

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE FRAUDES COMETIDOS CON TARJETAS DE
CRÉDITO Y DÉBITO EN GUATEMALA**

PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN

GUATEMALA, JULIO DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE FRAUDES COMETIDOS CON TARJETAS DE
CRÉDITO Y DÉBITO EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arríaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

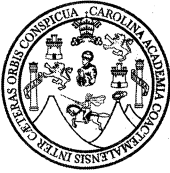
Primera fase:

Presidente:	Lic.	Juan Antonio Aguilón Morales
Vocal:	Lic.	Wilfrido Porras Escobar
Secretario:	Lic.	Víctor Manuel Soto Salazar

Segunda fase:

Presidente:	Lic.	Raúl Antonio Castillo Hernández
Vocal:	Licda.	Lesbia Jackeline España Samayoa
Secretaria:	Licda.	Heidy Yohanna Argueta Pérez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 26 de julio de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, RAÚL ANTONIO CASTILLO HERNANDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN, con carné 201113082,
 intitulado PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE FRAUDES COMETIDOS CON TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN
GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 12 / 10 / 2017.

(Handwritten signature)

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Raúl Antonio Castillo Hernández
ABOGADO Y NOTARIO

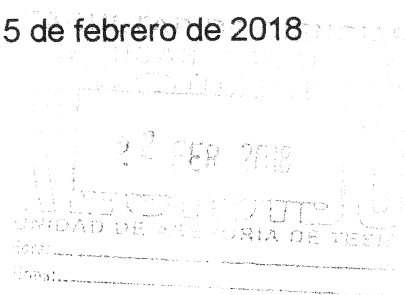


Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Abogado y Notario, Colegiado 6448
6º Av. 0-60 Zona 4, Guatemala. Torre Prof. 1, Of. 801



Guatemala, 15 de febrero de 2018

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



Lic. Orellana Martínez:

Tengo el agrado de informar que en cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de asesor del trabajo de tesis intitulado **“PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE FRAUDES COMETIDOS CON TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN GUATEMALA”**, que para el efecto de examen público presentará la estudiante **PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN**, en cumplimiento del Artículo 31 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a rendir el dictamen correspondiente.

Considero que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante **PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN**, en principio cumple con los requisitos mínimos y exigencias contenidas en la legislación universitaria, ello como parte formal del trabajo y en relación al fondo del mismo, el tema tratado me parece de relevancia nacional dada la importancia de resolver los conflictos cotidianos relacionados con la materia que trata. En cada uno de los capítulos del trabajo de investigación, la estudiante desarrolla elementos que le permiten arribar a la conclusión discursiva plasmada en el mismo, siendo la parte medular, el capítulo quinto en el que desarrolla la prevención y detección de fraudes cometidos con tarjetas de crédito y débito.

La estudiante **PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN** en su trabajo de tesis aporta conocimientos científicos y reales en la materia, ya que el mismo está revestido tanto de contenido doctrinario como práctico, la metodología y técnicas de investigación utilizados se ajustan a la realización del trabajo, dándole una redacción aceptable que permite comprender el mismo en forma correcta y; atinada la importancia de prevenir los fraudes cometidos con tarjetas de crédito y débito, pues propone solución a la problemática.

Raúl Antonio Castillo Hernández
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Abogado y Notario, Colegiado 6448
6ª Av. 0-60 Zona 4, Guatemala. Torre Prof. 1, Of. 801



Hice recomendaciones y sugerencias respecto a la bibliografía. La autora siguió las recomendaciones hechas en cuanto al contenido, presentación y desarrollo del trabajo de tesis.

Por las razones antes expuestas considero que el referido trabajo está dotado del contenido científico y técnico, así también del aporte personal de la estudiante, quien utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente y encuentro aceptable la conclusión discursiva y bibliografía utilizada, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedente es emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, declarando expresamente que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Atentamente,

Raúl Antonio Castillo Hernández
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6448

Raúl Antonio Castillo Hernández
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de junio de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante PAOLA ALEJANDRA ORTÍZ MONZÓN, titulado PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE FRAUDES COMETIDOS CON TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.

[Handwritten signature]

SECRETARIO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.

[Handwritten signature]

DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque de todos los caminos, Él escogió para mí el del derecho y la justicia, por ser mi guía, mi fortaleza y por cada bendición que me ha regalado; sin Él nada sería posible.
- A LA VIRGEN:** Porque en ella encontré consuelo en los momentos de adversidad y por su intercesión ante mis plegarias.
- A MI MADRE:** Maribel Monzón, por ser el ángel que Dios puso en mi vida, siendo ejemplo de lucha, bondad y fortaleza, por su apoyo y amor incondicional, por darme todo lo necesario para cumplir mis sueños, por enseñarme a ser fuerte e independiente y a no rendirme jamás, todo lo que soy y seré es por ella y para ella; gracias por ser la luz de mi camino y mi mayor inspiración.
- A MI PADRE:** Por sus consejos y motivación.
- A MI ABUELA:** María Guadalupe Arévalo, por ser una segunda madre, por cuidar de mí, brindarme su amor y sembrar los principios que rigen mi vida.
- A MI ABUELO:** Mario Alfonso Monzón, por su cariño, apoyo y motivación.
- A MI FAMILIA:** Gracias a mis tíos y primos por su amor y palabras de aliento, y a la familia Vicente Tinoco, por su cariño y apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo y motivación, por regalarme momentos únicos e inolvidables, por compartir conmigo cada etapa y enseñarme a nunca darme por vencida.



A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser fuente de sabiduría, de retos y de sueños, gracias por marcar mi vida y formarme como profesional.

A: Mi *alma mater*, la *tricentenaria* y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad de superarme y sobre todo por llenarme de tanto orgullo al pronunciar su nombre.



PRESENTACIÓN

Con el avance de la tecnología y la desmaterialización de la moneda a través de nuevos medios de pago, paralelamente debe existir una evolución en la normativa del país; pues al estar inmersos en una sociedad cambiante tecnológicamente, debe el ordenamiento jurídico sufrir cambios sustanciales para adecuarse a las necesidades y acompañar con normas, la evolución en los medios de pago.

La investigación tiene por objeto analizar la problemática existente y probar que es necesaria la creación de mecanismos legales y de control que prevengan, detecten oportunamente y erradiquen de forma paulatina la comisión de acciones ilícitas cometidas con tarjetas. La investigación es de tipo cualitativa, fue realizada desde el ámbito profesional, legal y doctrinario del derecho penal, en el período comprendido de 2014 a 2017 en el Municipio de Guatemala. Los sujetos de la investigación son entidades financieras emisoras de tarjetas, redes de tarjetas, tarjetahabientes, empresas procesadoras y operadoras, comercios que cuentan con aceptación de tarjetas de crédito y débito como forma de pago y entidades estatales.

El aporte académico de la investigación consiste en brindar a la población, el conocimiento de la operatoria de tarjetas y de las medidas de seguridad pertinentes para reducir la comisión de ilícitos, así como evidenciar que es necesario el fortalecimiento institucional y la creación de leyes aplicables a la materia, que coadyuven a crear una política financiera preventiva, la cual permita evitar el detrimento del patrimonio de las y los guatemaltecos, afectados por la falta de legislación.



HIPÓTESIS

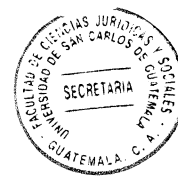
Debe incorporarse al ordenamiento jurídico de la República de Guatemala, legislación que regule la emisión, uso y procesamiento de las tarjetas de crédito y débito, para que los sujetos que intervienen en la operación cuenten con los mecanismos legales y de control oportunos; asimismo, deben establecerse los procedimientos a seguir por parte de las entidades financieras, operadoras y bancarias, para colaborar interinstitucionalmente con entidades estatales como la Superintendencia de Bancos y el Ministerio Público; este último, como ente encargado de la investigación y persecución penal debe contar con herramientas legales que le permitan el correcto desempeño de sus funciones; al contar con figuras o tipos penales que encuadren las acciones ilícitas cometidas con tarjetas de crédito y débito, se otorgarán los medios necesarios de convicción para presentar denuncias debidamente fundamentadas, contando el ordenamiento jurídico con penas y sanciones, dando paso a la actividad punitiva que el Estado como ente soberano ostenta.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis se validó utilizando los métodos analítico y deductivo, ya que al no existir dentro del marco legal guatemalteco medidas preventivas y políticas con carácter legal que regulen el proceso de emisión, uso y procesamiento de tarjetas de crédito y débito, los sujetos que intervienen no cuentan con las directrices técnicas, operativas y legales para evitar y detectar oportunamente la comisión de acciones ilícitas cometidas con estos medios de pago. Se utilizó la técnica documental y de observación que permitió determinar que además de fortalecer los mecanismos de control y operación, es necesario incorporar al ordenamiento jurídico, figuras o tipos penales específicos.

El Estado de Guatemala, a través del Organismo Legislativo, debe incorporar leyes que encuadren las acciones y omisión en materia de tarjetas, como delitos; adicionalmente, al existir una pena que castigue o sancione este tipo de acciones, es posible prevenir la comisión de acciones ilícitas, disuadiendo a los individuos de delinquir.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Historia y origen de las tarjetas	1
1.1. Origen y desarrollo de las tarjetas de crédito en Guatemala.....	5
1.2. Tarjeta de crédito	6
1.3. Tarjeta de débito	8
1.4. Diferencias entre tarjetas de crédito y débito	9
1.5. Utilidad y beneficio de las tarjetas bancarias	10

CAPÍTULO II

2. Sujetos que intervienen en la operación de tarjetas.....	13
2.1. Red de tarjetas	13
2.2. Entidades bancarias emisoras.....	14
2.3. Procesador de tarjetas.....	17
2.4. Establecimiento comercial, comerciante o comercio afiliado	19
2.5. Tarjetahabiente	20
2.6. Entidades interventoras	21
2.6.1. Superintendencia de Bancos	21
2.6.2. Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala	24



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Estructura y características físicas de las tarjetas.....	25
3.1. Tarjetas de banda magnética	26
3.2. Tarjetas de chip	27
3.3. Modalidades virtuales de pago	29
3.4. Transacciones por medio de código de transferencia.....	30
3.5. Modalidad por aproximación o contactless	31
3.6. Dispositivos lectores	33
3.7. Operación de cobro y pago con tarjetas	33

CAPÍTULO IV

4. El delito y sus elementos.....	35
4.1. Elementos positivos del delito.....	36
4.1.1. Tipo penal y tipicidad	36
4.1.2. Antijuricidad	37
4.1.3. Culpabilidad	38
4.1.4. Punibilidad	38
4.2. Elementos negativos del delito	39
4.2.1. Ausencia de acción.....	39
4.2.2. Ausencia del tipo o atipicidad	40



	Pág.
4.2.3. Causas de justificación	40
4.2.4. La inimputabilidad	40
4.2.5. Causas de inculpabilidad	41
4.2.6. La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.....	42
4.3. Principios del derecho penal.....	42
4.4. Legislación guatemalteca en materia penal aplicable a tarjetas	45
4.5. Acciones ilícitas cometidas con tarjetas	49
4.5.1. Clonación de tarjetas	49
4.5.2. Suplantación de identidad o phishing	52
4.5.3. Pharming	54
4.5.4. Uso ilegítimo de tarjetas y documentos de identidad.....	57
4.6. Fraudes con tarjetas, causas y efectos	57
4.6.1. Daño patrimonial.....	59
4.7. Encuadramiento del tipo penal en acciones ilícitas cometidas con tarjetas	61

CAPÍTULO V

5. Prevención general y detección de fraudes cometidos con tarjetas.....	65
5.1. Prevención	65
5.2. Detección.....	69
5.3. Acciones por parte de los emisores ante la detección de fraudes	70
5.4. Programas de capacitación	71



Pág.

5.5. Estándares de seguridad	73
5.6. Políticas de seguridad en bancos y procesadoras de tarjetas	75
5.7. Seguridad a comercios y tarjetahabientes	77
5.8. Fortalecimiento de medidas preventivas.....	78
5.9. Derecho comparado legislación aplicable a fraudes con tarjetas	80
5.9.1. Legislación República de Argentina.....	81
5.9.2. Legislación República de Chile	82
5.9.3. Legislación República Dominicana	84
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación, surge del análisis de la operación de tarjetas de crédito y débito en Guatemala, encontrando un problema de carácter económico, jurídico y social, el cual ha incrementado considerablemente en los últimos años por la falta de lineamientos que regulen la operación y de legislación que permita castigar las acciones ilícitas denominadas comúnmente como fraudulentas. El objetivo general trazado para la investigación fue alcanzado, en virtud que, a través de la misma, la población en general puede conocer la operación de tarjetas, los sujetos que intervienen y el rol que cada uno de ellos desempeña.

Asimismo, se aporta el conocimiento de las medidas mínimas de seguridad que deben observarse el ser usuario de una tarjeta; como puntos principales de la investigación, se determina la necesidad del fortalecimiento institucional al manejar políticas preventivas que permitan erradicar la comisión de ilícitos cometidos a través de tarjetas y la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico, legislación que regule la emisión, uso y procesamiento de tarjetas para la efectiva prevención y detección de acciones que atenta en contra del patrimonio de las y los guatemaltecos; a su vez, la prevención general desarrollada en la investigación alude a los efectos que tiene la regulación normativa en la sociedad.

El resultado de la aplicación de la prevención, será un conjunto de normas jurídicas respaldadas por la coerción o amenaza de sanción que conllevaría el incumplimiento de las mismas, como fin último el disuadir al individuo de delinquir.

La hipótesis se comprobó contextualmente, ya que el Estado de la República de Guatemala, no cuenta con elementos preventivos o normas que respalden la operación y castiguen las acciones ilícitas cometidas.

En cuanto a los métodos utilizados, se empleó el método deductivo, estudiando la prevención y detección de fraudes cometidos con tarjetas de crédito y débito en Guatemala, yendo de lo general a lo particular a través de premisas, probando así por medio de principios, axiomas, entre otros, la veracidad del problema planteado y de los efectos positivos que traería consigo la implementación de las mejoras en políticas y medidas de seguridad propuestas en la investigación.

Se utilizó la técnica bibliográfica para la obtención de datos, definiciones y bases legales en los que se sustenta la investigación. La investigación comprende cinco capítulos: capítulo I, desarrollando la historia y origen de las tarjetas; el capítulo II, hace referencia y desarrolla los sujetos que intervienen en la operación de tarjetas; el capítulo III, comprende la estructura y características físicas de las tarjetas; el capítulo IV, desarrolla el tema del delitos y sus elementos y el capítulo V, expone la prevención general y la detección de fraudes cometidos con tarjetas de crédito y débito.

Ante el acontecer, es necesario crear mecanismos administrativos y legales que regulen la operación de tarjetas y que a su vez actúen en forma preventiva, en observancia al principio de legalidad, incorporando, figuras de naturaleza penal que encuadren las acciones ilícitas cometidas con tarjetas y potencializar las funciones de las entidades estatales para que regulen, controlen y fiscalicen de la operación.



CAPÍTULO I

1. Historia y origen de las tarjetas

Desde épocas primitivas, el ser humano se vio en la necesidad de realizar trueques o intercambios comerciales que sirvieran para la satisfacción de sus necesidades; comenzó con el trueque de metales, pieles y bienes consumibles; dicha transacción se mantuvo hasta que se inventó una medida común de valores la cual permitió el cambio de un valor real por uno representativo, tal como las monedas, el papel moneda, billetes y posteriormente con títulos representativos de crédito como cheques, letras de cambio, transferencias, órdenes bancarias y con la constante evolución y revolución de medios de pago, las tarjetas de crédito y débito.

Las tarjetas, inicialmente surgieron como un medio innovador en el ámbito económico, permitiendo el desarrollo comercial de la época, siendo un instrumento representativo de confianza y estatus para quienes las poseían, dando acceso al crédito, que es una operación financiera en la que una persona realiza un préstamo por una cantidad determinada de dinero a otra y en la que este último, el deudor, se compromete a devolver la cantidad solicitada, además del pago de los intereses devengados, seguros y costos asociados si los hubiera, en el tiempo o plazo definido de acuerdo a las condiciones establecidas.

