

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



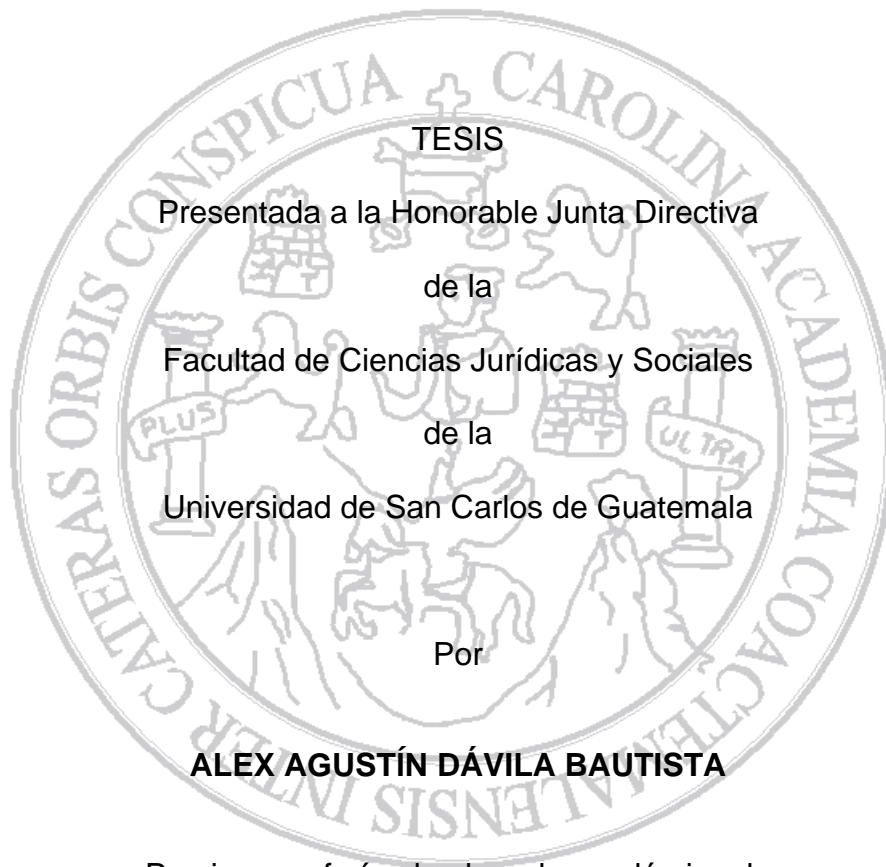
**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE
CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA**

ALEX AGUSTÍN DÁVILA BAUTISTA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE
CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN DE 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

ALEX AGUSTÍN DÁVILA BAUTISTA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos González
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo
Secretario:	Lic. Jaime Amílcar González Dávila

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Lic. Marvin Estuardo Aristides
Secretario:	Lic. José Efraín Ramírez Guerra

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)



BUFETE JURIDICO PROFESIONAL, ROSALES DAVILA & ASOCIADOS

Licenciado OBdulio ROSALES DAVILA
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 20 de junio de 2007.

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lufin.

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Ciudad Universitaria.


Señor Coordinador:

Atenta y respetuosamente me dirijo a Usted, en cumplimiento a la resolución emanada de esa Unidad, de fecha catorce de febrero de dos mil seis; en la que se me nombro **ASESOR** de Tesis del Bachiller **ALEX AGUSTÍN DÁVILA BAUTISTA**, titulado "**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA**", con el fin de rendir informe del trabajo realizado, para el efecto expongo:

- a) Con el propósito de darle respuesta al problema definido y verificar el enunciado hipotético, se orientó al Bachiller **Alex Agustín Dávila Bautista**, en el proceso metodológico y técnico del trabajo documental y de campo.
- b) Se elaboró el fundamento teórico, doctrinario y jurídico, de la problemática de estudio concerniente al derecho penal, sobre la clonación de las tarjetas de crédito, basado en la realidad guatemalteca.
- c) Del análisis, metodología y técnicas empleadas en el presente trabajo, se concluye que se utilizaron los métodos inductivo y deductivo y la técnica de investigación documental, con lo cual se cumple en él, los requisitos esenciales y necesarios para ser considerado como un aporte de importancia a la bibliografía de nuestra casa de estudio.

Esperando haber cumplido con la designación recaída en mí persona, se emite dictamen favorable, con el objeto de que el expediente continúe su trámite y se devuelva el mismo al señor Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de Usted como su atento servidor.


Lic. OBdulio ROSALES DÁVILA.
ASESOR.
COLEGIADO No. 5,823.

Lic. Obdulio Rosales Dávila
ABOGADO Y NOTARIO

ID Y ENSEÑAD A TODOS.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de julio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) MIGUEL ANGEL SOLORZANO MONZÓN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **ALEX AGUSTIN DÁVILA BAUTISTA**, Intitulado: **"LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

LIC. MIGUEL ÁNGEL SOLÓRZANO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 7 de agosto de 2007

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín.

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Coordinador:

De conformidad con la providencia emanada de esa unidad, de fecha dieciocho de julio de dos mil siete; en la que se me designo como Revisor de Tesis del Bachiller **ALEX AGUSTÍN DAVILA BAUTISTA**, intitulado "**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACION DE TARJETAS DE CRÉDITO EN LA LEGISLACION DE GUATEMALA**".

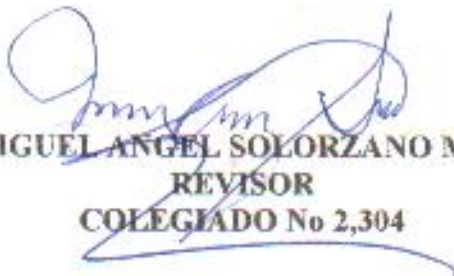
El tema abordado por el bachiller reviste gran importancia, toda vez que se trata de una problemática social que afecta a los emisores y usuarios de dicho medio de pago, en virtud que no se encuentra tipificado en nuestro sistema jurídico como un delito.

Al llevar a cabo la revisión correspondiente, emito la siguiente opinión: **a)** Se concluye que el contenido científico y técnico del presente trabajo, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas en el mismo, se emplearon los métodos de análisis, inductivo, deductivo y la técnica de investigación documental que fueron idóneas para el mismo; y **b)** En cuanto a la redacción, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada son objetivas realistas y adecuadas para considerarse una contribución científica a nuestra casa de estudio.

En virtud de lo expuesto y con fundamento en el normativo para la elaboración de tesis, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que el presente trabajo reúne los requisitos de forma y de fondo exigidos para el efecto, por lo cual el mismo debe continuar su trámite y posteriormente discutirse en el examen de rigor.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted como su atento servidor.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. MIGUEL ANGE SOLORZANO MONZON
REVISOR
COLEGIADO No 2,304





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ALEX AGUSTIN DAVILA BAUTISTA, Titulado "LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA CLONACION DE TARJETAS DE CRÉDITO EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/slh



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS: Que ha convertido los obstáculos en incentivos para llegar a mi meta y me ha demostrado su fidelidad.
- A MI MAMÁ: Noemí Bautista por su apoyo.
- A MI FAMILIA: Mi agradecimiento y cariño, quienes durante toda la vida me han brindado su apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS: Elvis, Erasmo, Rogelio, Ludvin, Claudia, Karina, Sergio, Mario, Adriana, Helen, Ingrid, Rosi, Familia Chan, Otto y Hans.
- A MI ASESOR: Lic. Obdulio Rosales Dávila.
- A MI REVISOR: Lic. Miguel Ángel Solórzano Monzón.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO

1. El delito.....	1
1.1. Historia del delito.....	1
1.2. Definición.....	2
1.3. La acción.....	4
1.4. La omisión.....	5
1.5. Tipicidad en el delito.....	5
1.6. Clases de tipo.....	6
1.6.1. Tipo doloso.....	6
1.6.2. Tipo culposo.....	7
1.7. La imputabilidad en el delito.....	7
1.8. Sujetos del delito.....	8
1.8.1. Sujeto pasivo.....	8
1.8.2. Sujeto activo.....	9
1.9. Participación en el delito.....	10
1.10. La pena.....	11
1.10.1. Historia.....	11
1.10.2. Definición.....	11
1.11. Características de la pena.....	12
1.11.1. Es un castigo.....	12
1.11.2. Es personal.....	12
1.11.3. Es ética y moral.....	13
1.11.4. Debe ser establecida por la ley.....	13

	Pág.
1.11.5. Es de naturaleza pública.....	13
1.12. Naturaleza y fines de la pena.....	13
1.12.1. Teoría de la retribución.....	13
1.12.2. Teoría de la prevención especial.....	14
1.12.3. Teoría de la prevención general.....	14
1.13. Clasificación de las penas.....	14
1.14. Derecho penal y la evolución social.....	16
1.15. Derecho penal como normatividad positiva.....	18

CAPÍTULO II

2. La persona.....	25
2.1. Clases de persona.....	25
2.1.1. Persona individual.....	25
2.1.2. Persona jurídica.....	26
2.2. Atributos de la persona.....	27
2.3. Patrimonio.....	28
2.3.1. Definición.....	28
2.4. Teorías acerca del patrimonio.....	29
2.4.1. Teoría clásica o del patrimonio de personalidad.....	29
2.4.2. Teoría alemana o de patrimonio afectación.....	31
2.5. Elementos del patrimonio.....	32
2.6. Delitos contra el patrimonio.....	34
2.7. Clasificación de los delitos contra el patrimonio.....	34

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La estafa.....	39
3.1. Historia.....	39
3.2. Definición de estafa.....	40
3.3. Elementos.....	41
3.4. Clases de estafa según nuestra legislación.....	46
3.5. La idoneidad del ardid o engaño.....	47
3.6. Escenario propicio para el ardid.....	48
3.6.1. Las creencias religiosas y el ardid.....	49

CAPÍTULO IV

4. Disposiciones legales de la estafa.....	51
4.1. Su interpretación legal	51
4.2. Legislación comparada código penal de Argentina.....	60
4.3. Análisis de la estafa en el código penal de Argentina.....	61

CAPÍTULO V

5. Tarjetas de crédito.....	67
5.1. Historia.....	67
5.2. Origen.....	68
5.3. Quien fue su propulsor en Guatemala.....	69
5.4. Definición.....	70
5.5. Características.....	71
5.6. Ubicación de la tarjeta de crédito en el código de comercio.....	72

	Pág.
5.7. Operatividad de las tarjetas de crédito.....	73
5.8. Características del contrato de tarjeta de crédito.....	74
5.9. Relación entre el emisor y el usuario.....	75
5.10. Delación entre el emisor y comercio adherido o afiliado	75
5.10.1. Particularidades de la relación entre el emisor y el comercio adherido o afiliado.....	76
5.11. Relación entre el usuario y el proveedor de bienes y servicios.....	77
5.12. Efectos de la tarjeta de crédito.....	77
5.13. Consecuencias del incumplimiento por parte del emisor.....	78

CAPÍTULO VI

6. Estafa mediante la clonación de tarjetas de crédito en Guatemala.....	79
6.1. Definición de clonación.....	79
6.2. El típico perfil del clonador de tarjetas de crédito.....	81
6.3. Causas por las cuales se da la clonación de tarjetas de de crédito en Guatemala.....	82
6.4. Formas de cómo se puede clonar una tarjeta de crédito.....	82
6.4.1. Como se desarrolla la clonación para la compra.....	83
6.4.2. Clonación de tarjetas para cajeros.....	84
6.5. Análisis comparativo de la legislación de México en cuanto a la clonación de tarjetas de crédito.....	85
6.5.1. Ley aplicable.....	85
6.5.2. Análisis concreto de la ley de Instituciones de Crédito en México.....	86

	Pág.
6.6. Seguridad que ofrecen los bancos emisores de tarjetas de crédito.....	88
6.7. Pasos que el tarjeta-habiente debe seguir según el banco cuando sufra robo, extravió o clonación de su tarjeta.....	89
6.8. Consejos que un banco recomienda en el manejo de tarjetas de crédito.....	90
6.9. Consejos del banco para evitar la clonación de la tarjeta de crédito.....	91
6.10. Necesidad de tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación penal de Guatemala.....	92
6.10.1. Su importancia.....	92
6.10.2. Necesidad.....	95
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

(i)

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, se aborda el tema: La necesidad de tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación de Guatemala, deviene como resultado de la inquietud que como estudiante y como ciudadano consciente, de la importancia que tiene para nuestra sociedad, una legislación moderna, cuyo objeto principal son los mismos ciudadanos.

Al escoger el tema de tesis de grado, observé la necesidad que tiene el usuario, de este medio de pago, para que el Estado le proteja su patrimonio, dado el abuso que cometen los emisores de tarjetas de crédito, cuando se da la clonación de una tarjeta de crédito, cobrándole por algo que no gastó, en el convencimiento pleno de que el sistema penal, necesita reformas, pues resulta ineficiente e inoperante, para la resolución de nuevas formas delictivas.

De tal forma planteo la siguiente interrogante: ¿Cómo puede la persona acudir ante el órgano jurisdiccional a exigir justicia, si éste no tiene las herramientas necesarias para aplicarla? La actitud y comportamiento de indiferencia de los legisladores, hacia nuevas formas delictivas es notoria y dio lugar a formular la siguiente hipótesis: Es necesario tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación de Guatemala, para que los usuarios, de este medio de pago, estén protegidos por el Estado, de una forma legal, cuando éstos se vean afectados en su patrimonio por la clonación de su tarjeta de crédito.

La presente investigación tiene como objetivos determinar la necesidad de tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación de Guatemala, la cual constituye una solución a la problemática planteada. Determinar la forma en que el Estado a través del Congreso de la República, debe crear la norma jurídica para que los jueces

(ii)

impartan justicia, analizar los factores morales, legales y sociales, que intervienen en la ejecución del hecho delictivo. La falta de regulación legal sobre la clonación de tarjetas de crédito y la necesidad del usuario de ser protegido jurídicamente y poder accionar ante el órgano competente a exigir justicia, comprueba la hipótesis planteada.

El presente trabajo está contenido en seis capítulos: El número uno se refiere al delito; se hace mención de su historia así como las teorías que la desarrollan, recogiendo conceptos y características del mismo; el capítulo dos: Trata sobre la persona y su patrimonio; aquí se hace un análisis de las clases de personas y sus atributos; el capítulo tres se refiere a: La estafa; los conceptos que dan origen a la misma y su regulación actual dentro de nuestra legislación penal; el capítulo cuatro: sobre las disposiciones legales de la estafa; un análisis e interpretación legal de la misma, así como un análisis comparativo con el código penal de Argentina; el capítulo cinco: Las tarjetas de crédito; este incluye su origen, características y su operatividad; el capítulo seis: La estafa mediante la clonación de tarjeta de crédito en Guatemala; trata las causas por las cuales se clonan las tarjetas de crédito, análisis comparativo con la legislación mexicana en cuanto a la clonación de tarjetas de crédito.

CAPÍTULO

1. El delito

1.1. Historia

Considero de suma importancia, aclarar que el delito como razón de ser del derecho penal, ha tenido una evolución histórica a través del transcurso del tiempo, en donde en cada etapa y evolución de la sociedad se ha ido perfeccionando y adquiriendo mayor importancia en las reglamentaciones penales, de los diferentes estados. “En Persia, Israel, Grecia y la Roma primitiva, se consideró primeramente la valoración objetiva del delito, castigando en relación al daño causado, es decir tomando en cuenta el resultado dañoso producido, juzgando ingenuamente hasta las cosas inanimadas, como las piedras, en la Edad Media todavía se juzgaba a los animales, inclusive hubo un abogado que se especializo en la defensa de las bestias.”¹

Fue en la cultura de Roma en donde aparece por vez primera la valoración subjetiva del delito, juzgando la conducta antijurídica, atendiendo la intención del agente. El derecho penal moderno y especialmente en nuestro medio de cultura jurídica, se habla de delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, ilícito penal, hecho criminal, contravenciones o faltas.

La técnica moderna plantea dos sistemas: el sistema bipártito y, el que emplea un sólo término para las trasgresiones a la ley penal grave o menos grave, utilizándose la expresión delito, en las legislaciones latinas o hispanoamericanas y, crimen, en las legislaciones europeas, principalmente en las alemanas e italianas y se emplea el termino falta o contravención, para designar las infracciones leves a la ley penal,

¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 119.

castigadas con menor penalidad que los delitos o crímenes. Tomando en consideración la división que plantea el Código Penal vigente en Guatemala podemos afirmar que se adscribe al sistema bipartito, al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado en delitos o faltas.

1.2. Definición

Las conductas delictivas son una creación de la naturaleza humana. El modo en que nos comportamos los seres humanos cotidianamente depende de una serie de factores genéticos, físicos, psíquicos y ambientales que aún son un misterio. En este sentido y pese a que existen estudios serios sobre el perfil del criminal, la naturaleza humana es cambiante, evolutiva y exploradora y de la mano deben ir las leyes para regular esa conducta.

Para definir el término delito, muchos hombres dedicados al estudio del derecho penal, han aportado sus conocimientos en cuanto a la definición de este término haciendo esfuerzos para aportar criterios más amplios de sus conocimientos, tal es el caso que algunos los definen dándole predominancia al criterio legalista, otros al criterio filosófico, otros al criterio natural sociológico y otros al criterio técnico jurídico, mas adelante analizare la concepción que cada uno de ellos propone.

a) Criterio legalista: A principios del siglo XIX, la llamada edad de oro del derecho penal; Tiberio Deciano, Giandomenico, Romagnos, Enrico Pessina, Ortolan y otros; plantean sus definiciones sobre la base de que, “El delito es lo prohibido por la ley.”² Definitivamente es un concepto muy simple y general, además hay tantos actos que son prohibidos por la ley, y no constituyen una figura delictiva.

