según la ley civil (Dic. Acad.).

I

Instrumento: Constituye una categoría específica del documento, entendiendo por este como el documento exclusivamente literal o escrito, tales como: actas, cartas, escrituras etc. Situando dentro de estos una clasificación: instrumentos públicos y/o auténticos e instrumentos privados.

K

Keyloggers: Son aplicaciones instaladas en los ordenadores (incluyendo cajeros automáticos) que registran las teclas que han sido presionadas por la víctima, siendo posible así la obtención de datos confidenciales como lo es el Número de Identificación Personal (NIP).

P

Phishing: Es la creación de sitios web falsos que usurpan la identidad de instituciones financieras electrónicas. El sujeto activo envía correos electrónicos a la víctima requiriendo toda la información confidencial referente a su cuenta de apertura de crédito, cayendo el sujeto pasivo en el engaño y proporcionando la información de sus cuentas.

R

Responsabilidad civil: La que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por el que debe responderse.

Responsabilidad penal: La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena (Dic. Der. Usual). Suele llevar consigo, de haber ocasionado daños o perjuicios, la responsabilidad civil (v.) que sea pertinente.

S

Spyware: Aunque con el mismo objetivo de los *keyloggers*, los *spywares* no son aplicaciones instaladas ocultamente en los teclados de los ordenadores, son programas que colectan la información del equipo donde ha sido instalado, enviando luego dicha información a otro servidor al que el sujeto activo puede acceder.

Suplantación de la Personalidad del Titular: Se produce cuando el sujeto activo ha encontrado una tarjeta de crédito extraviada, o sea porque ha efectuado la sustracción de la misma; esta conducta delictiva se perfecciona cuando la persona utiliza el ardid para suplantar la identidad del titular de la tarjeta de crédito, vale decir que, aprovechando la situación de que la tarjeta de crédito no lleva impresa fotografía o imagen y que la única forma de identificación es mediante la firma o rúbrica del tarjetahabiente, el sujeto realiza operaciones de pago de bienes o servicios imitando la firma o rúbrica del propietario, engañando a la entidad que acepta la tarjeta, o incluso, engañando al propio banco cuando se presenta en la agencia a retirar dinero en efectivo.

Sistema de Tarjeta de Crédito: Engloba las relaciones existentes en torno al contrato de apertura de crédito.

T

Tarjeta de crédito: Es un medio o documento privado, firmado, nominativo e intransferible, resultante de un contrato de apertura de crédito que permite al titular o tarjetahabiente utilizarlo como medio de pago para adquirir bienes y servicios en comercios o instituciones afiliadas o retirar dinero en efectivo en instituciones financieras y en dispensadores por el emisor.

Tarjeta blanca o “White Card”: Practica consistente en grabar los datos de un usuario en un plástico en blanco, que no pertenece a ninguna entidad bancaria emisora de tarjetas de crédito, lo cual se realiza cuando no se ha podido obtener una tarjeta legítima a través del hurto o robo, emitiéndose con dicho plástico cupones que son presentados al sistema de tarjetas por medio de algún establecimiento adherido, existiendo ante dicho supuesto dos posibilidades: a) Se cuente con la aceptación de dicha práctica por un establecimiento existente; b) Crear ilegítimamente la apariencia de algún establecimiento, mediante la documentación falsa y lograr así su incorporación al sistema

Tipicidad: Concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el Derecho Penal liberal, del cual se vincula con el principio del *nullum crimen sine praevia lege*. Jiménez refiriéndose a Beling, creador de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos. “Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la *tipicidad*.”

Titular de la tarjeta: Ricardo Sandoval y Fermín Fernández junto a Daniel Villalobos coligen que el titular de la tarjeta es el usuario o tarjetahabiente. Es la persona autorizada para utilizar la tarjeta de crédito, recibe un beneficio a partir de que es el que puede pagar la adquisición de bienes y servicios con el uso de la tarjeta de crédito.

Título de Valor o de crédito: Orione, siguiendo la definición de Vivante, dice que se llama así el documento necesario para hacer valer el derecho (derecho de crédito) literal y sí, los de renta pública, *letra de cambio, pagaré, cheque, carta de porte, conocimiento, “warrant”, certificados*

de prenda, "debentures" (v.), acciones de sociedades comerciales II "Son títulos valores, los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna."

U

Uso indebido: Todos aquellos supuestos en los que la tarjeta es utilizada en función de instrumento de pago pero de manera ilegítima, sea porque lo hace una tercera persona no autorizada, persona distinta del titular legítimo, ya lo efectúe el titular extralimitándose.

V

Venta desdoblada: consiste en emitir dos o más cupones para una misma transacción, con la finalidad de reducir el importe individual cuando el importe total no hubiera sido autorizado por exceso del límite asignado al establecimiento por la emisora, generando con ello una burla a los recaudos de la emisora, para la protección crediticia.