El uso de tarjetas permitió realizar gastos en cualquier lugar en que fueran aceptadas como forma de pago, sin tener la necesidad de contar con un valor real inmediatamente.

Existen algunas teorías relacionadas a su origen, una de ellas afirma que las tarjetas como forma de pago, son originarias de Estados Unidos América, inventadas por Frank McNamara, quien emitió las primeras tarjetas de crédito para ser utilizadas en 27 restaurantes de Nueva York, de donde vino la designación de Diner's Club. Se hace referencia que "Diner's Club es una compañía de tarjetas de crédito formada en 1950 por Frank X. McNamara, Ralph Schneider y Casey R. Taylor, convirtiéndose en la primera compañía independiente de tarjetas de crédito en el mundo."¹

Otra teoría hace referencia que "a inicios del Siglo XX, ciertas cadenas de hoteles estadounidenses emitieron tarjetas personalizadas que eran entregadas a clientes preferenciales, para que pudieran utilizar los servicios de hotelería en cualquier punto del país dentro de los hoteles asociados o de propiedad de la cadena, sin necesidad de hacer efectivo el pago en moneda de curso legal, sino simplemente conformando las estadías o consumos, que eran liquidados a posteriori por las oficinas centrales de la empresa."²

Según otros autores su origen remonta a principios del Siglo XX en Europa occidental, específicamente en Francia, Inglaterra y Alemania, extendiéndose y tomado auge en los Estados Unidos de América, sin embargo, dicho suceso se frenó con la segunda guerra mundial y en efecto el desarrollo de éste potencial medio de pago se vio interrumpido.

¹ Luna A. Javier, **La Tarjeta de Crédito**. Pág.76.

² Muguillo, Roberto A. **Tarjeta de crédito**. Pág. 3.

“En países como Japón se implementó como motivación turística, asociándose para ello Diner’s Club Internacional, la oficina turística de Japón y el Banco Fuyi.”³ A medida que este medio de pago fue propagándose, se tuvo la necesidad de estandarizar condiciones de uso, por lo que para comodidad de los usuarios era necesario implementar una sola tarjeta que pudiese utilizarse en diversos establecimientos comerciales, pues contar con una tarjeta para cada establecimiento resultaba incómodo e innecesario para los usuarios.

En el rol de los establecimientos comerciales que financiaban las compras de sus clientes, la operación resultaba demasiado compleja, pues al brindar financiamiento propio, corrían el riesgo pérdidas por incumplimiento de pago derivado del crédito que otorgaban, asimismo no contaban con los mecanismos para ejecutar acciones judiciales de cobro y la operación resultaba onerosa.

“Como antecedente, en el año de 1951, el Banco Franklin National Bank con sede en la ciudad de Nueva York, emitió una tarjeta que fue aceptada en comercios locales y en seguida, alrededor de 100 bancos más comenzaron a emitir tarjetas. Para los comercios resultaba beneficioso contar con una entidad centralizadora de la operación, pues los riesgos de financiamiento eran absorbidos por la entidad bancaria, y el incremento en ventas era notorio al contar con aceptación de tarjetas.”⁴

³ *Ibíd.* Pág. 6.

⁴ *Ibíd.* Pág.10.

En el año de 1970 surge Visa, una tarjeta de crédito y débito que funcionaría a nivel mundial, operada por Visa International Service Association, con sede en San Francisco, California , Estados Unidos, conocida como una joint venture por ser una empresa conjunta, de alianza estratégica y comercial de 21,000 instituciones financieras y bancarias, considerada en la actualidad como una de las marcas de pago líderes en el mundo, posicionando en Europa más de 282 millones de tarjetas de crédito y débito, con un alto nivel de aceptación que abarca comercios en más de 150 países.

En cuanto a la creación de tarjetas de débito, esto permitía que los usuarios tuvieran disponibilidad de hacer uso del dinero que poseían en su cuenta bancaria, sin necesidad de recurrir al crédito o préstamo otorgado por el banco, dando así mayor seguridad a los clientes al no tener necesidad de contar físicamente con el mismo.

“En el año de 1979 surge la tarjeta interbancaria denominada Master Charge, renombrada en 1990 como MasterCard, y es el 2002 en donde se integra Europay International, ofreciendo productos y soluciones de procesamiento integral a los emisores de tarjetas.”⁵

Aunque en la actualidad existen otras marcas, Visa y MasterCard son consideradas las marcas más influyentes del mercado, que constituyen una etapa en el proceso de desmaterialización y abstracción de la moneda.

⁵ <https://latinamerica.mastercard.com/es-region-lac/acerca-de-mastercard/quienes-somos/historia.html> (consultada: 14 de mayo de 2016).



1.1. Origen y desarrollo de las tarjetas de crédito en Guatemala

La tarjeta de crédito, tuvo sus inicios en Guatemala en los años de 1960 a 1961, a través de Cuentas, Sociedad Anónima, creada con el objeto del manejo de una tarjeta de crédito a nivel local, pero en virtud de no contar con el interés y afluencia esperada, se vio en la necesidad de incorporar a sus objetivos otro tipo de actividades, paralizando así la implementación de tarjetas como medio de pago en la sociedad guatemalteca.

“En 1972 aparece en Guatemala la tarjeta de crédito Diner’s Club, siendo la primera con crédito internacional representada en Guatemala, sin embargo era en México en donde se centralizaba la operación; en 1975 se constituye Tacre de Guatemala, Sociedad Anónima, con el objeto de actuar como concesionaria exclusiva de la tarjeta Diner’s Club para operar en Guatemala, iniciando operaciones con un aproximado de 200 tarjetas.”⁶

En el año 1978, se constituye Credomatic de Guatemala, Sociedad Anónima, contando con la exclusividad de los derechos en Guatemala para emitir tarjetas Master Card y American Express, Credomatic amplía sus operaciones y mercado al celebrar contratos de comisión con instituciones bancarias que buscaban emitir tarjetas de crédito de estas marcas. A finales del año 1999, Credomatic crece en el mercado al obtener la representación exclusiva para el país de la marca American Express y a su vez este acontecimiento marca el inicio del aumento de emisión y uso de tarjetas.

⁶ Mansilla López, Mayra Patricia. **Tesis Historia de la tarjeta de crédito.** Pág. 8.

Actualmente en el país, exponencialmente se manejan las marcas Visa, MasterCard, American Express, Diners Club, Discover, entre otras, siendo los bancos que operan en el país, quienes poseen la representación de estas marcas para emitir los plásticos que actualmente conocemos como tarjetas de crédito y débito.

1.2. Tarjeta de crédito

El termino tarjeta de crédito proviene del latín *tarija* y *credere*; desde el punto de vista contractual “Es el contrato comercial por el cual una empresa especializada, bancaria o financiera, conviene la apertura de determinado crédito, para que el cliente exhibiendo el instrumento crediticio que se le provee, adquiera bienes y reciba la prestación de servicios en los comercios determinados.”⁷

“Es una tarjeta con la cual un socio adquiere un bien o servicio cuyo valor será pagadero a través de un estado de cuenta una vez concluido el ciclo. Se entiende por ciclo al lapso de tiempo comprendido entre un cierre y otro de una liquidación. La compra será autorizada en función del límite que afecte: contado, cuotas o adelantos de efectivo. El valor de la transacción deberá estar disponible en el límite que corresponda. Estos límites son definidos por la entidad emisora de la tarjeta.”⁸

También es considerada como un “contrato complejo de características propias, que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo,

⁷ Sosa Arditi, Enrique A. **Tarjeta de crédito**. Pág. 22.

⁸ Visa International. **Manual de Productos y Servicios Visa**. Pág. 7.

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 cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor, previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos.”⁹

Sustrayendo los elementos esenciales de las definiciones citadas y adecuando los términos a lo establecido en materia mercantil guatemalteca, podemos decir que la tarjeta de crédito es un contrato típico mercantil, por medio del cual un sujeto denominado emisor otorga crédito o financiamiento a otro denominado tarjetahabiente, para que éste puede adquirir bienes y obtener la prestación de servicios en comercios que previamente manejan una relación contractual con procesadores de tarjeta, encontrándose estos últimos facultados por el emisor para la aceptación de tarjetas como medio de pago.

Para muchos autores, el contrato de tarjeta de crédito posee una relación trilateral, sin embargo, en Guatemala existen empresas procesadoras como VisaNet Guatemala, Acepta y Credomatic, que se encuentran facultadas por parte de los emisores para actuar como red de pago y brindar el servicio de procesamiento de adquirencia.

A dichas entidades les corresponde contar con infraestructura, como las terminales en el punto de venta para que los comercios puedan procesar los cobros. Desde el punto de vista material y tangible, la tarjeta de crédito es un instrumento de identificación, que

⁹ *Ibíd.* Pág. 23.

puede ser una tarjeta de plástico con una banda magnética, un microchip y un número en relieve, emitida por un banco o entidad financiera que autoriza al titular de la misma, a utilizarla como medio de pago.

1.3. Tarjeta de débito

“Son tarjetas que están ligadas a una cuenta corriente o caja de ahorro de las entidades que las emiten. Se diferencian de una tarjeta de crédito, porque cuando se genera una transacción, ésta es descontada automáticamente de la cuenta a la que está asociada; mientras que, en el caso de una tarjeta de crédito, el socio consume durante un ciclo determinado y recibe, unos días después del cierre del mismo, un resumen de cuenta que especifica los gastos realizados; una tarjeta de débito puede realizar extracciones de dinero en efectivo por cajeros automáticos y consumos en establecimientos.”¹⁰

Es una tarjeta bancaria que guarda información sobre los datos de acceso, nombres, apellidos y número de cuenta del titular, utilizada para efectuar con ella operaciones pasivas que permitan hacer uso del dinero depositado en determinada cuenta corriente de depósitos monetarios o de ahorro.

En este tipo de tarjeta el usuario o tarjetahabiente hace uso del saldo disponible en una cuenta bancaria de la que posee titularidad, sin tener que utilizar un crédito otorgado por el banco, es decir que se hace uso del dinero que se ha depositado, sin contar con financiamiento alguno.

¹⁰ Visa International. *Op. Cit.* Pág. 7.

Podemos establecer que es un instrumento financiero de pago emitido por una entidad bancaria, que permite al titular acceder únicamente al saldo positivo que dispone en su cuenta corriente de depósitos monetarios o de ahorro, en el momento en que realiza una transacción, teniendo como ventaja la desmaterialización del dinero en efectivo.

1.4. Diferencias entre tarjeta de crédito y débito

En las tarjetas de crédito, es la entidad bancaria es quien otorga el crédito y financiamiento del bien o servicio que se adquiere, y en la segunda el cargo se hace directo a la cuenta corriente de depósitos monetarios o de ahorro, que permite realizar el cobro hasta el límite de los fondos de la cuenta, de la que dispone determinado sujeto.

La tarjeta de crédito se encuentra tipificada en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala, en donde se establece que las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales o jurídicas y no serán negociables; deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden, el plazo de vigencia y si la misma tiene validez nacional o internacional, siendo aplicable a las mismas en lo que corresponda las normas de las cartas órdenes.

En cuanto a las tarjetas de débito, por no ser un contrato como tal no se mencionan dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en ninguna de sus ramas, sin embargo en la práctica comercial, estas son consideradas un medio de pago similar a las tarjetas de crédito.

1.5. Utilidad y beneficios de las tarjetas bancarias

El sistema de tarjetas brinda para cada uno de los sujetos intervinientes una serie de ventajas y beneficios inmersos en su uso como medio de pago.

Para el titular: “es considerada un elemento útil de uso cotidiano, que facilita y simplifica los pagos mediante la sustitución del efectivo, del pago en moneda, evitando su transporte mediante la sola presentación de la tarjeta y firma del comprobante respectivo; además de la obtención de crédito en forma automática dentro de los límites del acuerdo con la entidad emisora, postergando su pago a cada período mensual o la cantidad de cuotas que hubiere permitido en el sistema.”¹¹

Adicionalmente podríamos indicar que representa un medio más confiable que reviste de seguridad al portador, al no tener que llevar consigo dinero en efectivo, lo cual resulta beneficioso. Otra de las ventajas derivadas, es la de facilitar la contabilidad personal, eliminando el sistema de multiplicidad de créditos y unificándolo en uno solo, mediante la liquidación mensual o periódica acordada.

La sociedad guatemalteca hace uso de forma cotidiana de este instrumento crediticio, por la facilidad de uso que ésta representa y el nivel casi universal de aceptación del mismo; adicionalmente el uso, de tarjetas ofrece a sus usuarios descuentos, privilegios y servicios preferenciales como incentivo por parte de las instituciones financieras.

¹¹ Muguillo. **Op. Cit.** Pág. 46.

Para el comercio, también denominado establecimiento comercial, resulta beneficioso, pues minimiza los eventuales inconvenientes que le podría plantear su uso, permitiéndole obtener una sólida garantía de pago de parte de la empresa procesadora que realiza el cobro frente a la emisora, eximiéndole de los riesgos de cobranza al ampliar los márgenes de crédito disponibles a favor de la clientela usuaria de la tarjeta, es decir que el riesgo de mora o incumplimiento de obligaciones de pago se reduce en su mayoría.

“Otra ventaja es la correspondiente ampliación y expansión de su volumen de ventas, por el incentivo psicológico a la compra sin desembolso de dinero en efectivo. Constituye una ventaja el ahorro en costos, al no tener el comerciante la necesidad de contar con su propio departamento de créditos e informaciones comerciales de solvencia.”¹²

Al ser la entidad emisora quien otorga el crédito, el comercio no es responsable de actuar judicialmente para requerir el pago, evitando incurrir en gastos y costas procesales; y al no contar con sumas elevadas de efectivo en sus instalaciones, reducen el riesgo.

Para las entidades emisoras y procesadoras de tarjetas, el sistema permite un modo sumamente rentable de inversión monetaria, ya que la entidad emisora percibe beneficios a través de los convenios o acuerdos celebrados con cada parte, tales como los intereses y cobros administrativos que la operación representa posicionar e imprimir

¹² *Ibíd.* Pág. 48.

los plásticos con las marcas mundialmente conocidas como Visa, MasterCard, American Express, entre otras; estas últimas pagan un porcentaje de comisión a las entidades bancarias.

Adicionalmente el emisor cobra un porcentaje de comisión que depende de la categoría o actividad comercial del establecimiento; para el efecto cuenta con entidades procesadoras de tarjetas, las cuales perciben un porcentaje de comisión, y son las encargadas de implementar la infraestructura necesaria terminales de punto de venta mejor conocidas como pos, point of sale, pasarelas o plataformas de pago electrónico, lectores de tarjeta, entre otros mecanismos que se encuentran conectados al sistema del emisor para que éste pueda autorizar o denegar las transacciones en base a la disponibilidad del crédito, o de efectivo.

Las empresas procesadoras son un canal centralizador, pues a través de un mismo punto de venta pueden procesar los pagos de diversas tarjetas y de emisores distintos; la operación se resume en que el cliente realiza el consumo en el establecimiento comercial, éste a su vez procesa el cobro con tarjeta a través de la terminal que la empresa procesadora le otorga, quien inmediatamente gestiona a nivel de sistema la autorización del consumo para posteriormente cobrarla al emisor y poder entonces acreditar al establecimiento comercial las transacciones procesadas. Este tipo de entidades juegan un rol importante en la operación de tarjetas.



CAPÍTULO II

2. Sujetos que intervienen en la operación de tarjetas

En el proceso de cobro con tarjetas de crédito y débito existe una pluralidad de sujetos que intervienen, regulan y monitorean cada transacción, teniendo beneficios para cada una de las partes; sustancialmente en Guatemala podemos mencionar que intervienen redes de tarjetas, entidades emisoras, redes adquirentes o procesadoras, comercios afiliados a la operación de tarjetas y tarjetahabientes.