² **Ibid.** pág. 126.

b) Criterio filosófico: Ernesto Binding, al plantear la sugestiva, “Teoría de las normas sostiene que no se debe seguir hablando de violación de derecho al realizarse un acto delictivo, puesto que el delincuente no viola el derecho al cometer el delito sino que precisamente actúa de acuerdo con el, al adecuar su conducta a lo que dice la norma.”³ La violación de una norma jurídica no necesariamente constituye delito. Ejemplo, el deudor que se niega a pagar una deuda viola o niega el derecho, sin que ella sea o constituya delito, en este sentido se cumple lo que Binding, menciona que el delincuente actúa de acuerdo con el derecho, al adecuar su conducta a lo que dice la norma.

c) Criterio natural sociológico: En este criterio se reúnen dos elementos fundamentales que son importantes analizarlos: El Delito Natural; planteado por Rafael Garofalo, citado por De Mata Vela y De León Velasco, proporcionando una definición apegada exclusivamente al delito natural, expresada de la forma siguiente, “Ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidos en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado.”⁴ El delito sociológico; por su parte, Enrico Ferri, citado por De Mata Vela y De León Velasco, le da un enfoque más sociológico, al decir, “Acciones determinadas por motivos, individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionaba la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.”⁵ Es importante aclarar que de acuerdo a la independencia del derecho penal y la necesidad de estudiarla independientemente de las disciplinas fenomenológicas, el criterio natural sociológico para definir el delito no tiene relevancia jurídica penal.

d) Criterio técnico jurídico: El alemán, Ernesto Binding, citado por De León Velasco y De Mata Vela, nos expone una de las definiciones del delito, más modernas en las que incluye variedad de elementos descubiertos con el transcurso de tiempo en etapas diferentes, esta es la definición proporcionada. “Es una acción típica, contraria al

³ **Ibid.**

⁴ **Ibid.** pág. 128.

⁵ **Ibid.**

derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.”⁶ De esta definición se ha derivado otras mas, de prestigiosos penalistas, variando únicamente la forma de plantearlas, en algunas ocasiones se prescinde de algún elemento y en otras se agregan otros elementos pero en el fondo la definición que ha servido de base es la anteriormente descrita por Ernesto Beling.

1.3. La acción

Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. Es todo comportamiento derivado de la voluntad, persiguiendo siempre una finalidad, voluntariamente ejecutada, planificada y persigue la finalidad de causar un daño al sujeto pasivo en la relación de causalidad. Es importante hacer notar que los autores guatemaltecos, De Mata Vela y De León Velasco, dividen a la acción en dos fases, “Una interna y otra externa, ambas fases constituyen lo que se llama Inter Criminis, que quiere decir el camino del crimen hasta su realización final.”⁷

La fase interna; ocurre siempre en la esfera del pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin. El delincuente crea la figura delictiva en su mente haciendo posible todas las circunstancias para alcanzar el fin propuesto. La fase externa; después de la realización interna el autor realiza la actividad en el mundo externo. Es donde se consuma la acción y aparece el delito, la fase interna prepara a la externa y no tiene configuración como delito si no se ejecuta la acción o la fase externa; pues no existe ninguna norma jurídica que tipifique el delito con el hecho de pensar en producir un daño a otra persona o la forma como se realiza si esta no se lleva a la práctica y por lo consiguiente no se cumplirá con el fin.

⁶ **Ibid.**

⁷ **Ibid.** pág. 142.

1.4. La omisión

El objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. En los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva. Es el acto por medio del cual una persona no realiza una acción en la que esta en condición de hacerla y que va dirigida a la producción de un resultado perjudicial para otra persona. Una idea mas clara podemos tomar al decir que el delito de omisión se comete cuando alguien debió realizar algo y no lo realiza causando daño a otra persona, “El delito de omisión consiste siempre en la infracción de un deber impuesto por la ley en función de la protección de determinados bienes jurídicos.”⁸ Según la cita anterior la omisión no es un simple no hacer nada, sino la omisión de una acción determinada por la ley y que la persona esta en posibilidad de realizarla. Este delito se comete siempre y cuando exista la infracción de un deber jurídico, como ejemplo; podemos indicar que se puede dar cuando una persona ve a otra persona alterando un cajero automático, para clonar tarjetas de crédito, y que a pesar que es algo que puede ser usado en su perjuicio, no lo denuncia.

1.5. Tipicidad en el delito

Es la adecuación de la conducta al tipo, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el escrito del legislador, es una suma la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Al analizar la tipicidad, hay otro elemento que ayuda a encuadrar, la conducta de las personas en ley, pero difieren en su contenido, esté elemento se llama tipo, y que como lo define Jiménez de Asúa, citado por De Mata Vela y De León Velasco, quien meticulosamente

⁸ **Ibid.** pág. 147.

establece la diferencia. El tipo legal, es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito, mientras que la tipicidad, es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto. Aunque las definiciones anteriores, parezcan establecer claridad en la diferencia, aun persiste confusión en el empleo de los términos tal es el caso de la definición de tipicidad que nos proporciona, Alfonso Reyes Echandia, citado por De Mata Vela y De León Velasco. “La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.”⁹ Esta definición se adecua mas a la de tipo y no a la de tipicidad, si tomamos en cuenta que tipo es un concepto que describe una conducta prohibida en la que se impone una pena a diferencia de la tipicidad que es atribuible a un comportamiento determinado, un tipo penal que encuadra a la conducta.

1.6. Clases de tipo

1.6.1. Tipo doloso

“La palabra dolo deriva, de latín dolos, o del griego doloa, que significa comúnmente mentira, engaño o simulación, jurídicamente adquiere tres formas: vicio de la voluntad en los actos jurídicos; elemento de imputabilidad en el incumplimiento de obligaciones; o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal.”¹⁰ Esta clase de tipo, su contenido se divide en dos elementos, que son fundamentales en su análisis y determina el grado de intencionalidad del delincuente estas son: uno objetivo y otro subjetivo.

⁹ **Ibid.** pág. 148.

¹⁰ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** pág. 264.

Aspecto objetivo: La conducta delictiva lleva a un resultado material, que tiene sus efectos en el mundo físico afectando el bien jurídico tutelar por el legislador creando la norma específica pretendiendo que todas las personas la respeten y la cumplan, tratando así que la persona como sus bienes se encuentren en un estado intacto. El tipo penal es creado por el legislador tomando en cuenta cualquier circunstancia para hacer más gravosa la acción, aludiendo así: al tiempo, al lugar y al modo.

1.6.2. Tipo culposo

Podemos decir que la culpa, es el segundo grado de culpabilidad, y ocurre cuando se causa un resultado, típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado, o de precaución y cuando pudo ser previsible y evitable, la doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional. El tipo penal está determinado, entre otros elementos por la culpabilidad, la cual trata de reunir sus elementos conceptuales de la forma siguiente: la capacidad del ser humano para reaccionar ante las exigencias normativas, derivadas de la prevención general, es lo fundamental, y permite la atribución de una acción a un sujeto, y por consiguiente determina su responsabilidad por la acción realizada. Cuando se piensa en delito culposo se trata de ubicar a la persona responsable del ilícito penal, cometiendo un acto antijurídico pudiendo evitarlo actuando de modo diferente.

1.7. La imputabilidad en el delito

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable. El autor Carraca y Trujillo, citado por De Mata Vela y De León Velasco, expone una definición apegada a nuestro criterio, "Es imputable todo aquel

que posee el tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente.”¹¹ La interpretación de esta definición es básicamente, la aptitud física y psíquica que tiene una persona para idoneidad jurídica para observar la conducta socialmente aceptable y que sus actos sean razonables y de pleno conocimiento que esta violando una norma jurídica que le traerá consecuencias del mismo modo que el las produzca.

Es imperativo pensar que para que el delito sea imputable se requiera que este sancionado, en nuestra legislación penal vigente. He explicado en forma breve los elementos jurídicos fundamentales para que constituya un ilícito penal, mismo que puede llegar a cometer la persona que clone tarjetas de crédito, en Guatemala ya que puede actuar de forma positiva o negativa, y modificar el mundo exterior, comportamiento que debe estar descrito en la ley como antijurídico y que de probarse que es culpable en materia jurídica, tendría como resultado una sanción por parte del órgano estatal encargado de hacerlo. Pero ¿quienes son estos sujetos a los cuales la ley debe castigar? Es importante saberlo ya que es al que se va culpar por la comisión de un hecho delictivo y que a continuación expongo.

1.8. Sujetos del delito

1.8.1. Sujeto pasivo

Todo tipo penal muestra una acción delictiva que al ser ejecutada por alguna persona, lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal y de la cual otra persona es titular, podemos observar que en la comisión de un delito la conducta es realizada por una persona respecto de otra, así tenemos dos sujetos de la acción típica: el sujeto activo quien realiza la acción y el sujeto pasivo quien recibe la acción.

¹¹ De León Velasco y De Mata Vela, **Ob. Cit**; pág. 149.

Nos ocupa establecer a continuación lo relativo a la responsabilidad de la persona que comete la clonación de una tarjeta de crédito a quien se puede catalogar como sujeto activo del delito, claro esta, si esta conducta estuviera tipificada por nuestro Código Penal, pero al no estarlo no hay responsabilidad, y por el otro lado tenemos al sujeto pasivo que es la persona a la cual le clonan su tarjeta de crédito, no teniendo la protección jurídica que el Estado esta obligado a garantizarle.

1.8.2. Sujeto activo

Es el responsable del delito; es quien realiza la acción, y por ende el comportamiento descrito en la ley que lesiona o pone en peligro los intereses de otra persona u otras personas. Se puede ser sujeto activo a través de la autoría o a través de la complicidad en la realización del delito. Lo que se vera desde el punto de vista de la ley según lo establece el Artículo 36 del Código Penal Decreto 17-73 en el cual expone: Autores: Son autores:

- 1º. Quienes tomaren parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
- 2º. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Si bien se ha escrito sobre la autoría como una de las formas de ser sujeto activo lo es que el Código Penal determina que también lo es la complicidad y esto lo hace a través de su Artículo 37 en el que se expone: Cómplices. Son cómplices:

- 1º. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.

2º. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.

3º. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y,

4º. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de estos en el delito.

En base a las definiciones legales citadas se adquiere una perspectiva clara de quienes son considerados como sujetos activos del delito, pero por no estar tipificada la clonación de tarjetas de crédito en nuestra legislación es a criterio de el legislador quien o quiénes son los sujetos activos, toda vez que de estar tipificada se tendría un caso concreto de criminalidad y el sujeto activo sería objeto de una pena de llegar a comprobársele la comisión del delito ya tipificado.

1.9. Participación en el delito

Existe diferencia entre los sujetos del delito y los partícipes en el mismo; “Si bien, es cierto que todos los que participan en la ejecución de un delito son sujetos activos, también lo es que no todos los sujetos activos son partícipes del mismo, ya que desde el punto de vista legal la participación esta determinada por la responsabilidad penal del sujeto, en este sentido los inimputables, ósea los que son menores de edad y los que sufren trastorno mental permanente o transitorio pueden ser sujetos activos materiales en la comisión de un delito y no son responsables de su conducta antijurídica ante la ley penal.”¹² La acción del sujeto activo recae sobre otra persona llamada sujeto pasivo que es el titular del interés que debe ser jurídicamente protegido, es el que sufre las consecuencias del mismo, dicho sujeto pasivo es la persona que se ve afectada cuando le clonan su tarjeta de crédito.

¹² **Ibid.** pág. 151.

1.10. La pena

1.10.1. Historia

Etimológicamente la palabra pena viene de varios significados en la historia del derecho penal, Pon Dus, quiere decir peso, otros consideran que se deriva del Sancrito Punya, que significa pureza o virtud, y otros creen que se origina del griego Ponos, que significa, trabajo o fatiga y por lo ultimo se considera que proviene de la palabra latina Poena, que significa, castigo o suplico. La persona como fruto de la actividad estatal se origina en la edad media.

El Estado en una forma paulatina que concentra la labor del Estado en pena para abstraer las reacciones individuales, llegando hasta el siglo XVII, con el concepto de que la pena depende de un orden colectivo. En la actualidad solo podemos concebir formalmente las penas, como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados específicamente en la ley penal.

1.10.2. Definición

El fin de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser intimidatorio, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y justa, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el

derecho realice elevados valores, entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar social. De Mata Vela y De León Velasco, nos proporcionaban una definición que cumplen con todos las características que el derecho penal moderno exige “Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción, de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.”¹³

Como se expuso anteriormente en la teoría del delito, en que toda acción, antijurídica, imputable, típico, etc. Conlleva a una consecuencia que en derecho penal se llama pena. Fue creada por el Estado como un tratamiento para la reducción de hechos delictivos y rehabilitación del delincuente. Se cree también que el Estado creo la pena con la función de prevención del delito, tomando esta la amenaza para motivar al ciudadano que deje de cometer delitos. Así en el derecho penal, la pena tiene una doble función de prevención y de tratamiento.

1.11. Características de la pena

De las definiciones anotadas anteriormente se desprenden los siguientes caracteres de la pena:

1.11.1. Es un castigo:

Se convierte en un sufrimiento para el condenado al sentir la privación o restricción de su vida su libertad su patrimonio.

1.11.2. Es personal:

Recae únicamente en el condenado, no es delegable ni se adquiere por herencia, nadie puede ser condenado por hechos ilícitos cometidos por otro.

¹³ **Ibid.** pág. 266

1.11.3. Es ética y moral:

La pena no debe convertirse en una venganza del Estado en nombre de la sociedad, debe cumplir con la función de reeducar, reformar y rehabilitar al delincuente.

1.11.4. Debe ser establecida por la ley:

La pena debe ser aplicada dentro de los límites fijados por ella, pues así nuestro Código Penal en su Artículo uno regula el Principio de Legalidad al indicar que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrá otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

1.11.4. Es de naturaleza pública:

Es el Estado a quien corresponde la imposición y la ejecución de la pena.

1.12. Naturaleza y fines de la pena

Universalmente se ha aceptado en el derecho penal moderno que la naturaleza de la pena es pública, pues es el Estado el que única y exclusivamente puede crearla, imponerla y ejecutarla. En cuanto al fin de la pena es muy diverso, pues existen distintas concepciones penales y aunque se ha enunciado diversas teorías al respecto son tres las que se consideran las más adecuadas ya que van dirigidas a orientar su utilidad social y legitimidad, por lo que las desarrollare a continuación a groso modo.

1.12.1. Teoría de la retribución

También denominada absoluta, establece que la pena es legítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. Es un castigo retributivo que recibe el delincuente por la comisión de un delito.

1.12.2. Teoría de la prevención especial

Se funda en que la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico, por lo que la pena debe servir para evitar esos futuros delitos. Es la intimidación que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que no vuelva a delinquir, es decir se obra sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho.

1.12.3. Teoría de la prevención general

Consiste en la intimidación de la generalidad, es decir en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados. Aquí la intimidación no solo es de tipo personal sino de tipo general a todos los ciudadanos, advirtiéndoles de lo que les puede suceder si infringen la ley y cometen un delito.

1.13. Clasificación de las penas

Doctrinariamente las penas se han dividido de la manera siguiente;

a) Atendiendo al fin que se proponen:

Penas de intimidación: Dirigidas a los entes no corrompidos, en quienes aun existe moralidad, la cual es reforzada por el miedo de la pena.

Penas de corrección: Reforman el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero que puedan ser corregidos.

Penas de eliminación o de seguridad: Dirigidas a los delincuentes incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para seguridad social, colocarlos en una situación de no causar daño a los demás.

b) Atendiendo a la materia sobre la que recae la aflicción penal:

Corporales: Recaen sobre la vida o la integridad corporal, también denominadas pena capital o de muerte.

c) Penas privativas de libertad:

Son aquellas que privan al reo de su libertad de movimiento como lo es la pena de prisión o de arresto. Esperándose que con la aplicación de la pena privativa de la libertad se influya positivamente en el condenado a fin de retribuir la comisión del delito y ante todo poder rehabilitar, y reformar a dicho ente para reintegrarlo a la sociedad.

d) Penas privativas o restrictivas de derechos:

Recaen en derechos de carácter público o sobre derechos de familia, es decir se limitan a ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley. Así encontramos que nuestro ordenamiento jurídico suspende el derecho político, se pierde el empleo o cargo público, se incapacita para que la persona pueda obtener cargos, empleos y comisiones públicos, se priva del derecho de elegir y ser electo, se incapacita para ejercer la patria potestad, entre otros.

e) Penas pecuniarias:

Son aquellas que recaen sobre el patrimonio del condenado es decir su fortuna.

f) Penas infamantes:

Privan del honor a quien las sufre, o bien lesionan el honor y la dignidad del condenado. En conclusión considero que las teorías anteriores, son importantes porque nos ilustran sobre que pena es considerada, correcta para alguien que clone tarjetas de crédito en Guatemala y por aparte nos permite entender sobre como la doctrina las ha dividido, fundamentándose en la voluntad libre y consciente de delinquir por parte del individuo, afectando los intereses de la persona no tutelados por el Estado.

1.14. Derecho penal y la evolución social

En este trabajo de investigación, pretendo exponer, algunos puntos de complemento que considero necesarios sobre el derecho penal y su evolución, por se este la obra que funda hoy en día todas las teorías constitucionales vigentes, sobre las cuales descansan los sistemas normativos de los países bajo este régimen, sin negar su enorme influencia en el derecho actual pero en el conocimiento de que quizás a veces, aun las obras que puedan ser consideradas las mas maravillosas, deben ser revisadas por el simple principio de perfectibilidad de los actos humanos, el hecho científico que toda teoría es formulada en función de resultar perfectible o corregible hasta alcanzar la verdad, científica absoluta, en cuyo punto se transforma en ley.

Los profundos y traumáticos cambios operados en el mundo durante las dos ultimas décadas del siglo XX, que militarmente parecieron señalar como vencedor al capitalismo neoliberal, no resolvieron los grandes problemas sociales, económicos y políticos de América Latina; al contrario, los acrecentaron a niveles mucho mas altos de los alcanzados durante la confrontación política, militar y económica entre la Unión Soviética y los Estados Unidos. Esta situación, que parece repetirse en los países del

tercer mundo con diferencias predominantemente cuantitativas, evidencia lo obsoleto de las viejas estructuras capitalistas y de los instrumentos teóricos con los cuales la misma es leída. Por muchas razones los bienvenidos acuerdos de paz, en aquellos países donde la confrontación se dio también en el campo militar, no han confirmado las expectativas económicas y sociales que alrededor de ellos se pregonaron.