2.1. Red de tarjetas

Es una red global de tecnología que opera a través de los bancos emisores; dichas entidades no emiten directamente los plásticos, pero brindan los permisos de uso de marca obteniendo ganancias a través de los cobros que realizan a los comercios por aceptar sus tarjetas como forma de pago; en la actualidad podemos mencionar redes como Visa, MasterCard, American Express, Diner's Club que tienen presencia a nivel mundial.

Se puede mencionar que cada red de pagos electrónicos posee marcas de servicios financieros globales facilitando el comercio global a través de la transferencia de valores e información entre instituciones financieras, comercios, consumidores, compañías y entidades gubernamentales; estas a su vez otorgan programas de crédito, débito, prepago y acceso a efectivo proveyendo servicios de valor agregado y que incluyen la administración de riesgo y fraude, resolución de disputas, servicios de lealtad y otras.

Las redes de tarjetas son las entidades titulares de las marcas de tarjetas que se encuentran en el mercado tales como Visa, MasterCard, American Express, Diner's, entre otras, que obtienen sus ganancias de la colocación de plásticos de cada emisor

2.2. Entidades bancarias emisoras

Una entidad bancaria es una institución de giro financiero encargada de la administración de dinero y de la ejecución de operaciones pasivas las operaciones activas y de confianza principalmente; Un banco o entidad bancaria es una sociedad anónima especial cuyo objeto es la intermediación financiera a través de la captación de dinero del público para otorgar créditos, préstamos y financiamientos, cuyo fin es eminentemente lucrativo.

“El emisor de tarjetas es la entidad que por su actividad expide la tarjeta ya sea de crédito o débito, poniéndola a disposición de sus clientes en virtud de un contrato suscrito entre estos”¹³.

El Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece que los bancos autorizados conforme a la ley podrán realizar intermediación financiera bancaria consistente en la realización habitual, en forma pública o privada de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo.

¹³Cayetano, Freddy. **Los delitos que pueden efectuarse con tarjeta de crédito y débito ilícitamente adquiridas en Guatemala.** Pág.17.



Podemos definir que un banco o entidad bancaria es una sociedad anónima especial cuyo objeto es la intermediación financiera a través de la captación de dinero del público para otorgar créditos, préstamos y financiamientos, cuyo fin es eminentemente lucrativo.

Asimismo, también regula lo relacionado a los grupos financieros, a quienes los define como una agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser un banco, entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común.

Los grupos financieros deberán organizarse bajo el control común de una empresa controladora constituida en Guatemala específicamente para ese propósito, o de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco; actualmente existen diez grupos financieros en el País que se encuentran bajo la Supervisión de la Superintendencia de Bancos.

Cuando exista empresa controladora, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por dos o más de las empresas siguientes: bancos, sociedades financieras, casas de cambio, almacenes generales de depósito, compañías aseguradoras, afianzadoras, empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito, empresas de arrendamiento financiero, empresas de factoraje, casas de bolsa, entidades fuera de plaza y otras que califique la Junta Monetaria.



El Artículo 36 del Decreto en mención regula el régimen de empresas especializadas en servicios financieros y de apoyo al giro bancario, las cuales son parte de un grupo financiero y se encuentran sometidas a supervisión consolidada por parte de la Superintendencia de Bancos; y deberán tener como objeto social exclusivo una o más de las siguientes actividades: emitir y administrar tarjetas de crédito, realizar operaciones de arrendamiento financiero, realizar operaciones de factoraje y otros que califique la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos.

El mismo cuerpo legal, hace referencia a las operaciones y servicios que los bancos autorizados podrán efectuar en moneda nacional o extranjera; estableciendo en su parte conducente que entre las operaciones pasivas se encuentra el recibir depósitos monetarios, por lo que la tarjeta de débito es un medio a través del cual el tarjetahabiente puede acceder a su cuenta corriente de depósitos monetarios o de ahorro, haciendo uso del dinero que previamente ha depositado al banco; y entre las operaciones activas regula que el banco tiene como una de sus funciones emitir y operar tarjetas de crédito.

Según lo dispuesto en la ley podrá ser directamente el banco considerado como el emisor o bien un grupo financiero a través de una empresa especializada, regulada por un banco y que forma parte de éste. La entidad que emite tarjetas de crédito y débito actúa como intermediario entre el consumidor, cliente o tarjetahabiente y las redes de tarjetas tales como Visa, MasterCard, American Express, entre otras, mediante un contrato firmado con los titulares de las tarjetas en los términos acordados en función de la clase de tarjeta otorgada.

2.3. Procesador de tarjetas

“Un procesador de tarjetas es una entidad nacional o regional que participa en la red de pagos electrónicos en el área de procesamiento de pagos para los comercios contando para el efecto con los permisos de operación por parte de la red de tarjetas para el procesamiento de sus marcas y por parte de la entidad emisora, con quien previamente ha celebrado un acuerdo para canalizar los pagos.”¹⁴

Los procesadores brindan servicio de procesamiento de adquirencia, el cual consiste en abonar a la cuenta corriente monetaria o de ahorros del comercio afiliado, el dinero de las compras realizadas por sus clientes, cuyo pago se haya efectuado con tarjeta crédito o débito.

Actualmente en materia de tarjetas, las empresas procesadoras de tarjetas no son comúnmente conocidas como parte de la operación, e incluso algunos autores hablan del contrato de tarjetas como un acuerdo trilateral, entre banco emisor, comercio afiliado y tarjetahabiente.

Se establece que “es un contrato complejo de características propias que posee una relación triangular entre comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en

¹⁴VisaNet Guatemala. **Manual de procedimiento de aceptación de tarjetas Visa y Visa Electrón.**
Pág.3.

un plazo dado por esta última, la que se hará cargo de la deuda abonado el importe al vendedor previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos.”¹⁵

Sin embargo, el procesador posee una función principal dentro de dicho proceso, pues actúa como ente centralizador. Entre el servicio que el procesador brinda, podemos mencionar que éste es el encargado de suscribir un contrato de afiliación con el establecimiento comercial que aceptará como medio de pago, tarjetas de crédito y débito; para el efecto brinda la infraestructura necesaria que permite establecer un canal electrónico de comunicación con el emisor, para que éste a través de su sistema pueda autorizar o denegar la operación según la disponibilidad del crédito o del efectivo de la tarjeta.

En el país existen entidades procesadoras como Visa Net Guatemala, Credomatic y First Data, encargadas de instalar equipo como terminales en punto de venta **pos**, sistemas de caja, pasarelas de pago y aplicaciones móviles que permiten efectuar pagos en los diversos establecimientos comerciales, a los cuales les es aplicable una comisión por facturación, la cual es asignada en función a la categoría que pertenece el comercio.

De este modo podemos determinar que el comercio afiliado no posee una relación directa con el emisor, pues es la entidad procesadora la encargada de solicitar la autorización ante el emisor, quien autorizará o denegará la transacción dependiendo

¹⁵ Cogorno, Eduardo Guillermo. **Teoría y técnicas de los nuevos contratos comerciales**. Pág. 205.



de la disponibilidad de crédito o efectivo de la tarjeta; posteriormente la procesadora es la encargada de acreditar al establecimiento comercial afiliado las ventas que éste haya procesado a través de la infraestructura del procesador.

2.4. Establecimiento comercial, comerciante o comercio afiliado

El Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala, define en su Artículo segundo que son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros, fianzas y las auxiliares de las anteriores

La definición establecida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que es la persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles.

En cuanto al término afiliar, se establece que consiste en incorporar a determinada persona en una organización o en un grupo a efecto de obtener beneficios por su pertenencia.

Podemos definir entonces que un comercio afiliado, o establecimiento comercial es toda persona individual o jurídica que como parte de sus actividades comerciales o profesionales ofrece al público bienes o servicios dentro o fuera del territorio y que para el efecto ha suscrito con anterioridad un contrato con la entidad procesadora para



aceptar como medio de pago tarjetas de crédito y débito, procesando dichos cobros a través de la infraestructura que para el efecto le ha sido otorgada.

En la actualidad al recibir la tarjeta y procesarla, el establecimiento comercial es quien tiene contacto directo con el tarjetahabiente, y quien como parte de su operación debe solicitar la autorización, solicitar firmas en vouchers y validar la identidad de quien porta la tarjeta para comprobar que se trata de una operación legítima; al finalizar las operaciones, este es el encargado de realizar los cierres en los equipos, contabilizando las ventas procesadas, para reclamar el pago a el procesador y que éste a su vez pueda solicitar el pago a la red de tarjetas y al emisor.

2.5. Tarjetahabiente

Es el titular de una tarjeta de crédito o débito que ha sido conferida por una institución bancaria a determinada persona, a efecto de hacer uso de un crédito revolvente, o bien acceder a través de una tarjeta a los fondos que este posee en su cuenta corriente de depósitos monetarios o de ahorros.

“El usuario es la persona tenedora legítima de la tarjeta, cuya solvencia, responsabilidad y honorabilidad ha sido debidamente constatada y confirmada por la entidad emisora con anterioridad a la emisión aprobación de la respectiva solicitud y a la emisión de la respectiva tarjeta identificadora.”¹⁶

¹⁶ Muguillo. **Op. Cit.** Pág.34.

También denominado titular o cliente, es la persona individual o jurídica a quien una entidad bancaria o emisora ha autorizado para hacer uso de una tarjeta, ya sea de crédito o débito en virtud de un contrato suscrito con antelación. La relación que éste sujeto posee, es directamente con el emisor o entidad bancaria y con el comercio afiliado al momento de realizar pagos con la tarjeta que le ha sido otorgada para el efecto.

2.6. Entidades interventoras

Existen entidades del sector público y privado que intervienen de forma activa en la operación de tarjetas, que se encuentran facultadas para aportar cambios y han sido constituidas para monitorear la operatoria de tarjetas, entre ellas podemos mencionar:

2.6.1. Superintendencia de bancos

La Superintendencia de Bancos, es una entidad técnica que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y otras instituciones financieras establecidas por la ley, es decir, el sistema financiero nacional.

El Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Supervisión Financiera, establece en su Artículo 1 que la Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos,



sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y otras.

Al referirse a supervisión, el Artículo 2 del cuerpo legal en mención, establece que la Superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables, según dicha definición legal esta entidad básicamente es la encargada de brindar la normativa administrativa, procesal y sustantiva de la operación.

Entre las funciones designadas por la ley se establece que la Superintendencia es responsable de evaluar las políticas, procedimientos, normas y sistemas de las entidades y asegurarse que cuenten con procesos integrales de administración de riesgo, así como dictar en forma razonada las instrucciones tendientes a subsanar las deficiencias.

Está además está facultada para normar de manera general y uniforme, los requisitos mínimos que las entidades sujetas a su supervisión debiendo exigir a los auditores externos o firmas de auditoría en la realización de auditorías externas a las mismas. Adicionalmente debe participar y formar parte de organismos, asociaciones, entidades y foros internacionales de supervisión, así como poder suscribir y adherirse a declaraciones emitidas por éstos, de conformidad con la ley.



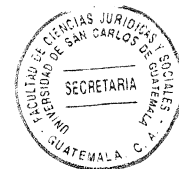
Según el boletín grupos financieros de septiembre de 2017, la Superintendencia de Bancos, actúa como ente supervisor de “entidades emisoras de tarjetas como Contécnica S.A., Tarjetas de Crédito de Occidente, S.A., Tarjeta Agromercantil, S.A., Credomatic de Guatemala, S.A., G&T Conticredit, S.A., Tarjetas Promerica, Limitada.

Sin embargo, sus funciones no son explotadas, pues no aporta una política sólida y estructurada que permita brindar lineamientos técnicos, operativos y legales para actuar de forma preventiva ante posibles riesgos y fraudes específicamente en materia de emisión, uso y procesamiento con tarjetas.

La Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Verificación Especial, vela por el cumplimiento de las obligaciones para prevenir la comisión de delitos como lavado de dinero a través de la operación con tarjetas, sin embargo, es el único delito que esta entidad monitorea en la operación con tarjetas.

El Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros activos, establece que tiene como objeto prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito.

Asimismo, establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas, entre las cuales menciona en su Artículo 18 numeral tercero, a las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.



2.6.2. Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala

La Asociación de Emisores de Medios de Pago de Guatemala, también conocida por sus siglas AEMPG, es una entidad privada, no lucrativa y de carácter gremial cuya función es específicamente promover el incremento y desarrollo de medios de pago, divulgar buenas prácticas de uso, velar por el sistema de medios de pago electrónico, asesorar, capacitar y coadyuvar en casos de ilícitos cometidos con tarjetas.

También redes como Visa y MasterCard, manejan manuales operativos de observancia obligatoria para emisores y procesadores, dedicados específicamente al fortalecimiento institucional y a proporcionar los mecanismos necesarios para prevenir y disminuir la comisión de fraudes a nivel mundial; para ello suscriben acuerdos con las entidades involucradas a efecto de asegurar que estas observen y apliquen los métodos.

Sin embargo, no existe una entidad centralizadora que se encargue de regular la operación de tarjetas, pues cada institución utiliza los mecanismos que considera pertinentes; al existir un vacío legal en la materia, no se encuentra regulada de forma universal e imperativa, la estructura, organización y funcionamiento de la operatoria de las tarjetas de crédito y débito en el territorio de la República de Guatemala.

CAPÍTULO III

3. Estructura y características físicas de las tarjetas

Las tarjetas de crédito y débito son piezas de pvc laminado o plástico cuyas dimensiones y características generales han adquirido absoluta uniformidad por la virtualidad del uso y necesidad técnica; el tamaño de la mayoría de las tarjetas de crédito es de ocho punto cinco centímetros de largo por cinco punto tres centímetros de ancho y poseen bordes redondeados, este tipo de características se observan en la mayor parte de tarjetas nacionales y extranjeras.

Dependiendo de la red de tarjetas de que se trate, las tarjetas pueden contener de 15 a 16 dígitos, como referencia se puede establecer que las tarjetas Visa y MasterCard están conformadas por cuatro bloques de cuatro números haciendo un total de 16 dígitos; en tarjetas American Express, encontramos 15 dígitos divididos en tres bloques, siendo el primero y el tercero de cuatro dígitos y el segundo conformado por seis dígitos.

La numeración de las tarjetas es única y puede encontrarse en relieve o impresa en el anverso del plástico; su función principal es identificar al emisor a través de la impresión que la misma contiene de logos, marcas y distintos, e individualizar al tarjetahabiente, a través de los datos consignados en las mismas; otra de sus características físicas es el componente microchip ubicado en la parte frontal del plástico, y o una banda magnética de color negro o marrón de aproximadamente ocho punto tres centímetros de largo por uno punto tres centímetros de ancho.

Las tarjetas poseen impresión personalizada de logos y diseños que identifican al emisor, encontrándose dicha impresión en el anverso del plástico, así como el o los nombres del tarjetahabiente, fecha de emisión y vencimiento de la tarjeta, los cuales pueden encontrarse impresos o en relieve.

Al frente de la tarjeta o bien en la banda magnética, existe un holograma de tercera dimensión, utilizado como un signo distintivo de cada marca de tarjeta, que representa seguridad y originalidad.

Otra de las características que se puede apreciar en las tarjetas es el código cvv, por su nombre en inglés card verification value, el cual es un código numérico que se graba en la banda magnética de cada tarjeta, lo cual permite que, al momento de realizar una transacción a través de una terminal de lectura, el banco emisor a través de un sistema automatizado coteje el cvv contra el registro asignado para dicho plástico. Las características funcionales de las tarjetas atienden a la red o marca de las mismas, a la región en que son emitidas y a la tecnología de procesamiento con la que se cuenta.

3.1. Tarjetas de banda magnética

La tarjeta de banda magnética, es una tarjeta que se utiliza en tarjetas de crédito como parte de sus características físicas está posee una banda también denominada como magstripe o magnetic stripe, compuesta por pequeñas partículas incrustadas en una matriz de resina y que pueden almacenar información mediante una codificación determinada.