La gran frustración de los sectores populares por esta postergación de la solución de sus problemas, es el mayor riesgo para los gobiernos latinoamericanos, lo grave es que si el descontento alcanza a los otros segmentos de nuestra sociedad, la crisis social llegara a niveles altamente peligrosos. La expresión más dramática de esa compleja situación de nuestras sociedades es la justicia penal, la cual al operar de manera poco eficiente pone en evidencia la profunda gravedad del momento crítico. El grado de criminalidad socialmente soportable es rebasado por el gran margen de impunidad, debido a lo poco o nada eficaz de la gestión de los órganos estatales encargados de prevenir, perseguir y castigar el delito. Aunque mucho de esta situación puede deberse a razones económicas, sociales o políticas; también es cierto que el instrumental teórico para interpretar la realidad juega un papel de gran importancia en el análisis de los problemas, así como en el subsecuente y adecuado tratamiento científico de los mismos.

Los cambios en lo político y en lo económico, el gran desarrollo científico tecnológico en el campo de la electrónica y la computación, el poder económico del crimen organizado y su acceso a la tecnología, y la penetración del narcotráfico en los mas altos niveles de la sociedad y del gobierno; para citar solo alguno de los nuevos factores de la delincuencia de nuestro tiempo, ha propiciado enormes como inesperados cambios en la realidad penal actual. Todo ello ha dado origen a nuevas conductas antisociales, como lo es clonar tarjetas de crédito, utilizando tecnología de punta, estos profundos y complejos cambios de la realidad social, hacen que las legislaciones y las elaboraciones teóricas construidas en relación con ellas se vean

superadas por los vertiginosos acontecimientos de nuestra era. La ciencia del derecho penal, como nunca antes, necesita estar al día con los cambios en la economía y en la política; por supuesto, también, es necesario conocer con exactitud lo que significan para la teoría penal los nuevos descubrimientos de la ciencia y los avances de la tecnología. Justamente en este terreno identificamos el problema de la actitud mental del jurista en general pero muy especialmente del iuspenalista, que se resiste con tesón a los cambios y le rinde culto a su tradicional y obsoleto instrumental teórico. Este, por las tremendas transformaciones de la realidad penal, ya no opera eficazmente en la lectura y análisis de la nueva problemática de la delincuencia.

1.15. Derecho penal como normatividad positiva

El derecho penal es la rama del derecho público interno, realista a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social. Como disciplina científica es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. Mientras el derecho punitivo es conjunto de normas, la ciencia del derecho penal integrase por principios cuyo objeto es el estudio de las normas positivas y fijar la naturaleza del delito, las bases, y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.

Avalada por el interés social real o supuesto, es un objeto de conocimiento; en otras palabras, es una realidad que no estudia, sino al contrario es estudiada, frente a ese ente normativo que integra un sistema de legalidad punitiva, la Ciencia del Derecho Penal, esta como conocimiento científico que pretende describirlo, explicarlo; y, en el mejor de los supuestos transfórmalo en función del interés social. Todo conocimiento científico supone un sujeto que lo construye, y una realidad hacia la cual dirige su pensamiento reflexivo, con el propósito de aprehenderla, intelectualmente, es decir, comprenderla a través de su inteligencia, aunque entre el objeto de conocimiento y el

sujeto que crea el saber se establece una íntima relación al punto que no puede existir uno sin el otro, tienen cada uno diferente naturaleza y desempeñan un papel distinto en el portero humano que es el conocimiento científico. La relación entre los dos miembros es a la vez una correlación, en sujeto solo es sujeto para el objeto y el objeto solo es objeto para un sujeto. Pero esta correlación no es reversible, “Ser sujeto es algo completamente distinto que ser objeto, la función del sujeto consiste en el aprehender del objeto, la del objeto en ser aprehensible y aprehendido por el sujeto.”¹⁴ Tanto el Derecho Penal como la Teoría Penal, ineludiblemente tienen un fundamento teórico filosófico y social. En otras palabras, son producto de las condiciones específicas de la sociedad en la que nace y se aplica, y de una visión del mundo y de la vida concreta.

Lo óptimo será que dicha legalidad responda a la auténtica convicción social del delito y de su represión. De igual manera, la base teórica debe ser la que efectivamente adopta el ente social y no el legislador o el grupo hegemónico. Por eso, la mejor legalidad penal pasa por la organización política de la sociedad; y consecuentemente, por el tipo de Estado que permita expresarse libremente a la sociedad.

Toda tesis jurídico penal, de forma inevitable tiene un fundamento filosófico que es necesario conocer para la correcta comprensión de lo jurídico y evitar su mera repetición mecánica. En la construcción e interpretación de la ley, penal, por el gran peso del principio de legalidad, la atención fue monopolizada por la legalidad, tanto en su aspecto formal como en el material; sin embargo, la agudización de la crisis social ha hecho aparecer la necesidad de poner atención en la legalidad y eficacia del derecho penal. Esto significa que al crearse la ley no debe cuidarse únicamente su validez formal, es decir el no contrariar en ningún sentido a la constitución.

¹⁴ Henssen Johan. **Teoría del conocimiento**, séptima edición, pág. 26.

En estos momentos críticos, tendrán que tomarse muy en cuenta las auténticas necesidades sociales, así como la aplicación correcta de la ley, una norma penal excelente puede no haber producido los efectos que se esperaron y tomaron en cuenta para crearla, si es erróneamente aplicada; por eso es vital cuidar la correcta aplicación de la ley penal para arribar a una conclusión cierta sobre sus bondades o defectos. La función esencial del derecho penal no es castigar al delincuente con todo el peso de la ley como suele decirse en la prensa hablada y escrita; no, la misión fundamental de la legalidad penal es defender los bienes jurídicos esenciales a la convivencia, así como impulsar la conducta social de los hombres en forma positiva hacia la vida armónica en la sociedad.

Cuando el objeto principal de la normatividad penal en su aplicación al caso concreto es imponer castigos y más aun a través de una justicia retributiva que olvida la naturaleza esencialmente social del delito, estamos frente a un derecho penal autoritario, y un Estado represor; y, por lo mismo socialmente inútiles como recursos para luchar contra la delincuencia de nuestro tiempo.

La naturaleza y función política del derecho penal, pasa por el tipo de Estado a cuyo servicio funciona. En el Estado abiertamente represor de la sociedad feudal, la legalidad penal fue consecuente autoritaria, habiéndose caracterizado por el poder ilimitado del juez en cuanto a la sanción penal y el procedimiento y el uso legal de la tortura.

El Estado liberal con su democracia formal, emanado de la sociedad burguesa que adopto como su ideología moral el protestantismo, con todos los grandes aportes, que dio a nivel de la legalidad y del conocimiento jurídico penal, dio origen al Derecho Penal Liberal, que respondió fielmente a los postulados de la formalidad del ente estatal; por

tal razón, los postulados de la normatividad penal liberal poco llegaron a la realidad penal.

El Estado social, que priorizo la seguridad estatal sobre la del individuo, proyectó su autoritarismo intervencionista en un derecho penal que puso su acento, no en el delito, sino en la peligrosidad del delincuente. Aunque hay que agradecerle su rechazo a la justicia distributiva, también debemos reprocharle su autoritarismo y abusiva intromisión en la privacidad del individuo, bajo el pretexto de su desadaptación social resulta pues ilusorio, continuar con el análisis de la legalidad penal sin tomar en cuenta al Estado que la crea y la aplicara.

Lo político no es ajeno al derecho penal. Su conocimiento, objetivo y verdadero, es condición indispensable para conocer la naturaleza y las posibilidades reales de la normatividad penal. Después de haber expuesto sobre la función del derecho penal creo que es lógico formular la siguiente pregunta: ¿Nos encontramos hoy frente a una nueva sociedad? La respuesta es que sí, y por lo cual estamos en presencia de nuevas formas comisivas de delito, ya que de ser delito tendría que estar tipificada en nuestra normativa penal vigente, es de esta forma que pretendo dilucidar, en la presente investigación el problema de la clonación de tarjetas de crédito, a la vista de que si nos encontramos frente a un nuevo orden social, necesariamente debemos replantear un nuevo orden jurídico, ya que no debemos olvidar que al fin y al cabo el derecho no es estático, sino por el contrario es cambiante.

Si a esta situación habitual, sumamos el hecho de que la tecnología interactúa con la sociedad a velocidades muy rápidas, y que la legislación guatemalteca, se está quedando rezagada, nos encontraremos ante la cruda verdad de que, de no hacerse algo de manera inmediata, nos hallaremos cada día más lejos de la verdad de las conductas que pudieran resultar inculpatas en defensa de los valores reconocidos como protegibles por parte del Estado y que este debe intentar salvaguardar. La

justicia surge como una necesidad de la sociedad, el Estado como persona jurídica requiere la existencia de personas físicas que se manifiestan con los órganos administrativos, constituyéndose en titulares de ellos y asumiendo el ejercicio de las facultades que se encuentran dentro de la esfera de la competencia de cada uno de los órganos.

El Estado se encuentra en un momento de crisis, surgida por la politización de sus órganos como lo son el ejecutivo, el legislativo, y el judicial, el botín político y la prepotencia se ponen de manifiesto, con la indiferencia al extremo de satisfacer sus intereses comunes, no cabe duda que la historia jurídica de nuestro país debe cambiar, la reforma de la legislación penal es necesaria y con esto se debe marcar el primer paso, dentro de una política, dirigida a fortalecer el régimen democrático, que pretende alcanzar nuestro país, proyectado sobre bases que impriman mayor solides, y efectividad al sistema de justicia penal, obscurecida hoy día, por la impunidad que lo domina.

Consciente que esta reforma no será la fuente de solución a toda la problemática que provoca una justicia ineficaz, oculta, retardada, despersonalizada, irracional y por sobre todo parcializada. Aspectos que desde ningún punto de vista pueden ser aceptados en un Estado de derecho que rige a una sociedad ya que podemos definir la sociedad, como la reunión de un grupo de personas, con intereses afines, para alcanzar un mutuo desarrollo. La sociedad es el sistema de relaciones sociales a través de las cuales vivimos y mediante las cuales formamos grupos, la vida de cada individuo, dentro del grupo se convierte en una sucesión continua de actividades, en compañía de los demás individuos, destinados a la consecución de sus propósitos, lo que llamamos sociedad es una organización que sirve para que el individuo no tenga que realizar esfuerzos extraordinarios, creándolo todo el mismo.

Mientras mejor sea la organización mas eficiente será la sociedad y mayor será el grado de bienestar de sus componentes. El desarrollo psicológico y socializador, como elemento de la sociedad puede definirse: como el proceso por el cual una persona aprende a conocer y aceptar las reglas de la sociedad en la que vive, su cultura, dicho desarrollo se centra en los conceptos de correcto e incorrecto, bueno o malo, social o antisocial, culpabilidad, inculpabilidad, sancionable o no sancionable y que engloba todo lo que forma el concepto de delito en una sociedad.

La psicología juega un papel importante en la sociedad, por la adaptación que demuestran sus miembros, unos con otros, como un todo, que se necesitan e influencia en la convivencia social, por que la cultura que tiene un ente pensante será transmitida a los miembros de su grupo, y estos a otros grupos provocando que se vaya socializando, como elemento común en sus integrantes, pero ¿Qué pasa si una de esas conductas trasmitidas a los miembros de la sociedad toma otro camino y perjudica y es dañina para la misma sociedad? Hay que señalar que todas las sociedades ponen en marcha una serie de mecanismos, para aliviar las tensiones sociales, y mantener las conductas desviadas o antisociales, en un nivel tolerable y asimilable, por la sociedad global, evitando así el peligro de una desintegración social, es criterio del sustentante que esos niveles de tolerancia ya han sobrepasado los limites ya que como algunos delitos no se encuentran tipificados por nuestra normativa penal, pues por lógica no tienen sanción alguna, como lo es clonar una tarjeta de crédito.

CAPÍTULO II

2. La persona

Considero importante analizar sobre lo que es la persona, ya que por una parte es a esta a la que le clonan su tarjeta de crédito, pero para tener una mejor comprensión del tema y tratarlo de manera objetiva debemos tomar en cuenta los atributos de la misma, ya que tanto legislaciones civiles como tratadistas y civilistas se han referido y se refieren a los seres humanos, denominándolos indistintamente, personas individuales, personas naturales, personas físicas, que tienen determinados atributos, y por otro lado tenemos a las personas morales y sociales o personas colectivas, y por otra parte tenemos que el patrimonio es uno y a la vez el más sobresaliente y complejo de esos atributos, veremos que el patrimonio es uno de los atributos de la personalidad.

En el Derecho Positivo, son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. “Se llama persona, jurídicamente, a todo ser capaz de derechos y deberes, es decir, de estar vinculado por relaciones jurídicas, bien sean como sujeto activo que es el titular de un derecho o sujeto pasivo que es el que esta sometido a un deber jurídico.”¹⁵

2.1. Clases de persona

2.1.1. Persona individual

En sentido jurídico existen, en el derecho moderno, las Personas Individuales, y las Personas Jurídicas:

¹⁵ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, Vol. I, pág. 229.

A la persona individual se le llama también personas físicas o seres humanos, personas naturales, son expresiones que corresponden al sujeto jurídico individual que es el hombre, no solo como persona aislada, sino como individuo y en cuanto es apto para ser sujeto de derecho y de obligaciones.

Nuestro Código Civil, contenido en el Decreto ley 106 y sus reformas, no nos da una definición o concepto de persona individual, pero al regular a las personas individuales en el Capítulo Primero, de su Libro Primero, en su Artículo uno establece, que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo al que esta por nacer se le considera como nacido siempre que nazca en condiciones de viabilidad. Y en su Artículo cuatro, prescribe que la persona individual se identifica con el nombre propio y del apellido de sus padres casados, o del de sus padres no casados, que la hubieren reconocido. Los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les de la persona o institución que los inscriba.

2.1.2. Persona jurídica

La persona jurídica es el otro tipo de persona llamadas también Personas Morales, Personas Sociales, son una agrupación de individuos, que constituyen seres colectivos, con finalidades e intereses lícitos, comunes a quienes la ley reconoce protege, que para facilitar el cumplimiento de dichas finalidades poseen principalmente un conjunto de bienes y derechos que forman su propio patrimonio, que es distinto del de cada uno de los individuos que las integran. Podemos decir que son personas jurídicas “Los sujetos de derechos y obligaciones que no son la persona natural o física.”¹⁶ Nuestro Código Civil no nos da una definición de lo que son personas jurídicas, pero nos dice en su Artículo quince, de las personas jurídicas:

¹⁶ Ossorio. **Ob. Cit**; pág. 570.

1º. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, La Universidad de San Carlos y las demás instituciones de Derecho Público, creadas o reconocidas por la ley;

2º. Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley.

3º. Las asociaciones sin finalidades lucrativas, que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones;

4º. Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes.

Las asociaciones, no lucrativas a que se refiere el inciso 3º podrán establecerse con la autorización del Estado en forma accionada, sin que, por ese solo hecho, sean consideradas como empresas mercantiles.

2.2. Atributos de la persona

En el lenguaje común: se llama atributo a cada una de las cualidades o propiedades de un ser que lo caracterizan, distinguiéndolo uno de otro. En derecho: los atributos de la personalidad son las cualidades que, desde el punto de vista jurídico, deben tener los individuos y que los distinguen unos de otros. Podemos decir que los atributos de las personas físicas son; La Capacidad, Estado Civil, Patrimonio, El Nombre, Domicilio; y, la Nacionalidad, el único atributo que cambia respecto a la persona jurídica es el Estado Civil ya que solo puede darse en las personas individuales, de lo expuesto con anterioridad claramente puede observarse que el

patrimonio es uno de los atributos de la personalidad y que el Estado esta obligado a garantizar.

2.3. Patrimonio

2.3.1. Definición

Patrimonio, del latín Patrimonium, derivado del Patris; Conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre, “Además de lo que queda dicho, los bienes propios adquiridos por cualquier titulo, en una definición mas jurídica el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, y que pueden ser apreciables en dinero.”¹⁷

El patrimonio, por una parte, es uno de los atributos de la personalidad; y por la otra parte el patrimonio es una universalidad jurídica o de derecho constituido por un conjunto tanto de cosas o bienes como de derechos, obligaciones y cargas, que pertenecen a una persona individual o jurídica, susceptibles de una valorización pecuniaria, esto es, que sean siempre apreciables en dinero. Esas cosas o bienes y derechos, forman el activo del patrimonio; y las obligaciones y cargas constituyen el pasivo.

¹⁷ **Ibid.** pág. 5.

2.4. Teorías acerca del patrimonio

2.4.1. Teoría clásica o del patrimonio de personalidad

La forma originaria de la teoría clásica, subjetivista o personalista del patrimonio se debe a Aubry y Rau, quienes la elaboraron en base a los artículos del Código de Napoleón. Para Aubry y Rau el patrimonio “Es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, valorables en dinero, consideradas como una universalidad jurídica y ligadas entre si por estar sujetas a la voluntad de una misma persona.”¹⁸ En consecuencia para la teoría clásica el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo.

El activo: esta conformado por todos los derechos presentes y futuros, valorados en dinero de los que puede ser titular una persona. Aunque Aubry y Rau no lo aclaran, las cosas en si mismas no forman parte del patrimonio sino que los componentes del activo, son la propiedad y demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales derechos forman parte del patrimonio incluso en los casos en que no son susceptibles de ejecución forzosa o no son transmisibles por herencia siempre que uno u otro caso tengan carácter pecuniario. Para esta teoría quedan fuera del activo del patrimonio los derechos políticos o públicos, los derechos de la personalidad y al menos la mayor parte de los derechos familiares.

El pasivo: Lo constituye tanto las obligaciones como las cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes de la persona de que se trate. Para los exponentes de la teoría clásica el patrimonio es una Universalidad Jurídica es decir que los bienes y obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de

¹⁸ Salas Jiménez, Simón. **Guía de persona, personalidad y patrimonio.** pág. 126.

derecho, esto significa que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los derechos y obligaciones que lo componen. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente y no así el patrimonio que queda siempre el mismo, durante al vida de la persona. Para esta corriente los derechos y obligaciones de una persona giran sobre su patrimonio en el que forma una masa patrimonial. Para los clásicos la finalidad del patrimonio reside en la satisfacción de los acreedores del titular de este patrimonio de modo que el deudor responde con todo su patrimonio y con los bienes presentes y futuros habidos y por haber.