“La banda magnética fue inventada por la empresa IBM en el año de 1960; ésta es grabada o leída mediante contacto físico, deslizándola a través de una cabeza lectora y escritora gracias al fenómeno de la inducción magnética. El formato y estructura de datos que estas poseen se encuentran regulados por los estándares internacionales.”¹⁷

Este tipo de tarjetas son utilizadas en la actualidad como tarjetas de crédito y débito; sin embargo, por ser vulnerables a falsificación, la emisión ha reducido considerablemente en los últimos años. Debido a la composición química de la banda, es posible escribir o codificar información en ella. La banda magnética se codifica cuando pequeñas partículas se magnetizan en diferentes direcciones después de someterlas a impulsos electromagnéticos.

Hoy en día, uno de los sistemas de identificación automática ampliamente utilizado es el de banda magnética, su bajo costo y confiabilidad ha hecho posible que su difusión alcance una gran gama de aplicaciones. Un lector detecta y decodifica los cambios de polaridad y traduce el código binario a alfanumérico.

3.2. Tarjetas de Chip

También denominadas tarjetas inteligentes, smart cards, o tarjetas con circuito integrado, son aquellas que permiten la ejecución de cierta lógica programada con varias propiedades especiales como procesadores criptográficos seguros; es capaz de proveer servicios de seguridad que garantizan confidencialidad de la información.

¹⁷ Muguillo. **Op. Cit.** Pág.38.



El estándar denominado emv, acrónimo de Europay, MasterCard y Visa, que son las compañías desarrolladoras, es un estándar de interoperabilidad de tarjetas con circuito integrado o tarjetas chip el cual se ha implementado mundialmente de forma gradual, para la autenticación de pagos mediante tarjetas de crédito y débito, con el objetivo del reemplazo total de las tarjetas que poseen bandas magnéticas con el beneficio de la reducción del fraude en virtud de la tecnología de la que se hace uso.

Las aplicaciones fundamentales de las tarjetas inteligentes son la identificación del titular de la misma, el pago electrónico de bienes o servicios mediante dinero virtual y el almacenamiento seguro de información asociada al titular.

Las tarjetas inteligentes también son muy utilizadas como un monedero electrónico, estas aplicaciones disponen normalmente de un fichero protegido que almacena un contador de saldo y comandos para disminuir y aumentar el saldo con claves de seguridad especiales.

El chip de la tarjeta inteligente puede ser cargado con dinero que puede ser utilizado en parquímetros, máquinas expendedoras u otros mercados; protocolos criptográficos protegen el intercambio de dinero entre la tarjeta inteligente y la máquina receptora. Este tipo de tarjetas multiplican las posibilidades de identificación y autenticación, se pueden almacenar de forma segura certificados digitales o características biométricas en ficheros protegidos dentro de la tarjeta, de modo que estos elementos privados nunca salgan de la tarjeta y las operaciones de autenticación se realicen a través del propio chip criptográfico de la tarjeta.

3.3. Modalidades virtuales de pago

Con el avance tecnológico, la industria de tarjetas ha revolucionado su operación a efecto de modernizar sus procesos de pago y cobro, automatizándolos y sobre todo implementando mecanismos que brinden comodidad y rapidez para los tarjetahabientes, o usuarios de las mismas, esto sin dejar a un lado la seguridad transaccional que deben observar las entidades financieras y procesadoras.

Al hacer uso de aplicaciones móviles, se tiene por objeto desmaterializar la operación, resultando funcional para operaciones de comercio electrónico, en donde no es posible contar con la tarjeta de forma física; puede entonces el tarjetahabiente realizar compras o transferencias desde su tarjeta de crédito o débito ingresando a las plataformas, páginas web o aplicaciones destinadas para el efecto.

Las empresas procesadoras de tarjetas tienen un rol importante, pues son las encargadas de brindar el licenciamiento de aplicaciones, programas, sistemas y páginas en donde se procesarán las transacciones y validarán procesos de seguridad para la legitimidad de las operaciones.

También, las redes de tarjetas se encargan de lanzar productos innovadores que las procesadoras implementan para agilizar la operación; actualmente en Guatemala existen soluciones móviles para dispositivos que permiten aceptar pagos electrónicos con tarjetas de banda magnética y de chip, su funcionamiento requiere el uso de un celular inteligente que posea conectividad a internet, a efecto de enlazar servidores de

comunicación que permitan autorizar o denegar las transacciones realizadas a través del procesador.

Cabe mencionar las transacciones procesadas a través de comercio electrónico, denominado en la industria como e-commerce, negocios por internet negocios online, el cual consiste en la compra y venta de productos o de servicios a través de medios electrónicos, a través de pasarelas virtuales de pago con conectividad a internet, páginas web, utilizando como forma de pago las tarjetas de crédito y débito principalmente.

3.4. Transacciones por medio de código de transferencia

Otra modalidad que ha tomado auge en Guatemala en los últimos años es la de las transacciones realizadas a través de códigos denominados QR. “Un código QR según sus siglas en ingles quick response que traducido al español significa respuesta rápida, es un código de barras utilizado para contener información en una matriz de puntos bidimensional tanto horizontal como vertical que contiene información codificada en ella, a diferencia de los tradicionales códigos de barras, los cuales solo pueden almacenar información en una sola dimensión horizontal.

Para poder decodificarlo es necesario el uso de un teléfono móvil con cámara y de un programa que sea capaz de traducir este tipo de lenguaje. Estos códigos pueden ser visualizados desde cualquier ángulo sin perder la información original contenida.”¹⁸

¹⁸ Diputación provincial de Cádiz. **Manual de códigos QR**. Pág. 2.

Las características técnicas de estos códigos es que pueden contener más información que los antiguos códigos de barras; aunque el uso de estos códigos no es exclusivo para el procesamiento de tarjetas de crédito y débito, la inclusión de éste sistema en teléfonos móviles ha permitido nuevos usos orientados al tarjetahabiente, que se manifiestan en comodidades al evitar introducir datos de forma manual, pues el código contiene la información necesaria.

Este tipo de códigos se leen en el dispositivo móvil por un lector específico (lector de QR) y de forma inmediata re direcciona a una página o aplicación móvil; Para ello el tarjetahabiente titular previamente ha realizado un proceso de registro de información de la tarjeta tal como la numeración y código de transferencia que es otorgado por el emisor para asegurarse que el uso de la tarjeta provenga directamente por parte del titular de la misma.

Para que esta modalidad sea útil, el establecimiento en donde se realizará el pago, debe contar con suscripción a dicho servicio: para el efecto, la entidad procesadora de tarjetas otorgará el código QR que identifique e individualice al establecimiento.

3.5. Modalidad por aproximación o contactless

Las características principales del sistema de aproximación o contactless se basan en la velocidad de transmisión de datos y en el corto alcance de la transmisión entre los dispositivos; a partir de una separación superior a los 10 centímetros, esta comunicación no funciona, por lo que la interceptación resulta complicada;

adicionalmente permite el envío y recepción de datos en simultáneo a una velocidad de transmisión elevada, por lo que esta tecnología es adecuada para la realización eficiente de transacciones y pagos con tarjetas que poseen este tipo de tecnología.

Aunque en Guatemala no se ha potencializado esta modalidad, hay importantes avances en el segmento de apertura de nuevos canales de pago por proximidad; las tarjetas a utilizar en este tipo de operación son muy similares físicamente a las tarjetas de chip o de banda magnética, con la diferencia de que utilizan tecnología NFC o near field communication.

“La tecnología NFC, es la comunicación en campo cercano de comunicación inalámbrica a corto alcance y elevada frecuencia, permitiendo el intercambio de informaciones entre periféricas hasta una distancia de aproximadamente diez centímetros; cuando dos dispositivos con NFC se aproximan lo suficiente para que sus campos magnéticos entren en contacto, se produce un acoplamiento por inducción magnética para transferir energía y datos entre ellos.”¹⁹

Para la operación solamente es necesario que el tarjetahabiente acerque la tarjeta a una terminal sin contacto, es decir sin tener que introducirla en la ranura del chip o en el lector de banda magnética. La comunicación por radiofrecuencia, tiene como beneficio que por la cercanía en que se opera se evita el contacto con dispositivos que puedan sustraer la información del usuario y darle un uso fraudulento.

¹⁹ Chavarría, Daniel. **Tecnología de comunicación de campo cercano (NFC) y sus aplicaciones.** Pág. 29.

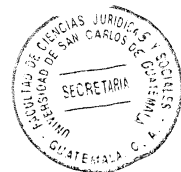
3.6. Dispositivos lectores

Son dispositivos que permiten acceder o leer los datos que contiene una tarjeta de débito o crédito, cuyo funcionamiento se basa en el empleo de una línea telefónica, red de comunicación o de internet a la que se conecta un dispositivo especializado, que permite comunicar a un establecimiento comercial, con los centros de datos de las procesadoras de tarjetas, quienes a su vez validan e intercambian información con las entidades bancarias.

El objetivo de estos dispositivos es mecanizar la función de cobro en el comercio cuando el pago de una venta se realiza a través de tarjetas de crédito o débito. Entre estos podemos mencionar terminales puntos de venta, también denominadas como datafonos, point of sale (pos), terminales de caja múltiple, terminales pin pad, equipos gprs o inalámbricos, lectores móviles y terminales sin contacto; esto para modalidades en donde se cuenta con la tarjeta.

3.7. Operación de cobro y pago con tarjetas

La operación depende del tipo de transacción que se realizará, ya sea de forma física contando con la tarjeta presente o virtual si se tratase de transacciones de comercio electrónico, mediante códigos de transferencia. El cobro-pago a través del sistema interconectado entre el comercio, la procesadora y entidad bancaria, permite que se aprueben o denieguen las transacciones; al contar con la autorización, se imprime un



comprobante denominado voucher, que cuenta con los datos de la transacción y del consumo realizado, el cual el tarjetahabiente deberá firmar si se trata de transacciones presenciales, proceso no aplicable para transacciones electrónicas.



CAPÍTULO IV

4. El delito y sus elementos

“El delito como motivo de existencia del derecho penal y como razón de toda actividad punitiva del Estado, al igual que el mismo derecho penal, ha recibido varias denominaciones a través de la evolución histórica de las ideas penales, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad. También es considerado como aquella conducta o conductas que, siendo carentes de valores, intereses o bienes importantes para la comunidad están castigadas por una ley en sentido estricto.”²⁰

El Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, no brinda una definición de delito, sin embargo, la doctrina otorga varias definiciones; Desde un punto de vista formal es toda conducta que el legislador sanciona con una pena; sustancialmente, puede definirse que es el comportamiento humano que a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal; y de una forma dogmática puede establecerse que es la acción o conducta típica, antijurídica, culpable y punible, que supone una conducta infraccional.

El delito es considerado como la acción, o en su defecto omisión deliberada a la normativa vigente, que recibirá un castigo, porque está tipificada y penada en la ley. Al

²⁰ Herrero Cesar. **Criminología parte general y especial**. Pág. 140.



hablar de los elementos del delito se refiere a sus partes integrantes; los cuales pueden ser: elementos positivos y elementos negativos.

4.1. Elementos positivos del delito

Para poder establecer qué acción debe considerarse como delictiva, es necesario analizar los elementos que ésta conlleva, tales como los elementos positivos del delito, que son todas las características comunes que tiene la conducta humana, para ser encuadrada dentro de un injusto penal y que dan la aplicación de una pena, tales como la acción u omisión, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

4.1.1. Tipo penal y tipicidad

“El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva que tiene como función, la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).”²¹

Al indicar que el delito es una acción típica, se refiere a toda conducta humana que encuadra en uno de los tipos penales vigentes; la tipicidad es la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal. No debe confundirse el tipo con la tipicidad, pues el tipo es la fórmula que pertenece a la Ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta; es entonces el tipo penal, la descripción concreta de la conducta punible, por ello afirma que quien

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general**. Pág.306.

realiza el tipo penal se comporta en la manera descrita en la materia de la norma, obra siempre en forma contraria a la norma.

Algo importante es que para encuadrar determinada acción u omisión debe existir dentro del ordenamiento el tipo, pues en caso contrario no puede dicha acción u omisión calificarse como delito.

4.1.2. Antijuricidad

Este elemento positivo del delito puede definirse como la contradicción entre la conducta cometida y el ordenamiento jurídico, cuyos efectos son la contravención a una norma penal, la existencia de una lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma. En síntesis es la actuación contraria a lo regulado en el ordenamiento jurídico; se le define como el desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del derecho en general.

La antijuricidad se define tomando en cuenta tres puntos de vista como lo son su aspecto formal, su aspecto material y la valoración positiva o desvaloración que se lleva a cabo de su aspecto formal o material. El autor Vincenzo Manzini con respecto a la antijuricidad señala que formalmente se establece que la antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido previamente por el Estado. Materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

4.1.3. Culpabilidad

Según la definición del diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio, se define: los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido *lato*, significa la posibilidad de imputar a una persona un delito; en sentido *estricto*, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad penal. La culpabilidad, se describe como conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al derecho por medio de su conducta.

4.1.4. Punibilidad

La acción típica, antijurídica y culpable constituye el presupuesto principal de la pena, dicho esto podemos establecer que el delito es condición de la pena. También puede considerarse que es la "situación en que se encuentra quien, por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo, hay circunstancias en que, aun existiendo la infracción penal y su autor, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador."²²

Es fundamental, el análisis de la naturaleza funcional de la punibilidad como parte del delito, para determinar el papel que juega ésta en la construcción técnica del delito, se busca la ubicación de la pena de manera funcional dentro de la teoría general del delito.

²²Ibíd. Pág. 796.

El estudio de la punibilidad dentro de la teoría general del delito, se circunscribe a la resolución del problema del delito que se plantea la doctrina jurídico penal, para la resolución de que si la pena consiste en un elemento característico del delito o es una consecuencia del mismo.

4.2 Elementos Negativos del delito

Son elementos negativos del delito, aquellos que buscan librar de responsabilidad al autor de una acción u omisión de carácter ilícito y antijurídico; dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco caben mencionar: ausencia de acción o falta de acción, la ausencia del tipo o atipicidad, las causas de justificación, la inimputabilidad las causas de inculpabilidad, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, y las excusas absolutorias.

4.2.1. Ausencia de acción

Es el conjunto de circunstancias que, al ser consideradas o analizadas en determinados casos, excluyen la responsabilidad del sujeto activo que ha observado un comportamiento que, de no mediar esa falta de acción, constituiría una acción delictiva; Se considera que no existe acción en el caso de que se emplee en contra de una persona, fuerza física irresistible que se obliga a cometer un acto que no cometería de no mediar la misma. Para algunos autores la ausencia de acción, también es denominada como ausencia de conducta, denota la falta de hacer por parte de determinado sujeto.

4.2.2. Ausencia del tipo o atipicidad

Es el fenómeno en virtud de la cual determinada conducta humana no encuadra exactamente en algún tipo legal, motivo por el que no resulta posible sancionarla penalmente, pues esto atentaría contra el principio de legalidad ya que no se encuentra previamente calificada como delito, el acto ejecutado no coincide con ninguna de las conductas descrita por la Ley penal.

4.2.3. Causas de justificación

Éste es el lado negativo de la antijuridicidad, ya que lo constituyen circunstancias que el ordenamiento jurídico reconoce como justificativas de la acción de determinada persona, despojándole su antijuridicidad, aun cuando en circunstancias normales debería sancionarse porque lesiona un bien jurídico tutelado.

El ordenamiento penal guatemalteco define las causas de justificación de una conducta normalmente antijurídica de una persona, siendo éstas, la legítima defensa, el estado de necesidad, y el legítimo ejercicio de un derecho.

4.2.4. La inimputabilidad

Es el aspecto negativo de la imputabilidad; lo cual ocurre en los adultos en forma general cuando están en el pleno goce de sus facultades físicas, mentales y volitivas; pues se les considera con aptitud para conocer la naturaleza del acto que realiza.



Las causas de inimputabilidad son verdaderas exenciones de responsabilidad penal porque la imputabilidad está ausente. Entre las causas de inimputabilidad está la falta de desarrollo mental, dentro de la cual puede comprender la minoría de edad y la sordomudez, la enajenación mental (falta de salud mental).

“En el derecho penal guatemalteco actualmente tiene vigente como causas de inimputabilidad, a) el menor de edad; b) quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.”²³

4.2.5. Causas de inculpabilidad

Se puede decir que las causas de inculpabilidad, al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, no está justificada; en ese sentido, las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe: dolo, culpa o preterintencional. El Artículo 25 del Código Penal regula como causas de inculpabilidad: el miedo invencible, la fuerza exterior, el error, la obediencia debida y la omisión justificada.

²³ Berducido Mendoza. Héctor E. **Derecho penal**. Pág.131.

Las causas de inculpabilidad, las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente no está justificada; las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito.

4.2.6. La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad

Cuando no se dan las circunstancias descritas a manera de modalidades del tipo funcionan como formas atípicas que destruyen la tipicidad. Cuando en la acción del sujeto faltan las condiciones objetivas de punibilidad, evidentemente tal conducta no puede ser sancionada y es en este supuesto que se da la ausencia de condiciones objetivas de la punibilidad.

4.3. Principios del derecho penal

El derecho penal, como toda rama del derecho, posee un conjunto de principios, los cuales son ideas fundamentales, lineamientos o directrices que inspiran y dan sentido al derecho penal y a su vez limitan la facultad punitiva (*ius puniendi*) que tiene el Estado como ente soberano.

Entre estos podemos mencionar el principio de necesidad de la intervención penal, de subsidiariedad y carácter fragmentario, de intervención mínima, de lesividad o de

exclusiva protección de bienes jurídicos, de humanidad de las penas, de culpabilidad, de proporcionalidad, de resocialización, y de legalidad, entre otros.

En enfoque al objeto de estudio, es necesario desarrollar y comprender específicamente el principio de legalidad; sin duda éste es el principio más relevante, fundamental y garantista; sus bases se encuentran en los fundamentos de la ilustración y separación de poderes; sus funciones pueden resumirse en que constituye una exigencia al poder legislativo, ya que los derechos y obligaciones de los ciudadanos deben estar recogidos en normas jurídicas, a efecto de no vulnerar los derechos ni crear obligaciones contrarias a las normas aprobadas por el legislador.

Asimismo, las normas jurídicas tienen como finalidad adecuar las conductas de los miembros de la sociedad, para ello, se exige que la norma deba aprobarse y publicarse con anterioridad a la ejecución del acto regulado. Este principio comporta una serie de garantías y de exigencias que deben ser respetadas por cualquier órgano jurisdiccional; como el principio de legalidad de las penas *Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege* (no hay pena sin ley escrita, cierta y anterior que lo establezca como tal).

El principio de legalidad de las penas, es un axioma jurídico, en virtud del cual no se puede sancionar si la pena no ha sido previamente establecida a su perpetración por una ley escrita y cierta.

“La obligación de Estado de tipificar los delitos deriva del principio de legalidad, todo lo que no está prohibido está permitido una de las reglas fundamentales del Estado de



derecho. De este modo, en cada legislación nacional o internacional, cada uno de los delitos que se pretenden castigar debe ser tipificado, o lo que es lo mismo, descrito con precisión. Si una conducta humana no se ajusta exactamente al tipo penal vigente, no puede considerarse delito. De este modo una norma penal está integrada por dos partes: el tipo y la pena.”²⁴

La Constitución política de la República de Guatemala establece en su Artículo 17, establece que no hay delito, ni pena, sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración; asimismo, el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, establece en su Artículo 1 que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley.

El Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, a su vez establece una serie de principios básicos y garantías procesales, en los cuales establece que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad (*Nullum poena sine lege*) y que no podrá iniciarse proceso, ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal. (*Nullum proceso sine lege*).

²⁴ Zaffaroni Eugenio. **Tratado de derecho penal**. Pág.60.



Se hace referencia a estos preceptos legales, en virtud de la controversia existente y la problemática de tipicidad que conllevan las acciones ilícitas cometidas con tarjetas de crédito y débito en Guatemala, que, si bien es cierto no se encuentran taxativa y expresamente tipificadas en la ley, si suponen una conducta infraccional y lesiva a los intereses de la población en general, afectando el fin supremo del Estado, que constitucionalmente es el bien común.

Es por esto que, al momento de encontrarse el Ministerio Público, como ente encargado de la investigación y persecución penal, ante una acción ilícita cometida con tarjetas, se ve en la necesidad de encuadrar en tipos penales que reúnan algunas de las características principales de la acción cometida, en virtud de que el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, no contempla en sus disposiciones legales tipos penales específicos en materia de tarjetas.

4.4. Legislación guatemalteca en materia penal aplicable a tarjetas

Como precedente, es necesario hacer mención del Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Tarjeta de Crédito, el cual fue publicado el ocho de diciembre del año 2015, entrando en vigencia el ocho de marzo de 2016, el cual se considera el primer cuerpo legal que contempla tipos penales y regulatoria en procesamiento y uso de tarjetas.

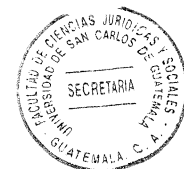
Dicho cuerpo legal regula intereses, emisión y uso de tarjetas, y en su capítulo séptimo, establece delitos como clonación de tarjetas de crédito, aprovechamiento de tarjeta de

crédito clonada, uso fraudulento de tarjeta de crédito, y una adición sustancial, incorporando el Artículo 264 bis, al Decreto 17-73 del Congreso de la República Guatemala, Código Penal, en donde se incorporó la estafa por medio de tarjetas.

En el Artículo 31, el Decreto en mención hace referencia de que se comete delito de clonación de tarjeta de crédito, quien sustraiga, copie, reproduzca, grabe o altere la información contenida en la banda magnética o en el medio de identificación electrónica, óptica o de cualquier otra tecnología que posea la tarjeta de crédito. También comete este delito quien sin causa legítima o sin consentimiento de quien esté facultado para ello, imprima o troquele mediante cualquier tecnología un instrumento de características similares a una tarjeta de crédito.

Asimismo, regula el delito de aprovechamiento de tarjeta de crédito clonada, para quien adquiera, posea, detente, utilice, enajene, comercialice, distribuya o introduzca al país tarjetas clonadas.

Se crea también el delito de manipulación de datos de tarjeta, indicando que se comete dicho delito si no se cuenta con autorización expresa del titular de la tarjeta, del responsable o representante legal, para capturar, sustraer, interceptar, copiar, alterar, eliminar o agregar datos o información sobre tarjetahabientes, en las bases de datos o archivos propiedad del emisor, operador o comercio afiliado; o bien, en caso de hacer uso ilegítimo de la información del tarjetahabiente para enajenar o comercializar la misma o realizar consumos o cargos que no correspondan o modifiquen la cuantía.



Otro de los preceptos legales, es el de uso fraudulento de tarjetas, estableciendo que comete dicho delito quien utilice una tarjeta legítimamente emitida, que ha sido robada, hurtada o extraviada.

El Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Tarjeta de Crédito, a su vez incorpora al Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, la estafa por medio de tarjeta de crédito o débito haciendo referencia de que comete este delito quien produzca, reproduzca, imprima, use o comercialice tarjetas sin estar facultado, así como quien posea, distribuya o utilice tarjetas teniendo conocimiento de su falsificación.

El Artículo 36 del Decreto 7-2015 del Congreso de la República de Guatemala, refiere a la reforma al Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, incorpora el Artículo 264 bis, el cual regula que también se comete delito de estafa, al obtener o utilizar información electrónica o acceder a los equipos electromagnéticos de emisores u operadores, así como manipular o modificar cajeros automáticos con el objeto de obtener los datos de los tarjetahabientes; los delitos antes referidos contemplan una pena inmutable de prisión, de seis a 10 años de prisión y multa de 150,000 a 500,000 quetzales.

Sociedades mercantiles como Contécnica, Banco Industrial Banco Agromercantil de Guatemala, Banco Ficohsa Guatemala, Banco Azteca de Guatemala, Banco de América Central, Credomatic de Guatemala, Banco de Desarrollo Rural, Banco

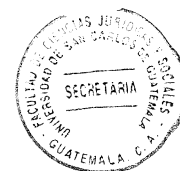


Internacional, G&T Conticredit, Banco Inmobiliario, Cititarjetas de Guatemala Limitada, Multicredit, Tarjetas de Crédito de Occidente, Banco de los Trabajadores, Banco de Antigua, y Banco de Crédito, promovieron dos acciones de amparo en contra del Congreso de la República de Guatemala, al reclamar la amenaza y violación de sus derechos, a lo cual con fecha cuatro de mayo de 2017 la Corte de Constitucionalidad se pronunció.

Las acciones constitucionales fueron presentadas el seis de enero de 2017, ante la Secretaría General de la Corte de Constitucionalidad, en donde en ambos amparos se reclamaba la amenaza inminente de la entrada en vigencia del Decreto 7-2015 del Congreso de la República, el cual había sido aprobado por el pleno del Congreso de la República de Guatemala con fecha cinco de noviembre de 2015.

Entre las violaciones denunciadas se menciona la libertad de industria, comercio y trabajo, a los principios de seguridad jurídica, de legalidad y de debido proceso, así como a los parámetros constitucionales que rigen el proceso de formación y sanción de las leyes y los que determinan las atribuciones del Banco de Guatemala, de la Junta Monetaria y de la Superintendencia de Bancos.

Al suspenderse provisionalmente, quedo un vacío legal en el ordenamiento jurídico penal al no contar con legislación que permita encuadrar tipos penales específicos para acciones antijurídicas en materia de tarjetas de crédito y débito.



4.5. Acciones ilícitas cometidas con tarjetas

“La acción ilícita o el elemento físico o de ejecución externa del delito”²⁵; El acto ilícito es definido como “la violación del derecho ajeno, la omisión del propio deber; el daño causado por culpa o dolo en la persona de otro, o en sus bienes y derechos, el contrario a las buenas costumbres y a los principios imperativos de un núcleo organizado.”²⁶

Existen varias acciones ilícitas y fraudulentas en las que se ven implicadas las tarjetas de crédito y débito, en cuanto a la información que se sustrae de éstas, afectado el patrimonio de quienes las utilizan como medio de pago.

En la industria de tarjetas y entidades financieras, es común el uso de términos como clonación, suplantación de identidad conocida como phishing, pharming, entre otros; en Guatemala como se ha referido con anterioridad, este tipo de acciones no pueden señalarse como tipos penales al no encontrarse encuadrados y establecidos dentro del ordenamiento jurídico penal vigente.

4.5.1. Clonación de tarjetas

Se refiere a una copia exacta de algo y el término se ha popularizado en el medio de tarjetas de crédito y débito; este proceso también conocido como skimming,, es un método de falsificación de tarjetas, por medio del cual se duplican los datos contenidos en la banda magnética con el fin de obtener autorizaciones válidas.

²⁵ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 22.

²⁶ **Ibíd.** Pág.37.



También puede definirse como una modalidad de obtención ilícita de información con fines meramente fraudulentos y en perjuicio de un tercero, realizada a través de datafonos, terminales pos o de cajeros automáticos, copiando o escaneando la información de la cuenta y demás datos de la tarjeta de crédito o débito de la víctima, creando una réplica que tiene los mismos alcances y limitaciones que la tarjeta que ha sido afectada, en cuanto a los registros que la entidad bancaria o financiera posee dentro de su base de datos.

Una tarjeta falsificada o clonada es una tarjeta impresa, embozada o codificada sin autorización del emisor, o que ha sido válidamente emitida y posteriormente ha sido alterada o decodificada; la mayor parte de casos por falsificación, proviene de la información genuina de la tarjeta, la cual es copiada electrónicamente en otra tarjeta.

A través de este proceso, se copian electrónicamente los datos de tarjetas que han sido robadas, hurtadas, extraviadas, o que han sido utilizadas como medio de pago; y se transmiten o almacenan a efecto de crear tarjetas falsas con bandas magnéticas aparentemente válidas.

“Como antecedente en el año de 1989, Visa International, introdujo el programa de valor de verificación de tarjetas, cvv, como una forma de contrarrestar la epidemia mundial de fraudes provocada por la falsificación de banda magnética; hasta la fecha, esta característica ha reducido considerablemente las pérdidas por falsificación.”²⁷

²⁷ Visa International. **Manual Commercial Cards Visa**. Pág. 50.



Los escenarios para la falsificación de banda magnética abarcan desde comercios falsos o locales preparados con el expreso propósito de obtener datos de banda magnética al momento de efectuar compras o realizar consumos, uso de cajeros automáticos, hasta conexiones telefónicas para capturar datos de cuentas, durante la solicitud de autorizaciones.

Para el efecto se utiliza un dispositivo conocido como skimmer, que permite copiar la información contenida en la banda magnética de la tarjeta. “El skimmer se ha convertido en la herramienta más utilizada por los delincuentes para clonar tarjetas; pese a que sirve para efectuar clonación, es de fácil adquisición vía internet y a un costo que oscila entre 80 a 100 dólares estadounidenses; esta herramienta permite almacenar entre 15 y 20 claves de tarjetas.”²⁸

El skimmer, es un aparato que utiliza la misma tecnología que se utiliza en los cajeros automáticos y lectores legítimos de datafonos o pos, utilizados por las procesadoras de tarjetas para leer bandas magnéticas; en estos casos se realiza la lectura deslizando la tarjeta por una pequeña ranura del artefacto sin que el tarjetahabiente pueda percibirlo. Los datos quedan almacenados para transferirlos posteriormente a un ordenador. Es necesario contar con un software que permita descodificar la información que mediante fórmulas algorítmicas permita traspasar la información a la tarjeta más simple que tenga banda magnética.

²⁸ <http://www.24horas.cl/nacional/conoce-el-skimmer-lo-mas-utilizado-para-clonar-tarjetas-250832>
(Consultada: 28 de septiembre de 2016).

La consecuencia principal de este tipo de operación, es que, al clonar la banda magnética, los delincuentes cometen una serie de acciones que como resultado final afecta el patrimonio de los titulares de la línea de crédito o débito, pues se gira dinero y se adquieren productos y/o servicios con cargo a la cuenta de la víctima, como si ésta las hubiere realizado.

4.5.2. Suplantación de identidad o phishing

El auge de la tecnología ha generado un impacto en la población mundial, y Guatemala no es la excepción; es una nación que tiene un alto consumo en tecnología, lo cual se refleja en las estadísticas del observatorio de ciberseguridad en América Latina y el Caribe, la Organización de los Estados Americanos OEA y el Banco Interamericano de Desarrollo BID, en las cuales se indica que la cantidad de personas con acceso a internet es de 3,683,564 , que convierte a Guatemala en el país centroamericano con el mayor número de usuarios presentes en redes sociales:

El crimen organizado ha manifestado un crecimiento exponencial, en el sector financiero, en el cual no existe ningún tipo de control, regulación o legislación que impida y sancione a estos grupos, no solo atacando a instituciones e inclusive su infraestructura, sino también al ciudadano común, quien se ha convertido en el blanco predilecto de estos ciberdelincuentes.

La vulnerabilidad se ha evidenciado través de los medios de comunicación; en el sector bancario nacional, se puede evidenciar un incremento de cibercrímenes que reporta la

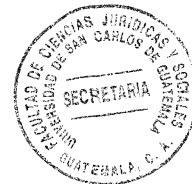
Superintendencia de Bancos en su informe estadístico 2015 y 2016. Las cifras estadísticas, aunque escasas, son alarmantes.

En 2016, según informe de la Unidad de Combate contra los Delitos Informáticos de la Policía Nacional Civil, se evidencia la fragilidad de los usuarios que navegan en internet, reflejando el 49% en casos de ingeniería social y suplantación de identidad.²⁹ Al tener acceso a medios como el internet, el nivel de fraudes se eleva y tal es el caso de la suplantación de identidad

También conocido como phishing, término cuyo origen se deriva de la palabra inglesa fishing que al traducirlo significa pesca, haciendo alusión a que las víctimas, muerden un anzuelo; También se dice que el término phishing es la contracción de password harvesting fishing (cosecha y pesca de contraseñas); la primera mención del término data del año 1996; se caracteriza por que se adquiere información confidencial de forma fraudulenta, como puede ser una contraseña, información detallada sobre tarjetas de crédito o débito u otra información bancaria.