Señalan los clásicos, que cuando el titular del patrimonio enajena un bien, surge una especie de subrogación, en el sentido de que otro bien va a ocupar el lugar que antes ocupaba el bien enajenado. Esta subrogación es una ficción de derecho. La subrogación real es el resultado de la fungibilidad de todos los elementos del activo. Para ello los bienes que integran el activo patrimonial, son fungibles, que pueden ser sustituidos por otros bienes, así el precio de la cosa reemplaza el bien enajenado y la cosa adquirida por el comprador sustituye el lugar del dinero entregado en pago.

Desde diversos puntos de vista se critican las afirmaciones de la teoría clásica en torno a la vinculación entre patrimonio y personalidad. Algunos autores niegan la tesis de que solo las personas pueden tener patrimonio con el argumento de que si todas las relaciones jurídicas de una persona forman un todo no es porque el elemento unificador sea voluntad de la persona del titular sino que la unificación proviene del hecho de que todas esas relaciones están afectadas a la satisfacción de las necesidades de esa persona.

En el mismo sentido se alega que la replica, de la doctrina clásica, de que una persona sin bienes conserva su patrimonio y que este consiste en su aptitud para adquirir bienes en el futuro. La replica consiste en llamar patrimonio a lo que solo puede llamarse capacidad patrimonial. Se insiste también en la insuficiencia de la

explicación de la transmisión del patrimonio mortis causa, con lo cual queda impugnada la tesis de la intransmisibilidad del patrimonio.

Que la indivisibilidad del patrimonio es una noción estrecha que impedirá constituir patrimonios separados del patrimonio general para el cumplimiento de ciertos fines. En torno a la teoría clásica sobre la subrogación se hace énfasis en que las mismas explican la razón de que el deudor responde de sus obligaciones con sus bienes habidos y por haber. Critican a la teoría clásica el hecho de excluir del patrimonio los bienes y derechos no valorables en dinero. En este sentido alegan que esa noción solo se justificaría porque dichos bienes y derechos son inejecutables por parte de los derechos valorables en dinero. De ambos argumentos derivaron los críticos separar tajantemente los bienes y derechos valorables en dinero de los que no lo son.

2.4.2. Teoría alemana o del patrimonio de afectación

La teoría Alemana u Objetivista del patrimonio, no nació de las críticas a la teoría clásica del patrimonio sino de elaboraciones propias de la doctrina romanista y pandectista alemana. Sus principales exponentes son Brinz y Bekker. La teoría alemana “Es el vínculo que unifica a los diversos elementos del patrimonio es su común afectación a un fin.”¹⁹

Esa afectación común basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio, sin que sea necesaria la existencia de una persona a quienes todos ellos pertenezcan, de modo que al lado de los patrimonios con sujeto o personales, habría patrimonio sin sujeto. En el aspecto positivo la teoría alemana, destaca la afectación común a un fin como elemento unificador del patrimonio y admite la indivisibilidad del patrimonio; pero en cambio, se considera inadmisibles la opinión de quienes

¹⁹ **Ibid.** pág. 130.

independizan totalmente las generalidades de patrimonio y personalidad. El patrimonio se funda en la idea de la personalidad, pero no es un simple atributo de esta, es imposible prescindir de la persona como centro de unidad de las relaciones jurídicas patrimoniales. Es la persona que contrae las obligaciones, quien ejerce los derechos, y quien puede decir su responsabilidad a otra.

No puede admitirse que un conjunto de relaciones jurídicas pueda ser afectado a una misma finalidad, independientemente de quien sea el titular de dicho conjunto, tampoco puede admitirse la idea de que los bienes son los que dan unidad al patrimonio. Existe cierta relatividad en el concepto del patrimonio, la única realidad concreta son las relaciones jurídicas singulares. Por otra parte mientras la regla general es que los derechos pecuniarios son transmisibles las regulaciones jurídicas del activo y del pasivo del patrimonio, son tan diferentes entre si, que si el concepto de patrimonio abarca a ambos, solo tienen un valor muy limitado. Hasta la doctrina clásica admite la transmisión del patrimonio por causa de muerte y si bien la indivisibilidad del mismo puede considerarse una regla generalmente conveniente, no es una derivación lógica y necesaria del concepto del patrimonio.

2.5. Elementos del patrimonio

a) Su composición como conjunto unitario de derechos y obligaciones: entendida como la concurrencia en bloque y simultáneos de derechos y obligaciones conectados, unidos entre si por algún elemento de hecho o de derecho afectados a un fin determinado, para que conceptualmente se entienda la existencia de un patrimonio jurídico.

b) Su significación económica y pecuniaria, ya que solo las relaciones jurídicas de carácter pecuniario (derechos reales, derechos de crédito) forman el contenido del

patrimonio: Es decir, relaciones jurídicas valorables en dinero, porque el derecho patrimonial siempre está referido a un bien valorado en una cantidad determinada.

c) Su atribución a un titular como centro de sus relaciones jurídicas: Porque para que exista derechos y obligaciones debe existir un titular de ellas, algo o alguien que en su universo propio que las detente, sea persona natural o jurídica. Si se tiene el derecho es acreedor o titular potestativo de un crédito, esta es una posición activa; por contrario si se tiene la obligación o el deber se es deudor y se está en una posición pasiva.

El patrimonio si bien nace con la existencia de personas, en cualquier ámbito, no es menos cierto que, no se extingue por la extinción vital de la persona, con su muerte, o de la persona jurídica con la caducidad de su existencia o su extinción forzada por quiebra u otros elementos. El patrimonio queda conformado como una universalidad existencial transmisible a herederos o causahabientes en el mundo de las personas naturales, o en cartera en el mundo de las sociedades y entes colectivos. Ratificando el concepto de patrimonio como un conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tiene una utilidad económica y que por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuyas relaciones jurídicas se encuentran constituidas por deberes y derechos (activo y pasivo). Debo indicar que la mayor importancia en el patrimonio se vincula, a través de las personas, es decir derechos que responden de obligaciones.

De ahí la importancia que tiene la entrada y salida de bienes del patrimonio de una persona y la posibilidad que otorga el derecho a los acreedores ejercer acciones para la conservación del activo del deudor y aun para dejar sin efecto operaciones realizadas en grave perjuicio de ellos. Por último debemos entender que toda persona natural o jurídica situada dentro de un contexto social está subordinada a las leyes que la sociedad dicta en la cual, la persona es la medula primera y trascendente de la sociedad, es protagonista de esas leyes activa o pasivamente, porque tiene derechos y obligaciones que se denominan derechos subjetivos, es decir un bien de la vida social

que transita toda la existencia de cada ser humano y que otorga título suficiente de reconocimiento existencial y de respeto a esos derechos subjetivos, así como de su entorno. Por tener derechos subjetivos surge la obligación de respeto a dichos derechos con límites infranqueables, que de traspasarlos se produce una lesión al derecho subjetivo. Por esta razón se ha hecho indispensable en las sociedades humanas la existencia de leyes particulares preestablecidas, emanadas del Estado, para garantizar con eficacia los derechos de cada quien. Es criterio del sustentante, que el Estado de Guatemala, debe brindar protección al patrimonio tanto de la persona, individual, como de la persona jurídica, porque de lo contrario no estaría cumpliendo con uno de sus fines que es el bien común.

2.6. Delitos contra el patrimonio

Guatemala al igual que muchos países, adolece de una legislación adecuada, que enmarque dentro de su contenido aspectos esenciales, acordes a la realidad social que se vive, para proteger verdaderamente el patrimonio de la persona, primordialmente carece de una ley penal sustantiva, que contenga las definiciones de los delitos que atentan en contra del mismo y los efectos que del mismo se produzcan. Nuestro Código Penal en su Título VI Capítulo I nos habla sobre los delitos contra el patrimonio que mas adelante mencionare. Los hechos no mienten la realidad de la clonación de tarjetas de crédito en Guatemala nos confirma la hipótesis planteada. No existe ley por el momento capaz de evitar la clonación de tarjetas de crédito, es importante que el estado proteja al usuario de este medio de pago.

2.7. Clasificación de los delitos contra el patrimonio según nuestra ley

Nuestra legislación, en cuanto a la regulación de los delitos contra el patrimonio nos indica; el Artículo 246 del Código Penal vigente. Hurto. Quien tomare, sin la debida

autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de uno a seis años. El Artículo 247 del Código Penal establece que es Hurto agravado.

Es Hurto Agravado:

1º. El cometido por domestico o interviniendo grave abuso de confianza.

2º. Cuando fuere cometido aprovechándose de calamidad pública o privada, o de peligro común.

3º. Cuando se cometiere en el interior de casa, habitación o morada o para ejecutarlo el agente se quedare subrepticamente en edificio o lugar destinado a habitación. Esta circunstancia agravante no se aplicara cuando el hurto concursare con el de allanamiento de morada.

4º. Cuando se cometiere usando ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, o llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida.

5º. Cuando participaren en su omisión dos o mas personas; una o varias fingiéndose autoridad o jefes o empleados de un servicio público.

6º. Cuando el hurto fuera de objetos o dinero de viajeros y ser realizare en cualquier clase de vehículos o en estaciones, muelles, hoteles, pensiones o casa de huéspedes.

7º. Cuando fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico o destinadas al uso u ornato públicos.

8º. Si el hurto fuere de armas de fuego.

9º. Si el hurto fuere de ganado.

10º. Cuando los bienes hurtados fueren productos separados del suelo, maquinarias, accesorios o instrumentos de trabajo dejados en el campo, o de alambre o otros

elementos de los cercos. Fue modificado por el Decreto 20-96 Hurto agravado. Al responsable de hurto agravado se le sancionara con prisión de 2 a 10 años.

En el Artículo. 248. Hurto de uso. Quien sin la debida autorización, tomare una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con el solo propósito de usarla y efectuare su restitución, en circunstancias que claramente lo indiquen o se dedujere de la naturaleza del hecho; dejare la cosa en condiciones y lugar que permitan su fácil y pronta recuperación, será sancionado con multa de doscientos a tres mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades resultantes de los daños causados a la persona. Cuando el hurto de uso de cometiere para efectuar plagio o secuestro con fines o propósitos subversivos, se impondrá al responsable prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al otro delito.

Artículo 249. Hurto de fluidos. Quien, ilícitamente sustrajera energía eléctrica, agua, gas fuerza de una instalación o cualquier otro fluido ajeno, será sancionado con multa de doscientos a tres mil quetzales.

Artículo. 250. Hurto impropio. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de una tercero, será sancionado con multa de cien a dos mil quetzales.

Por el hecho de ser importante mencionare también, que en nuestro Código Penal vigente ser regula como delitos contra el patrimonio el robo el cual esta contenido en el Artículo 251. Robo. Quien, sin la debida autorización y con violencia anterior, simultanea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de tres a doce años. Como nos podemos dar cuenta, solo hice mención de los artículos mas importantes, que se encuentran regulados en nuestro Código Penal vigente, mas adelante me referiré a la Estafa, que

es a mi criterio donde se debe encuadrar la clonación de tarjetas de crédito, el cual debe constituirse como ilícito penal, ya que es muy común que en los delitos cometidos por los presuntos culpables, en el momento de deslindar responsabilidades, no es posible comprobar en forma fehaciente, quien o quienes han sido los culpables, en vista que la responsabilidad criminal tiende a diluirse entre los componentes de la sociedad, en forma tal que no puede imputarse, a ninguno la comisión del delito, aunque es indudable que el hecho se ha perpetrado.

El motivo por el cual, se hace mención de los artículos anteriores, es para tener una mejor comprensión, del tema, ya que debemos tener claro, en que consiste el patrimonio de la persona tanto individual, como jurídica. Nuestra legislación penal, parece estar orientada a no entrar a profundidad, ni dar definición de los temas que regula, esta legislación es la base y es la fuente jurídica de la situación de injusticia, y de impunidad que se vive en Guatemala, debo de formular la siguiente pregunta ¿Es que acaso nos encontramos ante una discriminación social por parte la justicia? La anterior pregunta la formulo, en virtud que los emisores de tarjetas de crédito en Guatemala nunca pierden ya que por el uso de dicho medio de pago el usuario paga cierto porcentaje de interés, aparte del seguro contra clonación de tarjetas de crédito, tema que mas adelante tratare de forma profunda y objetiva.

Debemos entender que discriminación social es el trato desigual defendiendo a grupos que tienen un status, existe sin duda alguna, discriminación social en la sociedad, que reconozca los principios básicos de igualdad y justicia, pero que no los lleve a la practica en la vida diaria, y en el caso de Guatemala los emisores de tarjetas de crédito, resuelven según su criterio, si efectivamente se trato de una clonación o no de tarjetas de crédito, por no existir ningún amparo legal para el usuario.

Solo la ley es fuente del derecho penal. En este punto domina como principio fundamental la máxima, Nullum Crimen Nulla poena sine lege, nadie podrá ser

castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delitos, ni con otras penas que las establecidas legalmente. Así en esta máxima se contiene una doble garantía individual, no ser penado mas que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos y no ser castigados con penas ni en clase ni en medidas diversas a las establecidas previamente por la ley penal, por tanto un hecho no será punible, mas que cuando pueda incluirse en alguno de los tipos de delito descritos en la ley penal.

El principio *nullum crimen sine lege*, no puede tener actualmente el sentido rígido de hace ciento cincuenta años, el desarrollo social exige otra estructuración de la ley penal, la base de la responsabilidad penal descansa no solo en la responsabilidad social, si no también en la capacidad de sentir la coacción psicológica, por parte del Estado mediante la pena y en la aptitud para que el animo de los ciudadanos se despierte el sentimiento de la coacción. Esta ultima no es mas que un complemento de la primera, pues claro esta que la palabra sanción es una consecuencia cuyo antecedente esta constituido por las condiciones de imputabilidad. Pero por no estar tipificado como delito clonar tarjetas de crédito no hay un delito que perseguir ni pena que imponer es lógico establecer la responsabilidad del individuo, desde el punto de vista social pero no del legal por eso es necesario tipificar en nuestro Código Penal la clonación de tarjetas de crédito como un delito.

CAPÍTULO III

3. La estafa

3.1. Historia

El objeto de incluir dentro de este trabajo de investigación lo concerniente a la estafa, es para tener una panorama mas amplio, donde el legislador debe encuadrar lo que es la clonación de tarjetas de crédito, podemos indicar que la estafa es el, “Delito comprendido en el concepto genérico de fraude, pero algunas legislaciones se cuidan de señalar casos específicos de estafa, así el delito se configura por defraudar a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que se le entreguen en virtud del contrato o de un titulo obligatorio, por apropiarse, no entregar o no restituir a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos que se tuvieran bajo su poder o custodia por titulo que produzca obligación de entregar o devolver.”²⁰

El engaño: “Es la falta de verdad, falsedad, como dar a la mentira o apariencia de verdad. Inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es.”²¹ Los conceptos antes indicados han surgido desde que la humanidad existe.

En el Derecho Romano, hasta la época imperial, no se pude hablar realmente de la autonomía del delito de estafa, ya que esta se encontraba inmersa dentro de otras acriminaciones. Durante la época de los emperadores, se le castigo como crimen extraordinarem. En el régimen del emperador Adriano, se le peno llamándole crimen stellionatus, cuando alguien actuaba con engaño, denominándosele de esa manera en virtud del termino estellio, referido a una salamandra, pequeño reptil, que expuesto a los

²⁰ Ossorio. **Ob. Cit**; pág. 207.

²¹ **Ibid**, pág. 285.

rayos solares, adquiere diversas tonalidades. En el derecho Alemán, se producen diversas figuras del delito de engaño, pero sin poder construir con ellas un concepto histórico suficiente y preciso, en virtud que esta civilización de naturaleza agrícola, tuvo pocas ocasiones de considerar hechos de fraude, consideraba de naturaleza furtiva, ocultando o disimulando la acción y el efecto producido. En la edad media surgió un derecho estatutario sobre los fraudes y las falsedades, aun cuando no se separaron concretamente. En las siete partidas ya se encuentran determinados hechos que actualmente configuran elementos de esta acriminación. En nuestro ordenamiento jurídico penal guatemalteco, en el Código Penal del año 1889 se encontraba regulado el delito como Estafa y otros engaños a partir del Artículo 407 al 413.

3.2. Definición de estafa

La estafa la podemos definir como “Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño; tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.”²²

La estafa es una defraudación por fraude, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino al patrimonio completo; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se vera disminuido. Y esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien, y que es obligada a cometer un error en su patrimonio, acción que realiza por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa como en toda defraudación por fraude es la siguiente: el sujeto activo despliega una actividad engañosa que induce en error o

²² **Ibid**, pág. 297.

equivocación a una persona, sujeto pasivo quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para su patrimonio.

3.3. Elementos

Los elementos del delito de estafa se encuentran intrínsecos en la ley, cuando la regula el Artículo 263 del Código Penal guatemalteco, el cual expresa: Estafa propia. Comete estafa 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 doscientos a diez mil quetzales. En cuanto al delito de estafa en forma doctrinaria se pueden analizar los elementos integrantes del delito de estafa, que aun cuando son comunes a los delitos de hurto y robo, contienen otras características sui generis que le distinguen y le individualizan, siendo estos:

- A.- Apoderamiento de la cosa de ajena pertenencia
- B.- Cosa perteneciente al mundo del bien mueble.
- C.- Existencia del ánimo de lucro.
- D.- Acción realizada induciendo a error ardid o engaño.
- E.- Existencia de relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio.

A.- Apoderamiento de la cosa de ajena pertenencia:

Es una característica común a diversas acriminaciones contra el patrimonio, por ejemplo el hurto y robo. En el delito de estafa existe el apoderamiento, se realiza cuando el agente o sea el estafador se adueña de algún objeto, tomándolo y poniéndolo

bajo su poder trasladándolo a su morada o al algún otro lugar siempre bajo su control, resalta la forma voluntaria que el sujeto pasivo ósea el estafado hace de la cosa, con inconsciencia o ingenuidad. Es característica también la ilegitimidad del apoderamiento con autorización, pero con un fin ilícito. La cosa objeto de apoderamiento, debe encontrarse fuera de la esfera del dominio del estafador.