El cibercriminal, conocido como phisher, suplanta la identidad de una persona individual o jurídica de confianza, en una aparente comunicación oficial electrónica, por lo común un correo electrónico, o algún sistema de mensajería instantánea o realizando llamadas telefónicas.

²⁹ Superintendencia de bancos. **Revista Visión Financiera**. Pág.21.



Es una técnica para obtener información confidencial de un usuario que consiste en enviar una cantidad de mensajes por correo electrónico haciéndole creer al consumidor que los mensajes provienen de su banco.”³⁰

Recientemente los intentos de phishing han tomado como objetivo a clientes de bancos y servicios de pago en línea; estudios muestran que los phishers en un principio son capaces de establecer con qué banco una posible víctima tiene relación, y de ese modo enviar un correo electrónico, falseado apropiadamente, a la posible víctima.

En términos generales, esta variante hacia objetivos específicos se ha denominado spear phishing, literalmente pesca con arpón. Los sitios de Internet con fines sociales también se han convertido en objetivos para los phishers, dado que mucha de la información provista en estos sitios puede ser utilizada en el robo de identidad.”³¹

4.5.3. Pharming

La palabra pharming está relacionada con el término phishing, utilizado para nombrar la técnica de ingeniería social que mediante suplantación de correos electrónicos o páginas web, intenta obtener información confidencial de los usuarios como números de tarjetas de crédito o débito y contraseñas.

³⁰ Cayetano, Freddy. **Op. Cit.** Pág.28.

³¹ Oxman Nicolás. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.** Año 2016. Santiago de Chile, República de Chile, Pág.6 (23 de septiembre de 2017).

Es una modalidad de fraude online que consiste en sustituir el sistema de resolución de nombres de dominio o el archivo del sistema operativo, para conducir al usuario a una página web falsa, mediante la implantación de un virus en el sistema.

Para llevar a cabo el pharming se requiere que alguna aplicación se instale en el sistema del usuario a atacar, a través de un correo electrónico, descargas por internet, copias desde discos compactos o memorias usb, etc.

Una de las fuentes que se ha detectado es el envío de correos electrónicos a los clientes en los que se les invita a realizar descargas cuando en realidad es una liga falsa para descargar el virus en el equipo que se trate.

“El phishing y el pharming son dos tipos de fraudes informáticos que han aparecido desde la mitad de la década pasada, cuya finalidad común es la de apoderarse de información personal de un usuario de Internet, para acceder a sus cuentas de correo o de redes sociales y obtener adicionalmente datos de sus contactos virtuales, a fin de comerciarlos ilícitamente, o bien, conseguir claves para de este modo ingresar a las cuentas corrientes bancarias de los titulares y disponer del dinero que en ellas se encuentra, realizando una operación de transferencia de activos a un tercero que se denominada mula o mule.”³²

Tal como puede inferirse, el propósito de ambos comportamientos es variado, porque puede ir desde el tráfico de la información obtenida para que terceros interesados en

³² *Ibíd.* Pág.7



ella realicen envíos masivos de correo no deseado, con fines meramente publicitarios, pasando por el denominado malware o software malicioso, destinado a infectar los computadores, introduciéndose en el sistema operativo o en el disco duro del equipo, para reconducir a un servidor toda la información que se encuentra alojada o se intercambia por el usuario en internet.

Resulta necesario establecer que la diferencia entre ambas conductas se encuentra más que en los medios utilizados para obtener los datos; En efecto, mientras en el phishing se busca reconducir a la víctima a un sitio web falso, en el pharming se introduce un software malicioso o dañino, cuyo objeto es infiltrarse al sistema de información sin el consentimiento de su propietario.

El phishing es la pesca de datos personales a través de Internet que constituye una modalidad de estafa informática; tiene lugar a través del envío masivo de correos electrónicos con enlaces a páginas web falsas, respecto de las cuales se imita el contenido o la imagen de un determinada entidad financiera o bancaria para engañar al destinatario del mensaje, logrando así sustraer la información personal que posibilita el acceso a sus cuentas de débito personal o a numeración de tarjetas.

De este modo, se logra la consumación de un perjuicio patrimonial para el tarjetahabiente mediante el retiro de dinero, o bien, directamente a través de operaciones de compras no consentidas por internet a través de tarjetas de crédito o débito legítimas.

4.5.4. Uso ilegítimo de tarjetas y de documentos de Identidad

El Decreto 51-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, regula el en el Artículo 338 el delito de uso ilegítimo de documentos de identidad, estableciendo que quien usare como propio, pasaporte, cédula de vecindad o cualquier otro documento legítimo de identidad ajeno, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Igual sanción se aplicará a quien cedere a otro, para que lo utilice, su propio pasaporte, cédula de vecindad o documento legítimo de identidad. Al momento de efectuar pago de bienes o servicios a con tarjetas de crédito o débito, como medida de seguridad es requerido el documento de identificación en muchos de los establecimientos, para validar que los datos consignados en el documento y en la tarjeta coincidan; sin embargo, al hacer uso de tarjetas que han sido hurtadas o robadas puede el delincuente presentar también el documento de identificación y hacer uso de este para efectuar el consumo.

4.6. Fraudes con tarjetas, causas y efectos

El término fraude refiere “engaño, abuso, maniobra inescrupulosa”³³; según el diccionario de la lengua española, es considerado como una acción contraria a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete.

³³ Ossorio. **Op. Cit.** Pág.426.

El fraude con tarjetas de crédito o débito implica el uso no autorizado de la información de la tarjeta de una persona, con el propósito de cargar compras en la cuenta de la víctima o extraer fondos de su cuenta; las acciones ilícitas que con anterioridad se han señalado tales como la clonación o skimming, phishing, pharming, son consideradas como fraude, en virtud de la afectación patrimonial que tienen como resultado.

En la industria de tarjetas, se conocen típicamente dos tipos de fraude; los conocidos como fraudes de tarjeta no presente y los de tarjeta presente.

El primer caso se trata del tipo más común y ocurre cuando la información del titular de la tarjeta es utilizada ilegalmente sin la presencia física de la tarjeta; suele ocurrir en línea y puede ser el resultado de acciones como envío de correos electrónicos de phishing o suplantación de identidad, enviados por sujetos que se presentan como instituciones creíbles para robar información personal o financiera a través de un enlace de programa malicioso.

El segundo caso, ocurre al momento de efectuar el pago de un bien o servicio con una tarjeta que ha sido robada, hurtada, o extraviada y que aún no ha sido bloqueada por el titular ante el emisor, por lo que es posible efectuar transacciones haciendo uso de una tarjeta legítima cuya portación deviene de un acto delictivo, o bien en el caso de tarjetas clonadas. La causa principal radica en los mecanismos, políticas y medios deficientes en la operatoria de tarjetas, su efecto conlleva a hablar del daño causado en el patrimonio de las víctimas.

4.6.1. Daño patrimonial

Previo a definir daño patrimonial es necesario conocer que comprende el patrimonio; según lo citado en la revista mexicana de derecho UNAM, el término patrimonio proviene del latín *patrimonium*, que significa bienes o conjunto de cosas corporales, en sentido figurado, significa todos los bienes que pertenecen a una persona por cualquier título.

“El concepto de patrimonio como entidad abstracta y universalidad jurídica sujeta a una regulación específica, no tiene su origen en el derecho romano clásico, nominalmente en el derecho romano al conjunto de cosas pertenecientes a una persona se le designó con el término de *bona*. También se utilizaron indistintamente los términos *res*, *pecunia* para referirse tanto a un conjunto de bienes, al patrimonio neto (activo menos pasivo), o a la susceptibilidad que una cosa fuera objeto del *ius civile* o del *ius gentium*.”³⁴

El patrimonio es el conjunto de bienes propios de una persona o institución susceptibles de estimación económica; al hablar de afectación o daño al patrimonio, se establece que es el perjuicio causado a los bienes de una persona, lo que origina detrimento en sus finanzas y en sus bienes al ser víctima de acciones lesivas a su integridad económica. Por su parte el daño, el diccionario de la lengua española, lo define como valor de pérdida o perjuicio sufrido con relación a un hecho o acto.

³⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3915/11.pdf> (Consultada: 10 de noviembre de 2017).

Al ser víctima de acciones ilícitas cometidas con tarjetas, se percibe un daño económico para el tarjetahabiente o el establecimiento comercial; en el primer supuesto cuando se realizan consumos con tarjetas de procedencia ilícita, si no se ha reportado ante el sistema del emisor el bloqueo de dicho plástico o se ha sustraído la información como en el caso de clonación, phishing o pharming pueden cargarse a cuenta del tarjetahabiente consumos que éste no ha realizado.

En el segundo supuesto, si el comercio ha aceptado tarjetas como medio de pago, pero obvió alguno de los requisitos de validación de identidad o no cuenta con un comprobante o voucher firmado por el titular, procede la procesadora por orden del emisor a descontar de los acreditamientos que ésta realiza, el monto respectivo para reintegrarlo al tarjetahabiente.

A estos procedimientos se les denomina contracargos, los cuales son mecanismos que permiten solucionar disputas sobre cargos hechos con tarjetas de crédito y débito, protegiendo al tarjetahabiente de cargos realizados sin su consentimiento, derivados de acciones ilegítimas en el uso de la tarjeta de la cual es titular.

El contracargo o disputa se genera cuando el tarjetahabiente se pone en contacto con su banco emisor para notificar que desconoce algún consumo cargado a su tarjeta de crédito o descontado de su tarjeta de débito; en ese momento el banco emisor crea una solicitud de descuento hacia el establecimiento comercial; éste se ha convertido en un procedimiento obligatorio para todas las instituciones financieras que ofrecen el



servicio de procesamiento de tarjetas de crédito y débito, por disposición de las redes de tarjetas.

“La mayoría de los contracargos ocurren porque no se han seguido los procedimientos correctos en el punto de venta; al momento de recibir el comercio un contracargo puede aportar toda la evidencia necesaria para disputar tal como factura o recibo, comprobante o voucher firmado en caso de transacciones realizadas con tarjeta presente o comprobante digital si se trata de operaciones electrónicas o compras en línea”³⁵.

Si el tarjetahabiente no ha firmado el comprobante de venta, o si la firma no guarda una similitud razonable con la firma que aparece en la tarjeta, se tiene que obtener la autorización antes de completar la transacción. El proceso varía según la red de tarjetas de que se trate, pero en estos casos es el tarjetahabiente o establecimiento comercial quien asume las pérdidas derivadas de este tipo de transacciones.

4.7. Encuadramiento del tipo penal en acciones ilícitas cometidas con tarjetas

La problemática que se enfrenta con las acciones ilícitas cometidas con tarjetas de crédito y débito en Guatemala, consiste en que no es posible encuadrarlas como delito al no estar tipificadas como tal dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco. Por lo que dichas acciones se encuadran en tipos penales contenidos en el Decreto

³⁵ VisaNet Guatemala. **Manual de procedimiento de aceptación de tarjetas visa y visa electron.**
Pág. 12.

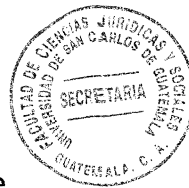


17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, o leyes penales especiales, que poseen o contienen en sus descripciones algunas de las características o elementos de las acciones ilícitas o fraudulentas cometidas.

Entre ellos podemos mencionar: el delito de estafa propia en forma continuada, que según el Artículo 71 del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, se incurre en este delito cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes: con un mismo propósito o resolución criminal, con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona, en el mismo o en diferente lugar, en el mismo o distinto momento, con aprovechamiento la misma situación, de la misma o de distinta gravedad, aplicándose para estos casos la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte.

El delito de estafa, por su parte refiere que lo comete quien induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de 200 a 10,000 mil quetzales.

El Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra la delincuencia organizada, el Artículo 4, establece el delito de asociación ilícita, indicando que comete dicho delito quien participe o integre asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión y las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas.



“El Ministerio Público por medio de la Fiscalía Metropolitana y el Ministerio de Gobernación permitieron la desarticulación de una estructura criminal, dedicada a la clonación de tarjetas de crédito y débito que afectó en el patrimonio de distintas víctimas al menos por 325,000 quetzales. En su intervención el Ministerio Público subrayó que el grupo criminal estableció una red en los comercios, los cuales se encargaban de copiar la información a través de las terminales pos.

Luego los datos de la tarjeta eran trasladados a quienes por medio de documentos y la maquina especial denominada, skimmer, copiaban la información en otra tarjeta; posteriormente, iban a distintos lugares donde realizaban compras; los detenidos fueron sindicados del delito de asociación ilícita y estafa propia en forma continuada.”³⁶ Este tipo de actividades ilícitas, también se encuadra en el delito de lavado de dinero u otros activos, el cual según el Decreto 67-2011 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos.

En su Artículo 2 establece que comete dicho delito quien por sí, o por interpósita persona invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.

³⁶ <https://www.mp.gob.gt/noticias/2017/09/26/investigacion-penal-estrategica-permite-desarticulacion-de-estructura-criminal-dedicada-a-la-clonacion-de-tarjetas-de-debito-y-credito/> (Consultado: 05 de octubre de 2017).





CAPÍTULO V

5. Prevención general y detección de fraudes cometidos con tarjetas de crédito y débito

La prevención, como término general, es una medida o disposición que se toma de manera anticipada para evitar que suceda determinado evento considerado como negativo o lesivo.

5.1. Prevención

“En derecho, se emplea el término de prevención general, que alude a uno de los efectos que tiene la regulación normativa en la sociedad, cuyo resultado es un conjunto de normas jurídicas respaldadas por la coerción o amenaza de sanción que conllevaría el incumplimiento de las mismas.”³⁷

La coerción tiene como fin disuadir al individuo que ejecute el comportamiento legalmente prohibido, de manera que, a sabiendas de las consecuencias negativas que supondría una determinada acción u omisión, se abstiene de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. “La prevención general es ser uno de los fundamentos filosóficos más importantes de los sistemas modernos de derecho penal. Desde los escritos clásicos de Cesare Beccaria (1764), y en España, de Manuel de Lardizábal (1782), la prevención general nace como objeto de estudio del derecho penal y de la

³⁷ Berducido. **Op.Cit.** Pág. 14.

criminología. La prevención general es un concepto compartido por penalistas y criminalistas, pero con algunas diferencias. Para ambas disciplinas la prevención general se entiende como una justificación de sistema jurídico penal, y más concretamente, de su capacidad de castigar hechos punibles.”³⁸

“La efectividad de la prevención general tiene una doble vertiente, la primera es la prevención general positiva, que es aquella que va encaminada a restablecer la confianza del resto de la sociedad en el sistema de derecho. Su uso excesivo puede provocar figuras como castigos ejemplares o abusos punitivos; y la prevención general negativa que es aquella que va encaminada a que la sociedad pueda vengarse del sujeto por haber cometido el delito, la cual dogmáticamente no se contempla en la actual configuración de los Estados de derecho.”³⁹

La prevención general responde a las ideas de intimidación y educación que se quieren hacer llegar a todos los ciudadanos, para convencerles de que no deben delinquir.

La intimidación trata de conseguir mediante el establecimiento de las penas para las conductas prohibidas, la imposición a concretos infractores, llevando en consecuencia al castigo ante la conminación genérica y en la condena de específicos delincuentes.

Esta faceta de la intimidación suele denominarse prevención general negativa o intimidatoria. También, a través de la pena se persigue llevar al ánimo de los

³⁸ **Ibíd.**Pág.14.

³⁹ Muñoz Conde Francisco. **Derecho penal parte general.** Pág.140.

ciudadanos, crear en sus conciencias la idea de acatar las normas, que es lo que se conoce como prevención especial positiva.