B.- Cosa perteneciente al mundo del bien mueble:

En el delito que nos atañe, el apoderamiento ilegítimo se da en bienes muebles, legalmente el Artículo 442 del Código Civil guatemalteco, lo expresa así: Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles. Siendo un bien mueble: Las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si misma o movidas por una fuerza extraña, considerándose en la misma categoría a las que regula el Artículo 264 y sus 23 incisos del Código Penal guatemalteco que mas adelante analizaremos.

El Artículo 451 del Código Civil señala: Bienes muebles. Son bienes muebles:

- 1º. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados.
- 2º. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
- 3º. Las fuerzas naturales y susceptibles de apropiación.
- 4º. Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas aun cuando estén constituidos para adquirir inmuebles o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes.
- 5º. Los derechos de crédito referente a muebles, dinero o servicios personales; y

6º. Los derechos de autor o inventor comprendido en la propiedad literaria, artística e industrial.

Bienes Inmuebles: Aquellos regulados por el Artículo 445 del Código Civil señala: Son bienes inmuebles:

1º. El suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, las minas mientras no sean extraídas y las aguas que se encuentren en la superficie o dentro de la tierra;

2º. Los árboles y plantas mientras estén unidos a la tierra, y los frutos no cosechados;

3º. Las construcciones adheridas al suelo de manera fija y permanente;

4º. Las cañerías conductoras de agua, gas o electricidad incorporadas al inmueble;

5º. Los ferrocarriles y sus vías, las líneas telegráficas y telefónicas y las estaciones radiotelegráficas fijas;

6º. Los muelles, y los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer de un punto fijo de un río, lago o costa;

7º. Los viveros de animales, palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos de modo permanente a la finca.

Lo anteriormente expuesto es de suma importancia para el tema que tratamos pues es relevante indicar que el delito de estafa se da única y exclusivamente en el mundo de los bienes muebles, no obstante aunque el Artículo 264 del Código Penal guatemalteco, en su inciso nueve que expresa: Quien fingiéndose dueño de una cosa

inmueble lo enajenare, gravare o dispusiere de ella en cualquier otra forma. De lo anotado anteriormente se desprende el siguiente análisis:

A.- Porque este inciso tendría que estar fuera del delito de casos especiales de estafa y regularlo dentro de los delitos de falsedad.

B.- La falta de tecnicismo jurídico hace incurrir en confusión en cuanto al termino utilizado en este inciso del artículo y ley mencionados, cuando menciona, cosa inmueble, no hace diferencia entre una cosa y un bien, doctrinariamente es entendible la diferencia existente entre una cosa y un bien, siendo que una cosa: son todos aquellos objetos que están fuera del comercio de los hombres y puede ser objeto de apropiación; contrario sensu, un bien: son todas aquellas cosas que están en el comercio de los hombres y no pueden ser objeto de apropiación, salvo la forma regulada por la ley, de tal forma que una cosa nunca puede ser un bien y todo bien siempre es una cosa, por lo que el inciso en mención tendría que expresar bien inmueble a cambio de cosa inmueble.

C.- El delito de estafa, es un delito que aunque no se consuma el hecho, la ley lo regula siempre como delito consumado, anulando totalmente el delito de estafa en el grado de tentativa, siendo el hecho consumado el momento en que el delincuente tenga el bien bajo su control, pero después de haber realizado la aprehensión y el desplazamiento respectivo, aun cuando lo abandonare o la desapoderen de, él.

D.- Existencia del ánimo de lucro: Este elemento es de carácter genérico y aplicable a todos los delitos contra la propiedad, caracterizado por la apropiación o apoderamiento de una cosa ajena a través de distintos medios, robo, hurto, estafa, aun cuando no es necesario que dicho lucro se perfecciones, ya que el ilícito se configura desde el momento en que el culpable ingresa en un patrimonio ilegítimamente lo que le

pertenece a otro, poniéndolo fuera del poder y alcance del legítimo poseedor. El ánimo de lucro puede ser directo o indirecto, no siendo necesario el aprovechamiento en beneficio propio, consistiendo al ánimo de lucro en sacar provecho en forma ilegítima mediando consentimiento del sujeto pasivo, quien con una idea contraria a la verdad, en forma voluntaria entrega la cosa materia del delito, teniéndose entonces la existencia de una voluntad viciada, sea la del estafado, que ha resultado perjudicado en su patrimonio. El ánimo de lucro es entendible como el propósito de obtener con la apropiación de la cosa una ganancia y provecho, cualquier ventaja y estas ventajas que los clonadores de tarjetas de crédito, tiene sobre su potencial víctima es la tecnología que mas adelante trataremos.

E.- La acción realizada induciendo a error, ardid o engaño: Es el elemento por excelencia del delito de estafa, que lo distingue de otras formas de apropiación. Podemos definir: Ardid: “Como estratagema, la maquinación, artificio o medio para lograr un fin, antes con habilidad o ingenio, terciando incluso la malicia y el engaño, por la fuerza.”²³

De conformidad con las definiciones ya apuntadas, debo señalar que el delito de estafa y sus derivaciones siempre va a existir aun cuando el estafado conserve su tarjeta de crédito, pues lo que se le copia, son sus datos, por parte del estafador quien de manera hábil y astuta y sagaz obtiene su objetivo, de manera estudiada, prefabricada y premeditada, y valiéndose de conocimientos avanzados en tecnología evidentemente en el delito de estafa y sus modalidades, el engaño ha de ser muy bien encubierto de tal manera que la persona afectada o persona pasiva o estafada caiga en la trampa de manera inconsciente y algunas veces de manera conciente, y en sus plenas capacidades mentales, por el cual es necesario en virtud que son deberes del Estado de Guatemala garantizarle a los habitantes, la justicia y la seguridad.

²³ **Diccionario de la lengua española.** Vigésima primera edición, pág. 27.

El usuario de tarjetas de crédito no tiene un amparo jurídico ya que no lo regula nuestra legislación vigente, para lo cual se hace la presente investigación.

F.- Existencia de relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio: El elemento de relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio no es más que un vínculo, un lazo mediador o un hilo conductor entre el engaño, el error o el ardid realizado por el estafador en perjuicio del patrimonio sufrido por el sujeto pasivo o sea el estafado. En el delito de estafa cabe resaltar que tanto la defraudación como el engaño no son suficientes para cometer el acto ilícito, además de ello es indispensable el vínculo o el nexo en donde el estafado además de ser engañado como se da el caso de que le clonen su tarjeta de crédito que es el bien objeto de la defraudación en beneficio del estafador quien de manera ilícita llega a un enriquecimiento, se le defraude en su patrimonio que es un hecho exterior.

3.4. Clases de estafa según nuestra legislación

Los principales ilícitos penales en el delito de estafa y sus modalidades, radica en el elemento interno, el engaño, que es la alteración de la verdad, para defraudar el patrimonio ajeno. La estafa en sí, es una especie del fraude genérico, no obstante nuestra legislación interna lo regula como estafa y las clases de estafa que mas adelante enumerare, siendo entonces de conformidad con nuestra legislación el género la estafa la especie las distintas clases que nuestra ley regula.

Estafa genérica: se encuentra taxativamente regulado en el Código Penal guatemalteco, vigente en nuestro ordenamiento jurídico penal, disposición legislativa con carácter de ley ordinaria, Decreto numero 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la cual regula todas las formas de estafa y sus modalidades en el Libro II,

Título VI y Capítulo V de los Artículo 263 al 271, los cuales por su importancia serán analizados más adelante.

3.5. La idoneidad del ardid o engaño

El ardid o engaño deben ser idóneos para aprovechar el error de la víctima. El problema reside en determinar cual es el criterio a seguir para saber cuando el ardid o engaño son idóneos. Al respecto, se deben distinguir dos criterios:

a) Subjetivo: Para determinar la idoneidad del ardid es necesario tener en cuenta a la víctima (su discernimiento, su nivel intelectual, su actividad, etc.) Si conforme a las condiciones de la víctima, el ardid o engaño empleados no eran suficientes para engañarla, el medio no será idóneo y por lo tanto no habrá estafa.

b) Objetivo: Este criterio sostiene que el ardid o engaño es idóneo cuando ha logrado éxito en el caso concreto es decir, cuando ha servido para engañar a la víctima. La doctrina francesa, como requisito de la estafa exige la “mise en scene” (puesta en escena; que el estafador prepare el terreno para la estafa), la cual significa que el estafador acompañe sus palabras con un aparatoso o gran despliegue de actos tendientes a engañar a la víctima. La mayoría de las legislaciones dejan de lado este requisito. La doctrina no exige la “mise en scene” sin embargo se exige cierta entidad objetiva en el ardid o engaño, es decir, algunos actos externos que demuestren que existe relación causal entre el ardid o engaño y el error de la víctima. Por esta razón, se sostiene que la simple mentira no basta para configurar estafa, sino que se requieren además algunos hechos exteriores.

3.6. Escenario propicio para el ardid

Para una mejor comprensión del tema expongo los siguientes ejemplos: En efecto, si una persona adquiere de un desconocido, en la vía pública o en un restaurante, boletos para participar y apostar en carreras de caballos correspondientes a carreras pasadas, difícilmente podrá afirmarse que el ardid es idóneo. Si, en cambio, ello ocurre en el hipódromo, aprovechando el embaucador un escenario de aglomeración de personas y la ofuscación propia de los jugadores, la maniobra debe considerarse opta.

En sentido análogo, si un desconocido pide a la empleada de un negocio una maquina de escribir, alegando que tiene una orden del patrono para llevarla a arreglar y creyendo el engaño, la dependiente hace entrega del bien, no parece que pueda hablarse de maquinación o artificio apto para engañar. Pero, si quien efectúa el pedido es un comisionista del negocio, se tornaría ordinario y normal el proceder de la empleada al acceder a la solicitud y como de lo ordinario no hay que sospechar, bien puede afirmarse que, en el caso, los medios comunes de defensa del sujeto pasivo han sido hábilmente vencidos por un ardid idóneo para la estafa.

Que el escenario en que se desarrolla el hecho puede llegar a constituir un índice de valoración muy importante en el análisis de la idoneidad del ardid, lo demuestra acabadamente lo que se ha dado en llamar estafa de alimentos, es decir, la conducta de aquellos que, aprovechando que lo normal y ordinario es que en los restaurantes solo concurren quienes están dispuestos a abonar en efectivo y al contado el importe del consumo, ingieren alimentos o bebidas y no pagan. Es evidente que en todos estos casos no hay, para parte del sujeto activo, un despliegue de maniobras lo que verdaderamente da aptitud al ardid es la explotación de una situación especial.

3.6.1. Las creencias religiosas y el ardid

En lo que hace al aprovechamiento de las creencias religiosas, se advierte que no debe confundirse la mera superstición con la religión o libertad de religión, como lo indican el Artículo 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual nos indica que toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público, como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos. De este modo, las creencias y las cosas religiosas, que sean profesadas o usadas del modo admitido por la religión y para un objeto religioso nunca pueden constituir los artificios que requieren el delito de estafa. Claro esta que el ardid será idóneo si las funciones del sacerdote o clérigo, son usurpadas por un charlatán o cuando un clérigo verdadero se vale de la fe ajena, para un objeto extraño a la religión. Por ejemplo un sacerdote, explota la religiosidad de la víctima, convenciéndola de que al morir su hermano, este se encontraba en pecado y que para salvar su alma era necesario hacerle un ritual, obteniendo mediante este artificio la entrega de dinero.

Otro caso tenemos los así llamados espiritistas, hacen lo que se denomina, lectura fría. Estos astutos charlatanes, formulan unas pocas preguntas de orientación y observan el modo de hablar, modales, aspecto y vestimenta de su cliente, basados en las respuesta y sus observaciones personales, hacen afirmaciones generales que probablemente son acertadas. Pero la persona crédula se impresiona tanto con la exactitud de sus revelaciones que comienzan a dar mayor información la que tales charlatanes convierten en una lectura, a cambio por supuesto de cierta cantidad de dinero.

Después de la exposición anterior respecto a la estafa nos permite establecer que la persona que clone tarjetas de crédito, no puede ser sancionada por la ley, pues esta no lo sanciona, definitivamente lo libera en su totalidad, de responder del hecho

antijurídico en el cual participa como sujeto activo de la acción, en tal sentido al encontrarse el mismo al margen de la responsabilidad penal, goza de toda impunidad, otorgándole el Estado, el beneficio de cometer de nuevo el delito, como lo debería ser clonar tarjetas de crédito, por no tener ningún efecto legal, pues muchas de estas personas preparadas en la gran escuela de la vida, conocen perfectamente como hacerlo, al preparar el acto y llevarlo a su consumación, es obvio la necesidad de establecer en la normativa penal, claramente por parte del legislador la responsabilidad del individuo para probar su culpabilidad y así responder del acto realizado y deducir su responsabilidad y sufrir su consecuencias jurídicas.

CAPÍTULO IV

4. Disposiciones legales de la estafa

Es importante aclarar sobre lo que es la defraudación, ya que esta es una denominación genérica o común a una serie de delitos, uno de los cuales es la estafa. La defraudación es el genero y la estafa una especie o modalidad de defraudación. Nuestro Código Penal no define la defraudación; se limita a legislar sobre la estafa propia, en el Artículo. 263 y sobre casos especiales de estafa en el Artículo. 264 el cual tiene veintitrés incisos.

4.1. Su interpretación legal

De la estafa. Artículo. 263. (Estafa propia). Comete estafa 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 doscientos a diez mil quetzales. Si analizamos el presente artículo, advertiremos que contiene los elementos siguientes: a) El patrimonio como bien jurídico protegido; b) El sujeto activo puede ser cualquier persona que estafe; c) El elemento material que abarca el ardid, el engaño, el error, la defraudación, el perjuicio en el patrimonio; d) El elemento interno: Que es la conciencia y el propósito de hacerlo, que se vale el ardid o engaño para defraudar patrimonialmente al sujeto pasivo, que es la persona estafada.

El Artículo 264. Siempre del Código Penal guatemalteco menciona veintitrés posibilidades especiales de estafa, siendo las siguientes: Artículo 264. (Casos especiales de estafa). Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior:

1º. Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. Del inciso anterior se desprende el presente análisis, podemos observar la variedad del fraude, primero el nombre fingido, en este caso el sujeto activo simula el nombre, seguidamente finge poder, esto lo debemos entender como la supuesta capacidad que tiene de llevar acabo alguna cosa, influencia o revelación, sobresale el elemento interno, que lleva propósito de defraudar el patrimonio a otro.

2º. El platero o joyero que alterare en su calidad, ley o peso, los objetos relativos a su arte o comercio, o traficare con ellos. Vemos que en este inciso la defraudación se manifiesta en la alteración de la calidad, ley o peso de los objetos que el platero o joyero elabora o comercia, siendo el elemento interno que por medio de la defraudación perjudica patrimonialmente a otro.

3º. Los traficantes que defraudaren, usando pesas o medidas falsas, en el despacho de los objetos de su trafico. Este inciso cuando nos indica traficantes debemos entenderlo, también como comerciantes y se reduce exclusivamente a como realizan su actividad, utilizando falsas pesas o falsas medidas, siempre con el propósito de afectar patrimonialmente a sus clientes.

4º. Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades agentes de esta o empleados públicos de esta, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a estos corresponda. Del análisis del presente inciso se deduce: a) La defraudación patrimonial a determinada persona, b) sobre sale el engaño, consiente en una supuesta remuneración a autoridades, agentes de esta, funcionarios o empleados públicos.

5º. Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero. Este numeral es importante porque contiene los siguientes elementos: a) La existencia de un documento con una firma en blanco; b) Que existe abuso de tal firma extendiendo un documento conteniendo alguna obligación o situación no autorizada por quien hizo la firma; c) La intención de causar un perjuicio patrimonial cuantificable.

6º. Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño, algún documento. Aquí resaltan los siguientes elementos: a) El engaño para lograr que la persona firme determinado documento; b) La existencia de una defraudación patrimonial en contra del agente pasivo.

7º. Quien se valiere de fraude para asegurar la suerte en juegos de azar. Aquí el medio a utilizar es el fraude, a manera de ejemplo en los casinos se da el caso que el sujeto activo investiga la forma de tecnología de las maquinas o la forma en que los casinos realizan sus juegos, tenemos el propósito o conciencia de usarlo en un juego de azar.

8º. Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente documento u otro escrito. En este inciso existe: a) Que se ha cometido una defraudación; b) Existencia de un acto de sustracción, ocultación, inutilización total o parcial de algún proceso, expediente o cualquier otro escrito; c) Que de los actos realizados, se cause un perjuicio patrimonial al agente pasivo; d) La existencia del animo de defraudar a través de la realización de las acciones indicadas.

9º. Quien fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma. Para que este acto ilícito se materialice se requiere: a) que el estafador finja ser propietario de una cosa inmueble; b) Que por medio de la simulación, la enajene, la grave o disponga de ella en alguna forma; c) La voluntad de

defraudar el patrimonio a través del engaño representando en el hecho de fingirse dueño.

10°. Quien dispusiere de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado o sujeto a otra clase de limitaciones y quien, con su enajenación o gravamen, impidiere, con ánimo de lucro, el ejercicio de tales derechos. Debemos entender que la enajenación o sea compraventa el gravamen o sea una hipoteca, la anotación de demanda, un embargo por orden judicial, serán siempre limitantes para no disponer de los bienes libremente, siendo aun propietario de la misma. Del análisis de este inciso: a) En este inciso se requiere que el sujeto activo sea el propietario del bien y que disponga de él, como libre sabiendo la limitación de la misma enajenándola sabiendo que se encuentra hipotecada e indicando que se encuentra libre de gravámenes.

11°. Quien enajena separadamente una cosa a dos o mas personas, con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero. Podemos observar en este inciso: a) La venta de un bien, el cual puede ser mueble o inmueble, b) Que la venta del bien se haya dos veces a personas diferentes; c) La premeditada acción y conciencia del agente activo de que no tiene derecho a hacer la segunda venta, por el simple conocimiento de que ya no le pertenece.

12°. Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado. Podemos indicar que la simulación esta permitida por la ley, pero analizando el presente inciso, nos damos cuenta que puede ser unilateral o plurilateral, puede ser que varios otorgantes finjan o aparenten la creación de obligaciones o de derechos en un contrato o bien que uno solo realice tales acciones.

13°. Quien, a sabiendas, adquiere o recibe, en cualquier forma, bienes de quien no fuera su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos. En el presente caso el sujeto activo debe tener conocimientos de que quien le ha entregado la cosa no es su

dueño, o que siéndolo no puede disponer de la misma y la recibe causando con ello perjuicio a terceros, que son quienes tienen deposición sobre los bienes aclarando que el sujeto activo es quien realiza la estafa.

14º. Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme. Este inciso contiene los siguientes aspectos: a) Ejercer un derecho de cualquier naturaleza por parte del sujeto activo, sabiendo que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme; es decir que el sujeto allí sido condenado por un robo, no tendrá ningún goce de derechos. b) Que dicho ejercicio cause un perjuicio patrimonial; c) La voluntad de realizar el hecho sabiendo que se esta privado del mismo y que con dicha realización se causara un perjuicio.

15º. Quien destruyere o deteriorare, total o parcialmente, bienes que le pertenezcan, afectos a derechos de un tercero, con el propósito de defraudar a este. El elemento material de la infracción esta compuesto por: a) que se destruyan o deterioren, total o parcialmente bienes que pertenezcan al sujeto activo desde luego por culpa de este; b) que un tercero tenga derechos sobre los bienes; c) que la destrucción o deterioro se realicen con el propósito de defraudar al tercero que tiene derechos sobre los bienes; d) el elemento psicológico del delito esta constituido precisamente por la conciencia de que con el hecho se afectan los derechos del tercero en forma patrimonial.

16º. Quien comprare a plazos un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiera de él, en cualquier forma, sin haber pagado la totalidad del precio. De este inciso se desprenden los siguientes elementos: a) realizar la compraventa de un objeto a plazos; b) que el comprador, enajene el bien o disponga de él, en cualquier forma sin haber pagado la totalidad del precio. El elemento interno del hecho es la voluntad de causar perjuicio patrimonial al vendedor.

17°. Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo. El hecho material en el presente inciso consiste: a) Que exista previamente la firma del obligado en cualquier documento; b) Que la persona obligada niegue dicha firma; c) Que con la negativa se cause perjuicio patrimonial.

18°. Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare, dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes. En el aspecto meramente civil estaríamos ante un vicio oculto por evicción. Sin embargo en cuanto al dolo eminentemente penal obviamente se incurre en sanción penal, pues el animo de lucro existe en el sujeto activo del hecho a utilizar datos falsos o antecedentes conocidos para celebrar contratos basados en ellos, trae como consecuencia el perjuicio patrimonial en contra del agente pasivo.

19°. Quien, sin autorización o haciendo uso indebido de esta, mediante colectas o recaudaciones, defraudare a otros. Si la recaudación o colecta se hace sin autorización y sin propósito de defraudar, o estando autorizada no se cumple con los requisitos legales correspondientes, la sanción será de multa de veinte a doscientos quetzales. Este delito implica: a) La realización de colectas o recaudaciones hechas por el sujeto activo; b) No tener autorización o hacer uso indebido de ella es decir una vez hecha la recaudación; c) Causar perjuicios elemento interno: Es la voluntad de causar perjuicio patrimonial.

20°. Quien cobrare sueldos no devengados, servicios o suministros no efectuados. El sujeto activo puede ser cualquier particular, siendo la materialidad: a) Cobrar sueldos no devengados o cobrar servicios no efectuados; b) Que dicho acto cause un perjuicio, siempre a un particular, no en contra del Estado. El elemento interno del hecho es la conciencia de que los servicios no se han efectuado y la voluntad de perjudicar el patrimonio ajeno.

21°. Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado. El inciso especifica una estafa genérica con un sujeto pasivo determinado, ósea el menor de edad o incapacitado. El elemento moral esta compuesto por la conciencia de la situación del sujeto pasivo y la voluntad, el querer aprovecharse de su inexperiencia falta de discernimiento o pasiones.

22°. El deudor que dispusiere, en cualquier forma, de los frutos gravados con prenda para garantizar créditos destinados a la producción. Aquí el sujeto activo debe ser el deudor que realiza una acción determinada y que dispone en cualquier forma de los frutos gravados con prenda que garantiza créditos destinados a la producción siendo necesario el presupuesto en el sentido que se haya constituido un crédito garantizado con prenda. El elemento interno es la intención de causar perjuicio con la acción relacionada.

23°. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores. Aquí se manifiesta claramente que cualquier persona que habiendo o utilizando el fraude, ardid o engaño incurre en el delito de caso especial de estafa.

El Artículo 265. (Estafa mediante destrucción de cosa propia). Quien, para obtener el pago de un seguro o algún provecho indebido en perjuicio de otro, destruyere, deteriorare u ocultare, total o parcialmente, un bien propio, será sancionado con prisión, de uno a tres años y multa de cien a cinco mil quetzales. En este artículo podemos observar los siguientes elementos: a) Material: esta constituido por destruir, deteriorar, u ocultar, total o parcialmente un bien, dicho bien ha de ser propiedad de quien lo destruye, deteriora u oculta podemos ver el siguiente ejemplo, la persona que compra un seguro, para su automóvil y lo estrella contra un poste, o contra otro vehiculo a propósito para cobrar el seguro aquí se perjudica el patrimonio del sujeto pasivo.

Artículo 266. (Estafa mediante lesión). A quien, con el mismo propósito señalado en el artículo anterior, se causare o se hiciere causar por tercero, lesión corporal o se agravare la causa por accidente, se le impondrán las mismas sanciones del referido artículo. Aquí se desprenden los siguientes elementos: a) Materiales: La materialidad del hecho consiste en causarse una lesión o hacérsela causar por un tercero o agravarse una lesión causada por accidentes; b) Elementos interno: Lo constituye el propósito de cobrar el seguro o aprovecharse indebidamente de la lesión así como el propósito de defraudar a la aseguradora en este caso.

Artículo 267. (Estafa en la entrega de bienes). Quien defraudare en la sustancia, calidad o cantidad de los bienes que entregue a otro, en virtud de contrato o de cualquier otro título obligatorio, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales. Entre los elementos que conlleva esta disposición legal podemos mencionar:

A. Elemento material: Es el hecho de engañar en la sustancia, calidad o cantidad de bienes que se entreguen a otro, deben existir previamente un contrato o título obligatorio que señale la sustancia, calidad o cantidad que han de llevar los bienes. Esto lo podemos observar de alguna con los comerciantes que compran mercaderías de marca, pero en lugar de recibir el producto de primera calidad, reciben una imitación.

B. Elemento interno: La culpabilidad consiste en la conciencia de que la sustancia, calidad o cantidad o bienes es diferente a la pactada y la voluntad de engañar al agente pasivo, defraudándole así en su patrimonio.

Artículo 268. (Estafa mediante cheque). Quien defraudare a otro dándole en pago un cheque sin provisión de fondos o disponiendo de ellos antes de que expire el plazo para su presentación, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicara a quien endosare un cheque con conocimiento de la falta de fondos del librador. La expedición de cheques sin fondos o

con fondos insuficientes para cubrir el monto del cheque que se ha dado o retirado los fondos antes de que los cheques puedan ser cobrados, ha dado lugar a que se verifique este delito.

Artículo 269. (Defraudación en consumo). Quien de propósito defraudare a otro consumiendo bebida o alimento, o utilizando o haciéndose prestar algún servicio de los de pago inmediato, será sancionado con multa de veinte a quinientos quetzales. Normalmente esta clase de delito se da en los restaurantes en donde sobresalen los siguientes elementos: a) Material: hacerse prestar algún servicio que genera pago inmediato, servicio que ha de referirse al consumo de bebida o alimento; b) Causar una defraudación patrimonial con el hecho de no pagar; b) Elemento interno: la intención de causar el perjuicio patrimonial.

Artículo 270. (Estafa de fluidos). Quien aproveche indebidamente, energía eléctrica o cualquier otro fluido que le este siendo suministrado, o alterare los medidores o contadores destinados a marcar el consumo o las indicaciones o datos registrados por esos aparatos, será sancionado con multa de diez a dos mil quetzales. Quien defraudare al consumidor, alterando por cualquier medio los medidores o contadores de energía eléctrica o de otro fluido o las indicaciones registradas por esos aparatos, será sancionado con multa de quinientos a cinco mil quetzales. En este precepto legal resaltan los siguientes elementos: a) Material: consiste en aprovechar indebidamente energía eléctrica o cualquier otro fluido que este siendo suministrado o alterare los medidores o contadores destinados al efecto o las indicaciones o datos registrados por ellos; b) Elemento interno: esta constituido por la conciencia de alterar los contadores o de aprovechar indebidamente el fluido y la voluntad de perjudicar el patrimonio ajeno.

Artículo 271. (Estafa mediante información contable). Comete delito de estafa mediante información contable, el auditor, perito contador. Experto, director, gerente, ejecutivo, representante, intendente, liquidador, administrador, funcionario o empleado de

entidades mercantiles, bancarias, sociedades o cooperativas que en sus dictámenes o comunicaciones al público, firmen o certifiquen informes, memorias o proposiciones, inventarios, integraciones, estados contables o financieros y consignen datos contrarios a la verdad o a la realidad o fueren simulados con el animo de defraudar al público o al Estado. Los responsables serán sancionados con prisión incommutable de uno a seis años y multa de cinco mil a diez mil quetzales.

Los elementos de este artículo son: Sujetos: los sujetos activos del hecho solo pueden ser auditores, contadores expertos, directores, gerentes, liquidadores de una entidad bancaria o mercantil, sociedad o cooperativa; Elemento material: Que dichos sujetos consignen hechos contrarios a la verdad, incompletos o simulados y que dicha información se contenga en sus informes, memorias, proposiciones, inventarios o balances; Elemento interno: es el propósito de defraudar, atraer inversiones o aparentar la situación económica que la empresa no tiene.

Del análisis anterior nos podemos dar cuenta que no existe regulación legal respecto a la clonación de tarjetas de crédito, en nuestra legislación penal vigente, la cual es de suma importancia para la sociedad guatemalteca es criterio del sustentante que la clonación de tarjetas de crédito debe ser encuadrada dentro de los delitos de estafa aunque como ya explicamos el fraude es el genero y la estafa una especie. A continuación expondré sobre como regula la legislación Argentina la estafa y su forma de interpretarla.

4.2. Legislación comparada código penal de Argentina

El Código Penal de Argentina regula dentro de los delitos contra la propiedad, en el Capítulo IV y se refiere a las estafas y otras defraudaciones. La defraudación, es una denominación genérica o común a una serie de delitos, uno de los cuales es la estafa.

La defraudación es el genero y la estafa una especie o modalidad de defraudación. Esta opinión se reafirma por la denominación del Capítulo IV (“Estafas y otras defraudaciones”). Y por el Artículo 172, que al referirse a la estafa utiliza el verbo defraudar. El Código Penal argentino regula la estafa en su Artículo 172 y sobre casos especiales de defraudación en el Artículo 173, el cual contiene once incisos que mas adelante analizare.

4.3. Análisis de la estafa en el código penal de Argentina

Artículo 172. (Texto original- fe de erratas ley 11.221, vigente por ley 23.077) 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.

De la lectura del artículo anterior nos podemos dar cuenta que enumera los medios que se pueden emplear para defraudar en la estafa (nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, etc.) Pero la enumeración no es taxativa sino meramente se da a manera de ejemplo, por lo cual surge de la frase o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño. Dado que los medios que enumera son solo ejemplos puede quedar reducido a la siguiente formula: El que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño. De esta formula surgen el concepto y los elementos de la estafa. Como ya expresamos en el Artículo 172 del Código Penal argentino se sintetizan en el concepto genérico de ardid o engaño. Dichos medios son:

a) Nombre supuesto: Consiste en que el autor emplee un nombre que no le pertenece, un nombre falso, para poder estafar a la victima; sea porque ese nombre inspira confianza o haga suponer determinada calidad personal en el delincuente. En síntesis; el autor se hace pasar por otra persona. Desde ya, que el uso de seudónimo no

significa nombre supuesto, si el seudónimo pertenece legítimamente a quien lo emplea. En el Código Penal de Guatemala lo encontramos regulado como casos especiales de estafa en el Artículo 264. 1. Quien defraudare a otro usando nombre fingido atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. El solo hecho de usar un nombre que no es el propio, no configura la estafa. Es necesario que se use para engañar a la víctima y poder causarle perjuicio. En todos los casos, el nombre supuesto o nombre fingido como lo llama nuestra legislación, debe haber sido una causa determinante del engaño y de la prestación realizada por la víctima.

b) Calidad simulada: Consiste en que el autor se atribuya falsamente un rango o una condición que no posee, con el objeto de inducir a error a la víctima y así poder concretar la estafa. La simulación puede recaer sobre una posición familiar, económica, profesional, sobre la nacionalidad, sobre la nacionalidad, el estado civil, un oficio, etc. En el caso del Código Penal de Guatemala, también lo debemos encuadrar dentro del Artículo 264. 1. Al igual que en el caso anterior, la calidad personal que se simula debe ser la causa determinante del error y de la disposición patrimonial que efectúa la víctima.

c) Falsos títulos: Consiste en que el autor se atribuya falsamente un título que no posee, tal el caso de que diga ser abogado, médico, ingeniero, contador público, etc. De inmediato se nota que este caso queda comprendido en el anterior, pues es quien usa un falso título esta obrando con calidad simulada. Indudablemente se trata de una redundancia de la ley Argentina, desde mi punto de vista, podemos encuadrar lo anterior en el Artículo 336 del Código Penal de Guatemala el cual regula la usurpación de calidad. En el Capítulo V título IX de los delitos de falsedad personal. Quien se arrogare título académico o ejerciere actos que competen a profesionales, sin tener título o habilitación especial. Si el uso del título se hace con el propósito de obtener un beneficio indebido de la víctima, entonces hay estafa. Por ejemplo, el individuo

invocando su título falso de abogado cobra honorarios por supuestos servicios profesionales.

d) Influencia inmediata: Consiste en que el autor prometa utilizar una vinculación o influencia que no tiene, para obtener algo de la víctima. En otras palabras, el estafador obtiene algo de la víctima haciéndole creer que para un fin determinado él va a usar sus influencias sobre un tercero, influencias que en realidad no tiene. Aquí debemos encuadrarlo dentro del Artículo 264 del Código Penal de Guatemala. 1. Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia. Lo que aparenta, lo que se miente, es la existencia de la influencia. Si la influencia existe, y el autor solo miente en cuanto promete que va a usarla, podrá haber otra clase de delito pero no una estafa.

e) Abuso de confianza: La confianza, es la seguridad, la fe, que se tienen en otras personas y que hace que a su respecto no se tomen las precauciones normales. Abuso de confianza consiste en que el autor se aproveche dolosamente de esa fe o seguridad que la víctima deposita en él, para conseguir una disposición patrimonial de ella. Para la legislación penal Argentina es una de las formas básicas de defraudación. A raíz de ello, se sostiene que incluir el abuso de confianza como medio para configurar la estafa, como a continuación veremos.

Artículo 173.

1º. El que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio.

2º. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

- 3º. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento.
- 4º. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero.
- 5º. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero.
- 6º. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos.
- 7º. El que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para si o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos.
- 8º. El que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.
- 9º. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos.
- 10º. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos.
- 11º. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación,

sea removiéndolo, reteniéndolo ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como, garantía.

12°. (Inciso agregado por ley 24.441) El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes.

13°. (Inciso agregado por ley 24.441) El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

14°. (Inciso agregado por ley 24.4419) El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos.

En efecto, en el Código Penal Argentino, se entiende que la defraudación es el género y consiste en causar perjuicio patrimonial por medio de la estafa (Ardid, engaño o abuso de confianza). Las figuras de defraudación que están tipificadas en los incisos 2º; 4º; 7º y 11º se caracterizan por el abuso de confianza traducido en actos posteriores a la obtención de la cosa. Por ley 24.441 se agregaron los incisos 12º, 13º y 14º que responden al mismo tenor.

La diferencia entre la estafa del Artículo 172 y el Artículo 173 que nos habla de sus tipos especiales en los incisos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º y 10º, consiste en que la estafa requiere un dolo anterior a la obtención de la cosa. En resumen: Podemos indicar que las figuras contenidas en los Artículos 172 y 173 en los incisos 1º; 3º, 5º; 6º; 8º, 9º; 10º. Los incisos 2º; 4º, 7º, 11º, 12º, 13º, 14º del Artículo 173 pertenecen a la especie abuso de confianza reguladas por el Código Penal de Argentina. Como nos podemos dar cuenta

hay mucha similitud entre ambas legislaciones respecto a la estafa, es solo que en la legislación Argentina hay mucho más orden y claridad.

CAPÍTULO V

5. Tarjetas de crédito

5.1. Historia

En la historia de la tarjeta de crédito no se ha podido determinar el lugar exacto de su origen, en la evolución de la humanidad se a podido observar, como el dinero, a tomado diferentes formas, desde el trueque, hasta monedas sin ningún valor y otras fabricadas con metales preciosos como el oro y la plata, inventando un ingenioso método de pago como lo es la tarjeta de crédito. Su aparición tuvo diferentes características en todo el mundo o dicho de otra forma en diferentes negocios. Sin embargo algunos autores fundamentan su posición en que la tarjeta de crédito tuvo su origen en las empresas petroleras de los Estados Unidos de Norte América tal como lo podemos observar a lo largo de la historia con empresas como al texaco y la Standard Oil, que si bien no crearon una tarjeta de crédito como la conocemos actualmente, si crearon un tipo de privilegio que se otorgaban a sus propios empleados o ejecutivos, como una forma de compra, o control de sus gastos por medio de una tarjeta.