“Si el fin de prevención general está dirigido a convencer a la ciudadanía de que no se debe delinquir, el de la prevención especial tiene por objetivo evitar que quien ya ha delinquido vuelva a hacerlo. Quien delinque pone de manifiesto que la mera prevención general no es suficiente freno para él, por lo que se hace necesario castigarle, retribuirle el delito que ha cometido con una pena, con dos objetivos: escarmentarle y reeducarle, para que no vuelva a delinquir.”⁴⁰

“La teoría de la prevención general fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach, considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal alemán. El autor fórmula esta teoría a partir de la llamada teoría de la coacción psicológica. Se recreaba la situación desde la idea de imaginar el alma del delincuente potencial que cae en la tentación entre motivos que lo impulsan a cometer el acto ilícito, y aquellos que lo motivan a resistirse de cometer la conducta conminada.”⁴¹

La prevención general cumple con tres fines y efectos distintos; el primero de ellos es el efecto de aprendizaje, el cual se encuentra motivado a través de la sensibilización pedagógica que hace el legislador con la creación de los tipos penales, pudiendo establecerse que son los motivos, causas y efectos que el legislador pretende al crear

⁴⁰ **Ibíd.** Pág.14.

⁴¹ **Gómez Horta, Rafael. La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. Pág.5.**

determinada norma; el efecto del ejercicio confiable del derecho que se origina por la actividad propia del derecho penal, y el efecto de pacificación que se da cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción por la transgresión de la norma penal y la solución de dicho conflicto con el autor.

En virtud de lo expuesto con anterioridad, es necesario que el Estado de Guatemala, a través del Organismo Legislativo, pueda crear leyes que inicialmente encuadren las acciones u omisiones como tipos penales para respetar y garantizar el principio de legalidad; como segundo punto al existir una pena que castigue este tipo de acciones, es posible prevenir la comisión de acciones ilícitas calificadas como delitos para disuadir a los individuos a delinquir.

Es decir, la prevención general pretende generar la coacción mental del autor que obstaculice o impida la comisión de un hecho delictivo, proyectándose a través de la amenaza o advertencia que hace el legislador con la creación del tipo penal, la sanción a la que se haría acreedor y sus indeseables consecuencias. Se procura la mera intimidación de los ciudadanos, evidenciándose que, en la eventual necesidad de ejecutar la pena, ésta sea efectiva en el sentido último de su objetivo legal y social, el cual es crear sensitivamente la conciencia intimidatoria que debe de tener la represión estatal con la ejecución de la sanción.

Para que la prevención opere, es necesaria la existencia de normas que regulen la conducta de los sujetos y que a su vez les permitan comprender las causas y efectos

de las acciones lícitas cometidas. Al incorporar dentro del ordenamiento jurídico éstas normas y sanciones, se vuelven de observancia obligatoria.

Enfocado a las políticas de emisión, uso, aceptación y procesamiento de tarjetas, es necesaria la creación de normas y tipos penales, con el objetivo de evitar, concientizar y redargüir acciones ilícitas cometidas con dicho medio de pago.

La detección, se define como el proceso de descubrimiento de acciones indebidas, ilícitas, dolosas y que operan en perjuicio del patrimonio de una persona.

En la industria de emisión y procesamiento de tarjetas, al emplear los términos detección y fraude, podemos establecer que se habla de un proceso tecnológico y automático por medio del cual los emisores y procesadores de tarjetas, utilizan equipo especializado, que comúnmente son computadoras que cuentan con un software diseñado específicamente para detectar transacciones u operaciones que se presumen como fraudulentas, al salir del perfil o de los parámetros establecidos para el tarjetahabiente y el establecimiento comercial que opera la transacción.

5.2. Detección

La detección es una actividad que permite conocer la situación de determinada circunstancia, y al utilizar el término enfocado a la materia, podemos definirla como una acción que permite determinar que se ha cometido una acción ilícita y se ha vulnerado el sistema de seguridad establecido por los sujetos encargados de la seguridad.

Al momento de detectar que una transacción procesada con tarjeta de crédito o débito, se presume como ilegítima, el emisor procede a denegarla, bloqueando la tarjeta con la que se pretende realizar dicho consumo; sin embargo, este medio es funcional si con antelación se ha reportado el extravío, robo o hurto de la tarjeta; en caso contrario se puede realizar la transacción presumiéndose como legítima.

En la mayoría de casos al suscribir un contrato de crédito o débito ante una entidad bancaria, existen cláusulas de exención de responsabilidad en donde expresamente establecen que las transacciones que se procesen con anterioridad al reporte de bloqueo de la tarjeta, se presumirán como realizadas por el tarjetahabiente titular, lo cual es una medida perjudicial para éste último, pues cuando se logra reportar en la mayoría de los casos, ya se han realizado pagos de bienes, servicios, o retiros de efectivo en cajeros automáticos.

Actualmente en la detección de fraude, es indispensable la asistencia de software capaz de efectuar minería de datos para obtener información relevante, acompañada de procesos funcionales y eficientes, pues el volumen de información es demasiado grande, por lo que un proceso manual resultaría imposible para los analistas encargados de detectar posibles estafas.

5.3. Acciones por parte de los emisores ante la detección de fraudes

“Para combatir el fraude, los bancos y entidades financieras cuentan con sistemas de monitoreo inteligentes llamados redes neurales; estos programas aprenden la forma en

que el tarjetahabiente se comporta transaccionalmente y en el momento en que se rompe el patrón normal del consumo, el sistema genera una alerta; hasta cierto punto este método resulta poco efectivo ya que tiende a ser reactivo y no preventivo, al tener que esperar ciertos movimientos, lo que para ese punto ya el presunto estafador ha utilizado ilegítimamente la tarjeta.”⁴²

Los emisores buscan establecer constantemente estrategias que les permitan reducir números de alertas de fraude, mejorar la identificación de falsos dispositivos, garantizar seguridad al tarjetahabiente y una buena gestión de riesgo definiendo procesos tales como análisis estadístico de casos, análisis de tendencias, definición de reglas de autenticación de tarjetas, equipo y monitoreo constante.

La estrategia de prevención y detección busca identificar y autenticar los procesos estableciendo parámetros por montos máximos permitidos, regiones de uso, y una serie de reglas o condiciones que permitan establecer que la transacción o consumo que pretende realizarse es legítimo.

5.4. Programas de capacitación

Los programas de capacitación tienen como objetivo principal fortalecer las debilidades de los sujetos que intervienen en la operación, para que estos conozcan cómo, qué y para qué, hacer o no hacer ante determinadas circunstancias. En Guatemala, existen

⁴² Dávila, Alexis. **Tesis la necesidad de tipificar la clonación de tarjetas en la legislación de Guatemala.** Pág. 89.

programas de capacitación en dónde se explica a los establecimientos comerciales cómo actuar si detectan que existe riesgo de efectuar cobros con tarjetas provenientes de acciones ilícitas, tales como conozca a su cliente, código 10.

El programa conozca a su cliente tiene como objetivo conocer el perfil del sujeto con quien se entablará una relación comercial con el fin de prevenir el delito de lavado de dinero principalmente, y aunque esta política no es exclusiva para la operación de tarjetas de crédito y débito, sirve para analizar el riesgo transaccional.

“El siete de octubre de 1996, la Asociación Bancaria de Guatemala emitió normas para la prevención del uso Indebido de los servicios bancarios, cuyo objetivo principal era implementar políticas en los bancos del sistema con relación a la política conozca a su cliente, el conocimiento de los empleados, capacitación del personal y la identificación de operaciones sospechosas, pero su cumplimiento fue opcional en virtud de ser una disposición de carácter gremial.”⁴³

En este tipo de políticas se hace un examen de documentación para validar la información económico - financiera, requiriendo datos de propietario o representante legal, según sea el caso, referencias comerciales, ingresos mensuales aproximados, así como el comportamiento transaccional del cliente, volumen y rotación de sus operaciones y la procedencia u origen de los fondos obtenidos a través del procesamiento con tarjetas de crédito y débito. La política es aplicable para emisores

⁴³ Menéndez, José. **Tesis implementación de la política conozca a su cliente.** Pág. 19.

de tarjetas, procesadores y comercios que utilizan como medio de pago las tarjetas de crédito y débito.

5.5. Estándares de seguridad

Los estándares en general, son modelos, patrones o puntos de referencia para medir o valorar cosas de la misma especie; en materia de tarjetas, se maneja el estándar de seguridad de datos para la industria de tarjetas de pago, también conocido como Payment card Industry data security standard o PCI DSS; en los primeros años de la década de 2000, los casos de fraude con tarjetas de crédito y débito tenían aumento en forma alarmante.

Este fue desarrollado por un comité conformado por las compañías de tarjetas más importantes, tales como Master Card, Visa, American Express, Diners Club, JCB Card y Discover Card en el año 2006.

Las instituciones fundadoras conforman el denominado comité PCI SSC por su nombre payment card industry security standards council; el objetivo clave de dichas políticas y estándares, es servir de guía para las organizaciones que procesan, almacenan y/o transmiten datos de tarjetahabientes a efecto de asegurar el resguardo de los datos con el fin de evitar fraudes que involucren tarjetas.

“Las compañías que procesan, guardan o transmiten datos de tarjetas deben cumplir con el estándar o arriesgan la pérdida de sus permisos para procesar las tarjetas de crédito



y débito (Pérdida de franquicias), enfrentar auditorías rigurosas o pagos de multas; los comerciantes y proveedores de servicios de tarjetas de crédito y débito, deben validar su cumplimiento al estándar en forma periódica.”⁴⁴

“Esta validación es realizada por auditores autorizados Qualified Security Assessor; y sólo a las compañías que procesan menos de 80,000 transacciones con tarjetas por año, se les permite realizar una autoevaluación utilizando un cuestionario provisto por el consorcio del PCI (PCI SSC).”⁴⁵

Las Normas de Seguridad de Datos, abreviadas por sus siglas DSS, de la Industria de Tarjetas de Pago (PCI) se desarrollaron para fomentar y mejorar la seguridad de los datos del titular de la tarjeta y para facilitar la adopción de medidas de seguridad a nivel mundial, proporcionando una referencia de requisitos técnicos y operativos desarrollados para proteger los datos de los titulares de tarjetas.

Dichas disposiciones son aplicables a todas las entidades que participan en los procesos de las tarjetas de pago, entre las que se incluyen comerciantes, procesadores, adquirentes, entidades emisoras y proveedores de servicios, así como también todas las demás entidades que almacenan, procesan o transmiten datos de titulares de tarjetas.

⁴⁴ PCI Security Standards Council LLC. **Requisitos de las PCI DSS y procedimientos para la evaluación de la seguridad.** Pág. 5.

⁴⁵ **Ibíd.** Pág. 10.

Las normas PCI DSS constituyen un conjunto mínimo de requisitos para proteger datos de titulares de tarjetas y se pueden mejorar con el uso de controles y prácticas adicionales para mitigar riesgos; entre ellos podemos mencionar que debe desarrollarse y mantenerse una red segura de procesamiento y almacenamiento de datos por parte de emisores y procesadores, para ello se debe instalar y mantener una configuración contrafuegos o firewall que permita proteger los datos de los propietarios de tarjetas.

“Otra de las medidas busca proteger los datos del titular de la tarjeta a través del cifrado de los datos de los propietarios de tarjetas e información confidencial transmitida a través de redes públicas abiertas; mantener un programa de administración de vulnerabilidad utilizando regularmente un software antivirus, restringir el acceso a los datos del titular, asignar identificación exclusiva para cada persona que tenga acceso, rastrear todos los recursos de la red y a los datos, poner a prueba regularmente los sistemas y procesos de seguridad, mantener una política que aborde la seguridad de la información para todo el personal.”⁴⁶

5.6. Políticas de Seguridad en bancos y procesadoras de tarjetas

Como se ha establecido con anterioridad los fraudes pueden encasillarse en fraudes con tarjeta presente, es decir contando de forma física con una tarjeta ya sea legítima o bien con tarjeta ausente, en los casos de transacciones fraudulentas operadas a través de dispositivos móviles, páginas web, aplicaciones, entre otros.

⁴⁶ *Ibíd.* Pág.12.



En atención a los dos escenarios, los emisores y procesadores toman ciertas medidas ya sea por política interna o por requerimientos de las marcas cuya franquicia operan; es importante que los usuarios de tarjetas tengan conocimiento de medidas de seguridad tales como: firmar la tarjeta al momento de recibirla, no perder de vista la tarjeta al realizar pagos, solicitar la terminal de cobro hasta el lugar en donde se encuentra el titular a efecto de monitorear la operación, llevar un control del saldo disponible para controlar si existen movimientos inusuales.

Al realiza retiros en cajeros automáticos, el titular debe cerciorarse que estos no cuenten con piezas sobre puestas como skimmers, que puedan sustraer la información para luego poder migrarla a tarjetas apócrifas. En caso de transacciones con tarjetas no presentes, enfocadas a transacciones electrónicas, tales como compras por medio de páginas web se recomiendan: investigar el sistema de cobro utilizado, el perfil del vendedor, la garantía que ofrece de seguridad y transparencia de la operación; confirmar que la página web no contiene errores gramaticales o palabras extrañas, pues eso sugiere que puede ser falsa, diseñada únicamente para robar datos financieros.

Al realizar pagos en línea, comprobar que la dirección de la página web comience con <https://>, que constituye un protocolo de comunicación para la transferencia segura de datos, no acceder a enlaces de correos electrónicos en los que soliciten información personal, incluso si el remitente parece ser el banco con quien se cuenta la línea de crédito o débito, no compartir claves de acceso, contraseñas.

Es importante mantener actualizado el software, instalar antispyware, anti virus y utilizar el bloqueo de ventanas emergentes pop-up, solicitar ante el banco el servicio de alertas de consumos, en donde al realizarse alguna transacción el banco enviará notificación vía correo electrónico o mensaje de texto.

Las políticas de seguridad se han convertido en un asunto discrecional e individualizado, ya que cada emisor y procesador maneja políticas que a su juicio son las más indicadas para prevenir lo que comúnmente se conoce como fraude o bien algunas son sugeridas por las redes de tarjetas, sin embargo, no se cuenta con una política estándar de observancia obligatoria, al no estar regulado, las políticas y medios de control se vuelven opcionales y no imperativos.

5.7. Seguridad a comercios y tarjetahabientes

Entre las medidas mínimas que los establecimientos comerciales deben observar, podemos mencionar: contar con circuitos de cámaras de seguridad en puntos clave, especialmente en áreas de cobro, comprobar la legitimidad de la tarjeta, conociendo para ello las características físicas que debe poseer, validar la identidad del portador de la tarjeta, solicitando documento personal de identificación, y verificando que los nombres coincidan con los consignados en la tarjeta, así como que las características físicas del sujeto coincidan de forma razonable.

Es importante que los establecimientos comerciales puedan validar que la firma de la tarjeta coincida contra la del documento de identificación y el voucher de consumo,

reportar inmediatamente anomalías que pueda observar en la conducta del portador de la tarjeta, comunicarse discrecionalmente con el emisor y la procesadora al recibir alertas en la terminal de pago, abstenerse de realizar cobros por montos excesivos, debiendo para el efecto solicitar autorización al emisor y capacitar constantemente a su personal en cuanto al uso y medidas preventivas de riesgo.

5.8. Fortalecimiento de medidas preventivas

Según datos estadísticos de la Superintendencia de bancos, en 2016 se reportaron 315 casos por usurpación de identidad, de los cuales las entidades bancarias han resuelto favorablemente 173 casos que representan el 55% de los mismos por haber concluido que efectivamente se utilizó la documentación del usuario para tramitar tarjetas de crédito que luego fueron utilizadas para efectuar consumos no reconocidos por este.

En 2016 se observan 127 casos de quejas que se relacionan con cargos no reconocidos.