Juntamente con las tarjetas de empresas petroleras se dio la aparición de las tarjetas de privilegio en prestigiosos restaurantes y hoteles asociados o de propiedad de alguna cadena, con las cuales no era necesario hacer efectivo pago alguno en moneda de curso legal, sino simplemente confrontando las estadías o consumos, que eran liquidados a posteriori por las oficinas centrales de la empresa. No todos los autores coinciden sobre el origen de la tarjeta para unos; “La tarjeta de crédito nació como un destello de talento de un millonario norteamericano que accidentalmente se asomo a la angustia que nos acomete cuando en el momento de pagar algo, advertimos que se ha

perdido nuestra billetera.”²⁴ Otros nos indican “Que la tarjeta de crédito tuvo su origen en Europa mencionando países como Francia, Inglaterra y Alemania, pero que esta no alcanzo su máximo desarrollo si no cuando se utilizo en los Estados Unidos, la tarjeta de crédito tuvo su origen en prestigiosos hoteles europeos y era concedida a aquellos clientes que se consideraban permanentes entregándoles una credencial con la que podían efectuar sus gastos, y luego el hotel o restaurante les presentaba las facturas, las cuales eran pagaderas a la vista.”²⁵

5.2. Origen

El origen de la tarjeta de crédito no es exacto, varios autores coinciden que fue a finales de los años 30, en ese sentido coinciden tanto autores que sostienen que surgió en Europa y otros que surgió en Estados Unidos de Norte América, en la década de los 40 fue incorporando su uso en los ferrocarriles y líneas aéreas. Sin embargo se vio frenada su evolución por el surgimiento de la segunda guerra mundial, ya que los países involucrados en la misma se vieron afectados. Al terminar la segunda guerra mundial nos encontramos con la sorpresa que en el año de 1945 los almacenes la pusieron de nuevo en circulación, recobrando de esta manera su auge y desarrollo. Hasta esta etapa, podemos considerar que fue la primera generación de tarjetas de crédito que el público consumista conoció. Fue hasta el año de 1949, cuando tuvo lugar la segunda etapa de las tarjetas de crédito, naciendo entonces, el servicio prestado por la empresa Diners Club.

²⁴ Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 147.

²⁵ **Ibid.** pág. 149.

5.3. Quien fue su propulsor en Guatemala

En Guatemala dado el hecho de ser un país tercermundista, vimos aparecer por primera vez en la década de los años sesenta (casi veinticinco años después) a través de la empresa guatemalteca Cuentas Sociedad Anónima, conocida también como Cuentas S.A. Cabe mencionar que lamentablemente esta empresa recientemente llego a la quiebra, pero dejo su legado de tarjetas de crédito en Guatemala al ser la primera que tomo ese riesgo de visión futurista.

Como es de imaginarse la tarjeta propulsada por esta empresa, tenia la visión de cubrir todo el mercado nacional, sin embargo fueron diversificando sus negocios debido a la falta de conocimiento que este servicio en el mercado. Esta empresa con una visión mercantilista se encontró con muchos problemas tales como el bajo nivel de educación de la población que no entendía que tipo de servicio se le prestaba, aunque el beneficio era claro como en el caso de los trabajadores del Estado que en ese tiempo debido a la crisis económica eran pagados por medio de tarjetas de sueldos para ser cobradas posteriormente lo que no les facilitaba el efectivo inmediatamente, por lo que podrían haber utilizado los servicios de esta empresa, ya que además de proveerlos de efectivo inmediato les dejaba tres meses para efectuar sus pagos.

Uno de los principales problemas de la tarjeta de crédito es la de crear falsas necesidades a los tarjeta-habientes, gastando mas de lo que les permitía su presupuesto, y al momento de efectuar los pagos les atribuían al uso de la tarjeta sobre giro de la misma, por lo que dejan de utilizarla.

Fue en el año de 1963, cuando aparece en Guatemala la tarjeta de crédito de Diners Club, siendo esta la primera tarjeta a nivel internacional en Guatemala, por lo cual una de las tarjetas hasta nuestros días, que aun se mantiene. Fue hasta en 1975

cuando se constituyo en nuestro país Tacre de Guatemala, Sociedad Anónima, como concesionaria exclusiva para operar en Guatemala, la tarjeta Diners Club y luego de esto aparece en Guatemala varias tarjetas más como American Express, Visa, Master Charge etc.

5.4. Definición

Para dar una definición de lo que es la tarjeta de crédito, tenemos que “Son documentos generalmente expedidos por grandes Bancos o entidades internacionales para servir, de una parte como instrumento de pago, adquisiciones de cosas o servicios en establecimientos mercantiles que previamente tenga aceptado ese medio de pago, y de la otra como instrumento de crédito de la entidad emisora a favor del titular de la tarjeta.”²⁶ Por otro lado tenemos que “La tarjeta de crédito es un documento expedido a favor de una persona determinada, que le da derecho a adquirir bienes al crédito en los establecimientos indicados por el dador.”²⁷ Y por ultimo tenemos que, “Son tarjetas de crédito directas las emitidas por entidades para la compra de artículos en su propio establecimiento exclusivamente en esta relación, la entidad comercial es a la vez la entidad emisora o creadora de la tarjeta de crédito: son tarjetas de crédito indirectas las emitidas por Bancos o por instituciones especializadas en la comercialización de estos instrumentos.”²⁸

De los conceptos anteriores, respecto a las tarjetas de crédito, considero pertinente dar un aporte personal en función de tener elementos suficientes; concluyo entonces proporcionando un concepto que a mi criterio es el más adecuado para la tarjeta de crédito: es un sistema moderno de pago, por el cual una persona llamada tarjeta-habiente o usuario, recibe de otra persona llamada entidad emisora, una tarjeta

²⁶ Uria, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 169.

²⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**, pág. 178.

²⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**, pág. 173.

plástica, con la cual podrá realizar compras en establecimientos afiliados o comercio adherido, o adquirir bienes y servicios o retiros en cajeros automáticos autorizados por el emisor, sin necesidad de cancelar su importe inmediatamente en dinero, y compromete a la empresa emisora a hacer efectivo el pago de la deuda al establecimiento afiliado, cuando este le presente el vale respectivo, y posteriormente cobrarle al tarjeta habiente, con intereses pactados y en el tiempo establecido.

5.5. Características

Dentro de las características de la tarjeta de crédito, una de las principales es la de ser un medio de pago, en donde se da una especie de subrogación, representado por una tarjeta de plástico que en su anverso debe llevar impreso el nombre del emisor con características visibles, aclarando que solo la puede usar una persona individual o colectiva en cuyo favor se expide, también debe llevar la fecha de vencimiento y el ámbito de validez que puede ser local o internacional.

En cuanto a la parte del reverso, las características son, la firma autógrafa del tarjeta habiente, la cinta magnética, en la que aparecerá la información micro grabada, el código alfanumérico utilizado, así como la corroboración del número de él, tarjeta-habiente; respecto de la cinta magnética es importante mencionar que esta será leída por una terminal de onda magnética conectada a la matriz ubicada en las oficinas del emisor, el que a su vez otorgara la autorización para realizar el pago pretendido por el tarjeta-habiente; siempre y cuando el pago no exceda del máximo de la tarjeta; estas son las características físicas de una tarjeta de crédito desde el punto de vista material, procedido todo esto, claro esta, de una solicitud así como de la firma de autorización del consejo de crédito, el que al aprobar la solicitud ordenara su inclusión como deudor potencial en sus registros ordenando así mismo la emisión del plástico que identificara.

5.6. Ubicación de la tarjeta de crédito en el código de comercio

Nuestro Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, regula a las tarjetas de crédito, en su Libro IV Obligaciones y contratos mercantiles: Título II Contratos Mercantiles en Particular; Capítulo IV Operaciones de Crédito; Sección VI de las tarjetas de crédito y por el obvio interés que ofrece al presente trabajo hago mención.

Es de indicar que el Artículo 757 del Código de Comercio fue reformado por el Decreto número 33-2003 del Congreso de la República, el cual queda así: Artículo 757. Tarjetas de crédito. Las tarjetas de crédito deberán ser emitidas a personas individuales y jurídicas y no serán negociables, deberán contener el nombre de quien las expide, la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extiende, 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 ordenes. Por el financiamiento a través de tarjetas de crédito se aplicara la tasa de interés que se indica en el Artículo 757 bis de este Código. A los créditos originados por el uso de las tarjetas de crédito, se aplicaran las reglas de los pagares, a excepción de la tasa de interés convencional.

Artículo 757 bis. Tasa de interés por el uso del manejo de las tarjetas en general.

Las entidades emisoras de las tarjetas de crédito, cobraran al tarjeta habiente cuando haga uso del financiamiento tanto en moneda nacional como extranjera o su equivalente, la tasa de interés anual promedio ponderada de las operaciones activas que cobra el sistema Bancario Nacional y que publica periódicamente la Superintendencia de Bancos, la cual podrá incrementarse hasta un máximo de cinco puntos porcentuales. El incumplimiento de estas disposiciones por parte de las entidades emisoras dará lugar a deducir responsabilidades civiles y penales que correspondan, sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponder como resultado de la vigilancia e inspección que practiquen las entidades facultadas para el

efecto. Es de hacer un breve análisis de los artículos anteriores ya que antes de la reforma, anterior se indicaba que las tarjetas de crédito se expedían a persona determinada y ahora con esta reforma se emiten a personas individuales o jurídicas y se aplican las reglas de los pagares y no de las cartas ordenes además de agregar el Artículo 757 bis que regula lo que la tasa de interés por el uso y manejo de las tarjetas de crédito en general.

5.7. Operatividad de las tarjetas de crédito

En Guatemala funcionan sociedades, como anteriormente mencionamos Cuentas Sociedad Anónima; o sucursales de comerciantes extranjeros, como American Express, Diners Club Internacional o Master Charge, Visa, que se dedican a extender tarjetas de crédito. La persona que tenga interés en poseer un documento de esta naturaleza, concurre a estas empresas, en donde se le investiga su capacidad económica, vocación de pago, etc.; si resulta elegible para la empresa, se celebra un contrato de adhesión por el cual el comerciante que extiende el documento se compromete a pagar, hasta una suma determinada, las compras al crédito que el titular haga con los comerciantes afiliados al sujeto que extiende la tarjeta.

El propietario del documento paga una suma por su vigencia según el plazo; y garantía al dador en la forma que este lo exija; descuento de sueldos, garantías flotantes, etc. El tarjeta-habiente llega a un almacén afiliado y compra al crédito una mercadería o hace uso de un servicio; el dador le paga al afiliado el tarjeta-habiente le paga al dador el valor de los créditos obtenidos mas los intereses que se hayan pactado. Los emisores deben tener aplicaciones de software apropiadas, que les permitan medir el consumo de los clientes durante los primeros dos meses de poseer la tarjeta. Transcurrido dicho periodo, y si los clientes aun no han utilizado los servicios de esta, significara que no están muy convencidos de lo que se les ofreció; por lo que se les debe contactar, para efectuar una labor de postventa ya que una cuenta sin

facturar, únicamente representa gastos operativos para el emisor. Finalmente el cierre del ciclo lo constituye el hecho de recuperar en forma eficiente, oportuna y sin necesidad de recurrir al orden jurídico, los saldos pendientes de la cartera vigente.

En Guatemala, la evolución del movimiento de las tarjetas de crédito no va a la mismo ritmo que las naciones industrializadas, sin embargo el concepto básico de crédito al consumo se mantiene, pero también en esta las exigencias del mercado y la competencia han obligado a los emisores de tarjetas de crédito a buscar nuevas formas de atraer buena clientela, eso si olvidándose de crear una defensa ante la posible clonación de su tarjeta, mas que solo con puras advertencias, efectuadas, por el emisor al usuario de la tarjeta, cosa que de ninguna manera le sirve, lo anterior hace pensar, sobre las consecuencias que puede producir si las compañías emisoras de tarjetas de crédito no tienen un adecuado sistema de defensa debido al rápido crecimiento de la tecnología para clonaras tema que tocare mas adelante.

5.8. Características del contrato de tarjetas de crédito

Como la tarjeta de crédito surge de un contrato, este debemos caracterizarlo como típico, oneroso, de tracto sucesivo y formal. El carácter formal del contrato es evidente, aun en el caso de que no se extienda la tarjeta propiamente dicha, sin embargo en la practica la firma de un documento especial o formulario para poder recibir la tarjeta, es una exigencia o sea que estamos ante dos documentos: aquel en que se establece la relación de dador y tarjeta habiente, y la tarjeta de crédito con la cual se hace efectiva la función de la operación de crédito. En efecto, en principio se trata de un contrato que apareja una triple relación: a) entre emisor y usuario, b) entre usuario y comercio adherido o afiliado, c) entre el comercio adherido o afiliado y el emisor.

5.9. Relación entre emisor y usuario

La relación contractual entre emisor y usuario tiene su fundamento en la facilitación del consumo al potencial adquiriente (usuario) de bienes y servicios, proporcionándole un sistema de pago que no requiere de efectivo. En el presente la mayor parte de los emisores son entidades de intermediación financiera, lo que da origen a nuevos actores dentro del sistema.

Los bancos en un proceso de desintermediación, han salido al mercado con el ofrecimiento de nuevos productos financieros con miras a captar nuevos sectores. En dicho contrato entre usuario y emisor, generalmente se establece que la propiedad de la tarjeta será del emisor, por lo que el tarjeta-habiente pasa a ser un mero tenedor de la misma, regulándose entonces en dicho contrato toda la relación jurídica emisor usuario y las respectivas obligaciones. Ahora bien, dentro de las obligaciones mas importantes que el usuario asume con la entidad emisora, encontramos el deber de custodia, de los datos personales que estén dentro de su alcance salvaguardar, a vías de ejemplo, podemos apreciar que se le asigna a los usuarios del sistema, un numero de identificación personal (Pin por sus siglas en ingles y Nip por sus iniciales en español) que constituye una información en carácter de reserva. Esta clave, es generada por medios electrónicos en condiciones donde el único concededor de la misma es el propio usuario.

5.10. Relación entre emisor y comercio adherido o afiliado

Indudablemente parte medular del sistema lo constituye el importante número de proveedores, que ofrecen a los usuarios bienes y servicios de su propio giro, aceptando que el precio por tales consumos les sea abonado por el emisor de la tarjeta y siempre que el usuario haya firmado el vale (mal llamado voucher) o el proveedor haya obtenido

la autorización respectiva. El emisor se obliga a pagar entonces las liquidaciones periódicas que, en debida forma le presente el proveedor.

5.10.1. Particularidades de la relación entre emisor y el comercio adherido o afiliado

a) Cada proveedor, celebra un contrato individual con el emisor y el contrato solo producirá efectos y tendrá vigencia mientras el sistema funcione y dejara de producir efectos desde el momento que el sistema deje de funcionar o el contrato termine.

b) Si bien el contrato es celebrado entre emisor y proveedor, entendemos como importante, que el sistema funcione incluso respecto del usuario.

c) Otra característica es que el proveedor se obliga a aceptar que el precio sea pagado no por el adquirente o usuario sino por el emisor, es decir que el proveedor se obliga a aceptar la subrogación en el pago y en el cumplimiento. Las obligaciones de aceptar las tarjetas de crédito son esenciales para el funcionamiento del sistema, surgiendo de la propia naturaleza del contrato.

d) El proveedor acepta además que el precio le sea pagado con posterioridad a la venta o prestación del servicio en virtud de que la integración al sistema le hace aceptar el precio de la enajenación realizada, con la correlativa ventaja del usuario, adquirir bienes o servicios de crédito.

e) El emisor se obliga entonces a pagar el precio, con la contrapartida de su cobro de gastos y comisiones estipuladas en el contrato.

5.11. Relaciones entre el usuario y el proveedor de bienes y servicios

Esta relación jurídica que se traba entre el usuario y el proveedor o sus intermediarios, plasma uno de los objetivos del sistema, el facilitar el consumo a través del crédito y las facilidades de pago que le son otorgadas al usuario. Es así que la tarjeta facilitara al usuario una compraventa, un arrendamiento o diversas formas contractuales que persigan la adquisición o utilización del bien o el servicio deseado. En definitiva, un vez que el usuario adquirió o utilizo el bien o el servicio requerido, realiza el pago con el vale firmado y se desliga a partir de ese momento de la relación con el proveedor, esperando se le debite por parte del emisor, el importe de su compra a efectos de realizar el pago en las condiciones pactadas. Ingresan aquí las facilidades de pago, y las obligaciones asumidas con el emisor anteriormente analizadas.

5.12. Efectos de la tarjeta de crédito

Debemos decir que la relación inter subjetiva solo existe entre tarjeta-habiente y el emisor, para el caso de que la tarjeta no se haga efectiva en su función. En tal sentido el tarjeta habiente no tiene ninguna acción contra el proveedor de bienes y servicios. Ya que estos pueden elegir vender o no vender al cliente que muestra la tarjeta de crédito. ¿Cuáles son entonces las obligaciones del emisor respecto del proveedor? Podemos enumerar como obligaciones más importantes:

- a) Brindar información para que el sistema funcione.
- b) Suministrar materiales, instrumentos de identificación, publicaciones informativas sobre los usuarios del sistema, el estado de la cuenta del cliente que presenta la tarjeta.
- c) Los procedimientos a seguir en caso de pérdida robo de tarjeta o en caso de maniobras fraudulentas mediante la utilización de información electrónica.

d) Garantizar al proveedor que las tarjetas que se presenten estén habilitadas y con crédito abierto, debiendo proporcionar los medios al proveedor para detectar en forma inmediata un ilícito que le provoque un daño.

5.13. Las consecuencias del incumplimiento por parte del emisor

Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de informar, que puedan llevar a la aceptación por parte del proveedor de tarjetas inhabilitadas, o de información fraudulenta cuando este ha cumplido con la diligencia media en la observancia de los deberes que el contrato le impone, lleva de la mano la responsabilidad directa del emisor. El emisor en tanto organizador del sistema tiene como obligación la de brindar seguridad a todos los actores, usuarios, proveedores y posibles terceros que sin haber adherido pueden participar en actividades de intermediación por y para los actores del sistema. El tarjeta-habiente adquiere la tarjeta de crédito por seguridad y comodidad para no cargar efectivo, y es el emisor quien tiene que garantizar su uso, pero si al usuario le clonan su tarjeta de crédito, esta seguridad no funciona.