60 casos, que representan el 47%, han sido resueltos por las entidades a favor del usuario, por afirmar que dichos cargos no fueron efectuados por parte del titular; sin embargo, 67 casos, que representan el 53% fueron resueltos desfavorablemente, toda vez que las entidades consideraron, que sí hubo presencia física de la tarjeta de crédito relacionada y que el plástico con el cual se realizaron las transacciones reclamadas no fue utilizado en puntos o lugares identificados de riesgo; así como la extemporaneidad del reclamo según el plazo fijado en el contrato.



A efecto de resguardar y mejorar la operación, es necesario que entidades de índole público y privado fiscalicen la operatoria de tarjetas; de conformidad con el tercer párrafo del Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

Es necesario que dicha entidad pueda explotar sus funciones brindando asesoría en las políticas de seguridad, certificando los medios electrónicos para el procesamiento de operaciones a nivel nacional y certificando el cumplimiento de normas de seguridad.

Otras medidas sugestivas consisten en la implementación de cámaras de seguridad en los establecimientos comerciales, especialmente en el área de cobro y que dicha disposición sea obligatoria, la implementación de medios que permitan asegurar que el portador de la tarjeta es quien efectúa el consumo como lectores dactilares u oculares, capacitación constante a los intervinientes, creación de manuales operativos certificados, y ante sospechas de fraude contar con enlaces telefónicos directos para que los intervinientes sepan cómo actuar, difundir y promover medidas preventivas, habilitar líneas directas de denuncia ante la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público.

En cuanto a seguridad en medios electrónicos e inteligibles que contienen información de tarjetas y tarjetahabientes, se considera necesaria la realización de pruebas continuas de ethical hacking por parte de emisores y procesadores.



El ethical hacking, como práctica utilizada en la industria de seguridad informática, consiste en la penetración interna y externa de los sistemas, aplicaciones y demás medios intangibles o electromagnéticos que almacenan información de carácter crítico o confidencial; este tipo de prueba es realizada por un hacker, quien de forma benevolente ataca los sistemas, aplicaciones o redes con el consentimiento de los titulares, para realizar un riguroso examen de vulnerabilidades actuales y potenciales de los sistemas, configuraciones defectuosas y medidas de protección insuficientes.

A criterio de la sustentante, este tipo de práctica debe realizarse de forma imperativa, periódica y continua, en cada institución emisora y procesadora de tarjetas, con la supervisión, auditoría e intervención estatal para certificar y garantizar la protección de datos y mitigar el fraude por exposición de datos de carácter confidencial.

La falta de regulación y legislación en la materia, demuestra que es necesario establecer los mecanismos de control para la prevención y detección oportuna de las acciones ilícitas cometidas con tarjetas.

5.9. Derecho comparado legislación aplicable a fraudes con tarjetas crédito-débito

En materia de tarjetas, son varios los países que han incorporado a su normativa sanciones y tipos penales, con el objeto de frenar maniobras de fraude, incorporándolas directamente a su código penal o creando leyes penales especiales, entre ellos:



5.9.1. Legislación República de Argentina

La República de Argentina posee dentro de su ordenamiento jurídico la Ley 25.065 de tarjetas de crédito, cuyo objeto es regular los diversos aspectos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, compra y débito, relaciones entre el emisor y titular o usuario de tarjetas y entre el emisor y proveedor; asimismo, establece que las relaciones de operatoria de tarjetas quedan supletoriamente sujetas al código civil y comercial en cuanto a la perspectiva contractual y a la ley de defensa al consumidor.

El Artículo 51 de dicho cuerpo normativo, regula un sistema de denuncias en el cual a fin de garantizar las operaciones y minimizar los riesgos por operaciones con tarjetas sustraídas o perdidas, el emisor debe contar con un sistema de recepción telefónica de denuncias que opere las 24 horas del día, identificando y registrando cada una de ellas con hora y número correlativo, el que deberá ser comunicado en el acto al denunciante.

Además, establece el órgano jurisdiccional competente de conocer las controversias que pudieren surgir; para el efecto detalla que entre los diferendos entre emisor y titular será juez competente el del domicilio del titular; entre emisor y fiador, el del domicilio del fiador, entre emisor y titular o fiador conjuntamente, el del domicilio del titular y entre emisor y proveedor el del domicilio del proveedor. Establece también que el proveedor, es decir el establecimiento comercial afiliado, está obligado a aceptar las tarjetas de crédito que cumplan con las disposiciones legales, debiendo verificar en todo momento la identidad del portador de la tarjeta y solicitar autorización en todos los casos

Dicho cuerpo normativo no contiene tipos penales, pero la Ley 11.179, Código Penal de la Nación de Argentina, en su capítulo IV, contempla las estafas y otras defraudaciones, estableciendo específicamente que será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Se considerarán casos especiales de defraudación 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 hiciere por medio de una operación automática.

5.9.2. Legislación República de Chile

La Ley número 20.009 de la República de Chile, limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas, estableciendo en el Artículo 1 que los tarjetahabientes de tarjetas emitidas por instituciones financieras o casas comerciales, podrán limitar su responsabilidad en los términos establecidos por la ley, en caso de hurto, robo o extravío, dando para el efecto el aviso pertinente al organismo emisor.

Establece que el emisor de tarjetas deberá proveer al tarjetahabiente servicios de comunicación, de acceso gratuito y permanente, que permitan recibir y registrar los



referidos avisos. Por el mismo medio de comunicación, y en el acto de recepción, el emisor deberá entregar al tarjetahabiente un número o código de recepción del aviso y la fecha y hora de su recepción, las tarjetas por las que el tarjetahabiente haya dado aviso de extravío, hurto o robo, serán bloqueadas de inmediato por el emisor.

En el caso que las tarjetas sean operadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, corresponderá al emisor probar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente titular o los adicionales autorizados por éste; las cláusulas de los contratos que impongan el deber de prueba sobre el tarjetahabiente, por operaciones realizadas con posterioridad al aviso de extravío, hurto o robo, se tendrán por no escritas.

El tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones realizadas con posterioridad al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, disposición que, en el ordenamiento jurídico de Guatemala, no es aplicable.

El Artículo 5 de dicho cuerpo establece que constituye delito de uso fraudulento de tarjeta: falsificar tarjetas, usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas falsificadas o sustraídas, negociar en cualquier forma con tarjetas falsificadas o sustraídas, usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular, negociar con los datos o el número de la tarjeta de crédito o débito, usar maliciosamente una tarjeta bloqueada.



5.9.3. Legislación República Dominicana

A su vez República Dominicana, posee dentro de su ordenamiento jurídico la Ley 53-07 sobre crímenes y delitos de alta tecnología; dicho Decreto en su parte considerativa establece que sin la creación de legislación previa, en virtud del principio de legalidad, al no encontrarse previsto en la legislación penal dominicana, no era posible sancionar a los autores de delitos relacionados a tecnología y comunicación; en consecuencia resultaba necesaria la tipificación y la adopción de mecanismos suficientes para su lucha efectiva, facilitando la cooperación entre el Estado y sector privado para la detección, investigación y sanción.

Asimismo, establece que la tipificación y prevención de este tipo de actos delictivos han adquirido gran relevancia a nivel internacional, debido a que con el desarrollo de tecnologías de información y comunicación se han originado grandes retos de seguridad.

La Comisión Interamericana de telecomunicaciones CICTE, y la Reunión de Ministro de Justicia o Procuradores generales de las Américas REMJA, han trabajado en la adopción de una estrategia hemisférica para la seguridad cibernética conforme a la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA de fecha ocho de junio de 2004, para la adopción de una estrategia interamericana integral para combatir amenazas a la seguridad cibernética.



Esta ley a diferencia de leyes de otros Estados, posee un enfoque específico para delitos tecnológicos en los que puede encuadrarse el phishing y pharming, y fraudes en comercio electrónico o compras en línea con tarjetas; su ámbito de aplicación va enfocado a sujetos activos que originen u ordenen la acción delictiva dentro de su territorio o en el extranjero y produzca efectos en su territorio.

En virtud del principio de razonabilidad y proporcionalidad que inspira la ley, regula que las restricciones y prohibiciones deben ser proporcionales a los fines y medios del peligro que se intenta evitar, ponderándose con prudencia las consecuencias sociales

y que al imponer penalidades el Juez competente debe considerar la gravedad del hecho cometido y tomar en cuenta las penas que deban tener un efecto social regenerador no sólo para el individuo al que se aplica, sino también para la sociedad en su conjunto.

Se establece que el hecho de ingresar o la intención de ingresar sin autorización o a través del acceso de un tercero a un sistema de información, constituirá delito de acceso ilícito; asimismo, define que la clonación se entenderá como la duplicación o reproducción exacta de una serie electrónica, un número o sistema de identificación de un dispositivo o medio de acceso a un servicio.

Regula el delito de clonación de dispositivos de acceso, sancionando con pena de uno a 10 años de prisión a quien venda, distribuya o utilice de cualquier forma dispositivos de acceso a un servicio o sistema informático, electrónico o de telecomunicaciones,



mediante el copiado o transferencia de un dispositivo a otro similar, de los códigos de identificación, serie electrónica u otro elemento de identificación o acceso que permita la operación paralela de un servicio legítimamente contratado o la realización de transacciones financieras fraudulentas en detrimento del usuario autorizado.

Se califica como delito de obtención ilícita de fondos, al hecho de obtener fondos, créditos o valores a través del constreñimiento del usuario legítimo de un servicio financiero informático, electrónico, telemático o de telecomunicaciones, sancionándolo con pena de tres a diez años de prisión.

Y sustancialmente el delito de comercio Ilícito de bienes y servicios, refiriéndose a la comercialización no autorizada o ilícita de bienes y servicios, a través del Internet o de cualquiera de los componentes de un sistema de información, indicando que se castigará con la pena de tres meses a cinco años de prisión.

Poseen un departamento de Investigación de crímenes y delitos de alta tecnología, como ente subordinado a la dirección central de investigaciones criminales de la policía nacional de República Dominicana, cuya función es investigar todas las denuncias de estos crímenes o delitos, fortaleciendo así la intervención estatal.

El derecho comparado busca encontrar las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, a efecto comprender, mejorar y fortalecer el sistema jurídico de determinado país, por lo que las legislaciones anteriormente analizadas sirven para evidenciar que es necesario contar con un



sistema desarrollado en materia de tarjetas de crédito y débito, no solo como contrato de índole mercantil sino como una figura que supone la comisión de ilícitos calificados como delitos.





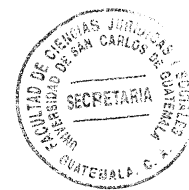
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las tarjetas de crédito y débito, son uno de los medios de pago más utilizados por la población económicamente activa en el país; sin embargo, el Estado de Guatemala carece de normativa que regule su emisión, uso, procesamiento y de tipos penales que permitan encuadrar acciones ilícitas cometidas con tarjetas, lo que obstaculiza el ejercicio de la acción punitiva que el Estado ostenta para la aplicación de penas y sanciones y el resarcimiento de daños económicos ocasionados a las víctimas; asimismo, a nivel institucional no existe una política preventiva y estandarizada para resguardar eficazmente la seguridad de la información almacenada en tarjetas.

La Constitución Política de la República de Guatemala, contempla como deberes del Estado la justicia, la seguridad, el desarrollo integral de la persona, y para para ello, es necesario que, a través del Congreso de la República de Guatemala, se decreten y reformen leyes, que permitan contar con un ordenamiento jurídico sólido y estructurado, libre de vacíos legales.

En observancia al principio de legalidad, deben incorporarse al ordenamiento jurídico, figuras de naturaleza penal que encuadren las acciones ilícitas cometidas con tarjetas; a su vez es necesario potencializar las funciones de la Superintendencia de Bancos para que actúe como ente regulador, contralor y fiscalizador de la operatoria de tarjetas por parte de emisores y procesadores, debiendo dichas instituciones, cumplir imperativamente con políticas de seguridad e innovación en sus procesos, que coadyuven a crear una política financiera en materia de tarjetas, preventiva en el país.





BIBLIOGRAFÍA

BERDUCIDO MENDOZA. Héctor E. **Derecho penal, parte general**. Guatemala: 1ª ed. Editorial Digraf, 2005.

CAYETANO, Freddy. **Los delitos que pueden efectuarse con tarjeta de crédito y débito ilícitamente adquiridas en Guatemala**, Tesis de Licenciatura en Investigación Criminal y Forense, Universidad Rafael Landívar, 2014.

CHAVARRÍA, Daniel. **Tecnología de comunicación de campo cercano (NFC) y sus aplicaciones**, Universidad de Costa Rica, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería eléctrica, 2011.

COGORNO, Eduardo Guillermo. **Teoría y técnicas de los nuevos contratos comerciales**. 5ª Ed. Editorial Meru, Buenos Aires, Argentina, 2009.

Colegio de Notarios del Distrito Federal, **Revista mexicana de derecho UNAM**. Año 2014.

DÁVILA, Alexis. **Tesis la necesidad de tipificar la clonación de tarjetas en la legislación de Guatemala**, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2009.

Diputación de Cádiz. **Manual de códigos QR**, Madrid, España, 2017.

HERRERO, Cesar. **Criminología parte general y especial**, Madrid, España, Editorial Dykinson, 1997.

<http://www.24horas.cl/nacional/conoce-el-skimmer-lo-mas-utilizado-para-clonar-tarjetas-250832> (Consultado: 28 de septiembre de 2016).

<https://elperiodico.com.gt/nacion/2016/03/31/por-inconstitucionalidadesevidentes-cc-ordena-suspension-de-la-ley-de-tarjetas-de-credito-decreto-no-7-2015/> (Consultado: 10 de septiembre de 2016).



<https://latinamerica.mastercard.com/es-region-lac/acerca-de-mastercard/quienes-somos/historia.html> (consultado: 14 de mayo de 2016).

<https://www.mp.gob.gt/noticias/2017/09/26/investigacion-penal-estrategica-permite-desarticulacion-de-estructura-criminal-dedicada-a-la-clonacion-de-tarjetas-de-debito-y-credito/> (Consultado: 05 de octubre de 2017).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3915/11.pdf> (Consultado: 10 de noviembre de 2017).

LUNA A. Javier, **La tarjeta de crédito**, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1980.

MANSILLA LÓPEZ, Mayra Patricia. **Tesis historia de la tarjeta de crédito**, Tesis de licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez, 1994.

MENÉDEZ CASTILLO, José Leonardo. **Tesis implementación de la política conozca a su cliente**, Tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2005.

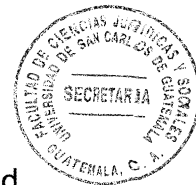
MUGUILLO, Roberto A., **Tarjeta de crédito**, 2ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal parte general**, 9ª ed. Editorial Tirant lo Blanch, 2015.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Vol. 1. Editorial Heliasta, 1994.

OXMAN Nicolás. **Revista de derecho de la pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Año 2016. Santiago de Chile, República de Chile, (23 de septiembre de 2017)

PCI SECURITY STANDARDS COUNCIL LLC. **Requisitos de las PCI DSS y procedimientos para la evaluación de la seguridad**, abril 2016



Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española**, 23^a ed., Madrid, España, Editorial Espasa Libros, 2014.

SOSA ARDITI, Enrique A. **La Tarjeta de crédito**, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Argentina 1992.

Superintendencia de Bancos. **Boletín Grupos Financieros** septiembre 2017.

Superintendencia de Bancos. **Revista Visión Financiera** ed. 25, República de Guatemala, septiembre 2017.

Visa International. **Manual Commercial Cards Visa**. Estados Unidos de América, 2015.

Visa International. **Manual de Productos y Servicios Visa**, Argentina, 2009.

Visa International. **Manual de procedimiento de aceptación de tarjetas visa y visa electron**, Guatemala, enero 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general**. 3^a ed. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina: 1983.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala 1994.

Ley contra la delincuencia organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 2006.



Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley contra el lavado de dinero u otros activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, 2001.

Ley 53-07 sobre crímenes y delitos de alta tecnología, República Dominicana, 2007.

Ley 25.065 de tarjetas de crédito, del Congreso de la Nación de Argentina, 1998.

Ley número 20.009, Congreso Nacional de Chile, 2005.