CAPÍTULO VI

6. Estafa mediante la clonación de las tarjetas de crédito en Guatemala

6.1. Definición de clonación

Al iniciar el presente capítulo creo oportuno dar una definición sobre lo que es la clonación “Es estirpe celular o serie de individuos pluricelulares nacidos de esta, absolutamente homogéneos desde el punto de vista de su estructura genética; equivale a estirpe o raza pura.”²⁹ Claro que esta definición se refiere a seres vivos, la clonación es un termino usado en nuestros tiempos para indicar que es una copia exacta de alguna cosa y en el caso de las tarjetas de crédito, se utiliza el mismo termino y dada su importancia e impacto en la sociedad de Guatemala y por la seguridad jurídica que el Estado esta obligado de garantizar, a sus habitantes en cumplimiento del Artículo dos, se analiza.

El presente capítulo lo realizare en atención por un lado en quienes otorgan la tarjeta de crédito ósea los emisores y por otro lado, quienes se empobrecen por el uso de dicho documento y que son los llamados usuarios o tarjeta-habientes, que mediante su uso aceptan incondicionalmente una voluntad ajena de pagar los intereses que les formulen por dicho uso, como la capitalización misma de dichos intereses.

Como usuario, lo principal es recordar que en el caso de la tarjeta de crédito es como dinero en efectivo y debe cuidarse igual que el papel moneda. Así como también se debe de tener control total a la hora de pagar y también en nuestras cuentas. La clonación de tarjetas de crédito es una nueva forma comisiva de delito ya que de ser delito tendría que estar tipificado en nuestra normativa penal, en el caso de Guatemala

²⁹ **Diccionario de la lengua española. Ob. Cit;** pág. 127.

no es inmune a estos problemas con las tarjetas de crédito, al igual que otros países. Lo que comenzó con bandas extranjeras, hoy esta en manos de nacionales que compran las maquinas clonadoras vía Internet. Los bancos y emisores de tarjetas de crédito ofrecen seguros y prefieren arreglar con el cliente el problema de la clonación de su tarjeta de crédito, pues el cliente sin ningún amparo legal se ve como una total víctima. Después de todo, las tarjetas son para usarlas ¿no?, pero ¿Por qué si el Estado de Guatemala debe garantizar la seguridad jurídica del tarjeta-habiente, no lo hace? Y el usuario se debe someter al control total del emisor. Si fuera cliente me preguntaría ¿Por qué debo pagar por un seguro para evitar la clonación de mi tarjeta de crédito, por la seguridad de un sistema que el mismo emisor no es capaz de garantizar? El emisor no crea un sistema mas seguro porque le conviene, que los clientes le paguen por un seguro, a la larga ellos recuperan con esté, más de lo que pierden con las clonaciones de tarjetas de crédito.

La astucia con la que operan los miembros de bandas que se dedican a clonar tarjetas de crédito, da muestra que han trabajado o conocen el sistema de los bancos y emisores de tarjetas en general a la perfección y están informados sobre el funcionamiento de los sistemas operativos en lo que respecta a las tarjetas de crédito.

Que hace el tarjeta-habiente, cuando le reportan gastos de su tarjeta de crédito, que nunca ha realizado, que ha sacado todo lo que tenía de crédito o que hay una cuenta de varios miles de quetzales por pagar y lo que es peor aun, que cualquiera de las transacciones se hizo en países que no visito. Al perpetrarse el delito a través del uso de medios tecnológicos no se esta sino en presencia de un nuevo método comisivo del delito y no, como erróneamente se piensa, ante un nuevo delito, ya que para que lo sea debe estar correctamente tipificado en nuestro Código Penal.

Los delitos, para su persecución penal, deben estar tipificados como tales en nuestra legislación, la correcta interpretación y regulación por parte del legislador, y la

toma de conciencia por parte de los jueces de que nos encontramos ante nuevos métodos de estafa y fraude, pero sin la ayuda del legislador el juez solamente es un observador es un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.

Para este caso particular se requiere una rápida acción el legislador para definir la clonación de tarjetas de crédito como un delito y agregarlo a los casos ya tipificados, y de esta forma, proteger al tarjeta-habiente. Ahora bien, el legislador debe tomar en cuenta la extraordinaria habilidad que demuestra una inteligencia superior compleja, de aquellos individuos de tal pericia en el uso de sistemas y programas tecnológicos, llamados clonadores de tarjetas de crédito, que conforman capacidades individuales y comunidades expertas, cuyos intereses en la tecnología pueden ser la aplicación de su inteligencia para perjudicar al poseedor de la tarjeta de crédito.

6.2. El típico perfil del clonador de tarjetas de crédito

Se trata de individuos inquietos, curiosos, creativos, lectores ávidos, conocedores técnicamente, de clase media, debo indicar que en Guatemala solo existen dos clases sociales; el proletariado y la clase capitalista, pero los conocimientos tecnológicos adquiridos por el clonador de tarjetas de crédito vienen de extranjeros de clase media, en sus respectivos países viven económicamente bien y no levantan ninguna sospecha.

Es un perfil que aparecerá con más frecuencia dadas las facilidades y ola tecnológica por la que atravesamos en el mundo entero. Por ahora, no hay un dato exacto de la cantidad de casos registrados en el país, pero si información de que un buen numero se ha dado en la ciudad capital y en la ciudad de Antigua Guatemala, aunque también hay reportes de otras áreas como Solola.

6.3. Causas por las cuales se da la clonación de tarjetas de crédito en Guatemala

A continuación expondré para una mejor comprensión del tema, las diferentes formas que se usan para clonar una tarjeta de crédito, las cuales explicare en su debido orden. En el transcurso de la presente investigación pude darme cuenta que además de los cajeros, también en gasolineras, restaurantes y otros negocios donde se entregan las tarjetas para pagar se pueden clonar, ya que en el caso de restaurantes y gasolineras el usuario no está presente en el momento en que operan la tarjeta, pueden darse estos malos usos.

El Comité de Seguridad Bancaria de Guatemala (CSBG) indica que existen bandas de clonadores de tarjetas de crédito que operan dentro y fuera del país los cuales reclutan personal de discotecas, restaurantes y gasolineras, para que suministren datos de tarjeta-habientes guatemaltecos y extranjeros. En la ciudad de Guatemala, restaurantes de la zona 10 y Majadas, zona 11, serían algunos de los sitios donde los delincuentes contactan meseros para la obtención de datos de la tarjeta.

6.4. Formas de cómo se puede clonar una tarjeta de crédito

Como formas de clonación de tarjetas de crédito, podemos comprender en principio dos conductas que utilizan tecnologías similares, para producir resultados que no en todos los casos son los mismos:

A) Clonación para compras

B) Clonación para retiros de cajeros

La primera de estas formas: consiste en copiar la información contenida en la banda magnética (o en su caso chip) de una tarjeta de crédito, para luego transferir la

misma a otro plástico (o chip) y por medio de ese segundo elemento, realizar compras con el saldo o el crédito que el tarjeta habiente pudiera tener disponible en la misma.

La segunda, si bien comienza con la copia de la información contenida, además requiere de la obtención del numero confidencial del cliente para la realización de retiros, ya que como sabemos sin ese numero (Nip o numero de identificación personal o Pin por sus siglas en ingles) no es posible realizar extracciones en los cajeros automáticos que es a lo que se apunta con esta conducta en particular. Debido a estas pequeñas diferencias en las conductas desarrolladas por los sujetos activos, separare las conductas para su desarrollo.

6.4.1. Como se desarrolla la clonación de tarjetas para compra

Primera etapa:

En el momento en que el sujeto pasivo (victima) realiza un pago en un comercio, (habitualmente en restaurantes o gasolineras, ya que es donde mas fácilmente el sujeto pierde contacto visual con su tarjeta de crédito, aunque puede ser en cualquier comercio), el primer sujeto activo pasa la banda o introduce el chip de la tarjeta en un dispositivo conocido como skimmer o chismosa, que es un lector de tarjetas de crédito, a la venta en el extranjero por solo 400 dólares lo que equivale a tres mil doscientos quetzales y que también se ofrece en sitios como Mercado Libre o de Remate.com. El dispositivo tiene el tamaño de una cajetilla de cigarrillos y almacena la información de 500 tarjetas de crédito, contiene un chip capaz de leer y almacenar el código de la banda magnética de las tarjetas para su posterior descarga, cuando es usada lícitamente, esta maquina permite verificar los datos del cliente para aprobar una compra por parte del emisor de la tarjeta. Esta operación puede ser realizada por el mesero, por el cajero o por cualquier otro empleado que tome contacto con el plástico.

Segunda etapa:

El que obtiene la información se la entrega a un segundo sujeto activo, que es el que descarga la misma en una computadora y desde allí la vuelca a otros plásticos en blanco, a los cuales también se les agregaran logotipos institucionales y se le imprime la apariencia de una verdadera tarjeta.

Tercera etapa:

Se entrega ese plástico ya terminado a una persona que es la que sale a realizar las compras a los diferentes comercios, preferiblemente de productos que sean de fácil venta como por ejemplo electrónica de punta y de alto valor de mercado. Una vez obtenida de manera ilegítima la mercadería esta se comercializa en el mercado negro (a donde también van los productos robados) para de esta manera hacer efectivas las ganancias de todos los que intervienen en el proceso.

6.4.2. La clonación de tarjetas para cajeros

En el caso de los cajeros automáticos, la mecánica delictiva varía de la anterior. Debido a la necesidad de la obtención del número confidencial, no es tan simple como el primer proceso sino que se desarrolla a través de la colocación de dispositivos de lectura en los mismos equipos de retiro de dinero, los cuales pueden consistir en la colocación de un skimmer a un lado de los lectores reales. De esta manera se obtienen los datos de la banda magnética y para la obtención del número de identificación personal se colocan cámaras ocultas que graban en video la digitación que realiza el tarjeta-habiente o en su caso se colocan equipos de computación en lugar de las pantallas de los cajeros para que al digitar los números estos queden grabados en el equipo que colocó el sujeto activo y de esa manera completar la información necesaria.

Una vez obtenida la información, se hace llegar la misma al sujeto que la volcara a una tarjeta en blanco, pero en este caso no se requiere la impresión de logotipos ya que nadie llegara a ver la misma y el cajero automático no puede leer los datos impresos, sino solo los que se encuentran en la banda magnética o bien en el chip en algunos casos. Como se entrega esta información puede variar, según la tecnología que se aplique al proceso, en algunos casos existen mecanismos de transmisión automática por los cuales el clonador puede recibir esta información por vía inalámbrica o frecuencias de radio. Una vez colocados los datos y obtenido el numero de identificación personal, un tercer sujeto se apersona en los cajeros y con la tarjeta clonada hace disposiciones de efectivo haciéndose pasar por el titular ante los sistemas automatizados de entrega de dinero.

Tememos entonces en los dos casos al menos tres sujetos (aunque en casos muy aislados pueden ser dos o incluso uno, aunque por cuestiones de tiempo físico esto es muy improbable), uno que obtiene la información, uno que duplica la misma y produce o reproduce las tarjetas de originales y el tercero que posee las mismas y con ellas realiza disposiciones patrimoniales por medio de compras o retiros de efectivo según el caso.

6.5. Análisis comparativo de la legislación de México en cuanto a la clonación de las tarjetas de crédito

6.5.1. La ley aplicable

En México la ley aplicable, que por principio general debería de ser el Código Penal Federal, en cuanto a la clonación de tarjetas de crédito bajo alguno de los delitos que este contiene. Pero es de observar que este cuerpo normativo no contiene una tipificación del mismo, pero si se busca con un poco de detalle se advertirá que en algunas leyes especiales y mas concretamente en la Ley de Instituciones de Crédito

existe un capítulo penal que resulta aplicable, en este caso particular el Artículo 112 bis de ese cuerpo normativo, el cual bajo la premisa de que la ley especial prima sobre ley general, resulta en estrictos términos de derecho la de mejor perfil para su aplicación por el Ministerio Público Federal y los jueces mexicanos.

6.5.2. Análisis concreto de la ley de instituciones de crédito de México

CAPÍTULO III DE LOS DELITOS

Artículo 112 Bis.- Se sancionara con prisión de tres a nueve años y de treinta mil a trescientos mil días de multa, al que:

I. Produzca, reproduzca, introduzca al país, imprima o comercie tarjetas de crédito, de debito, formatos o esqueletos de cheques, o en general instrumentos de pago utilizados por el sistema bancario, sin el consentimiento de quien este facultado para ello;

II. Posea, utilice o distribuya tarjetas de crédito, de debito, formatos o esqueletos de cheques, o en general instrumentos de pago utilizados por el sistema bancario, a sabiendas de que son falsos;

III. Altere el medio de identificación electrónica y acceda a los equipos electromagnéticos del sistema bancario, con el propósito de disponer indebidamente de recursos económicos, u

IV. Obtenga o use indebidamente la información sobre clientes u operaciones del sistema bancario, y sin contar con la autorización correspondiente.

La pena que corresponda podrá aumentarse hasta en una mitad más, si quien realice cualquiera de las conductas señaladas en las fracciones anteriores tiene el carácter de consejero, funcionario o empleado de cualquier institución de crédito.

Si recordamos las conductas involucradas ya descritas sobre las personas que clonan tarjetas de crédito, e intentamos tipificación penal en la norma mexicana advertiremos que:

a) El primer sujeto que aparece en la acción típica es quien obtiene de forma indebida la información, conducta que se advierte incluida de manera expresa en el numeral romano cuarto, de manera que podemos considerar que la suya es una conducta típica y punible.

b) El segundo sujeto que es el que copia esa información en un nuevo plástico para ambos casos, puede imprimir para las tarjetas para compra y al menos produce o reproduce en el menor de los supuestos, de manera que su accionar resulta típico y punible también pero en este caso por el numeral romano primero del mismo artículo.

c) El tercer sujeto que es el que utiliza la tarjeta para fines ilegítimos, primero la posee y luego según el avance delictivo la utiliza, de manera que su conducta se ve claramente tipificada en el numeral romano segundo.

Con el presente análisis, vemos claramente que todas las conductas posibles, en este accionar delictivo, están plenamente insertas en la norma penal especial de materia federal de México, que puede ser utilizada sin ningún problema por la justicia mexicana para accionar contra las personas que clonen tarjetas de crédito.

6.6. Seguridad que ofrecen los bancos emisores de tarjetas de crédito

Al inicio de mi investigación, visite algunos bancos del sistema, para preguntarles, que garantía me ofrecen como usuario de una tarjeta de crédito que ellos me ofrecen, el primero fue el Banco del Agro Mercantil, la persona que me atendió me indicó que él era el jefe de agencia y la primera pregunta que le formule fue: ¿Su banco está preparado contra la clonación de tarjetas de crédito? A lo que me respondió que reciben cursos de capacitación para frenar los posibles fraudes, ya que los bancos cuando reciben la denuncia de un cliente que su tarjeta fue clonada inicia la investigación correspondiente.

Mi segunda pregunta fue ¿pero el cliente ante quien debe formular la denuncia ante ustedes o ante el Ministerio Público? Y él me indicó que ni el mismo Ministerio Público sabía cómo iniciar la investigación, porque como no se encuentra regulado, en nuestra normativa penal como delito, resulta muy difícil iniciar con la investigación, aparte de eso que normalmente en estos casos es muy raro atrapar al presunto culpable, si lo atrapan tendría que encuadrarse su conducta como antijurídica y de no hacerlo, saldría, muy fácilmente de la cárcel. Posteriormente visite el Banco Internacional, en el cual fue el mismo procedimiento, pero ellos me explicaron el modo de defensa tecnológica que poseen los bancos, además de los siguientes pasos que el cliente debe seguir en el momento del robo, clonación, o extravió de su tarjeta de crédito.

Para combatir el fraude los bancos cuentan con sistemas de monitoreo inteligentes llamados redes neurales. Estos programas aprenden la forma en que el tarjeta-habiente se comporta y en el momento en que se rompe el patrón normal del consumo, el sistema genera una alerta. En mi opinión es un sistema poco efectivo ya que tiene que esperar, ciertos movimientos y para ese entonces el presunto clonador ya utilizó la tarjeta de crédito, además quise seguir preguntando sobre ese sistema pero no

me explicaron si el sistema desactiva el crédito o cuenta, o simplemente es un control, que el banco tiene sobre la utilización que el cliente hace de su tarjeta cosa que también les sirve a ellos para ver que tipo de cliente es.

6.7. Pasos que el tarjeta habiente debe seguir según el banco cuando sufra robo, extravió o clonación de su tarjeta

A) Anotar el número de contraseña por el reporte efectuado vía telefónica. Es decir cuando el cliente llama el banco le da una contraseña

B) Presentarse a las oficinas del banco con una carta documentando la perdida, robo o clonación de la tarjeta. Solicitar la copia firmada y sellada de recibido y el detalle de las autorizaciones efectuadas en los últimos días.

C) Presentarse a la Policía Nacional Civil, para hacer la denuncia oficial y el trámite, así como recoger la copia de denuncia en el Ministerio Público. Fotocopia de cedula de vecindad completa.

Obsérvese que desde el punto de vista del banco es simplemente rutina por la gran cantidad de clientes que posee, pero para el desprevenido usuario, es de gravedad ya que la pregunta que se hará será, ¿el banco me cobrara el dinero? La respuesta es cuando terminan la investigación si resulta que el culpable es el usuario le cobra el dinero de una forma abusiva y prepotente con todo e intereses y mora. Es aquí donde entra la necesidad de crear en nuestra legislación, como un delito la clonación de tarjetas de crédito, puesto que de esa forma se obligaría a los emisores de tarjetas de crédito a no cobrar por un seguro, que a ellos le genera mas ingreso así como la obligación de crear una defensa tecnológica mas eficiente.

6.8. Consejos que un banco recomienda en el manejo de tarjetas de crédito

A) No perder de vista la tarjeta. En comercios donde se la entrega a un dependiente considere un tiempo razonable para que esta le sea devuelta.

B) Revisar a detalle su estado de cuenta. Y verificar que el saldo corresponda al consumo.

C) Si se detecta un consumo que no se realizó deberá notificar al banco de inmediato.

D) Antes que deslicen por segunda vez la tarjeta de crédito deberá pedir que esperen a que llegue la autorización.

E) Nunca aceptar ayuda o sugerencias de extraños dentro de un cajero automático.

F) No entregar la tarjeta a desconocidos o personas que la visiten en su residencia a nombre del banco o emisor con la finalidad de darle una nueva tarjeta.

G) Nunca debe estar condicionada la entrega de un premio o de un servicio contra la información o datos de la tarjeta de crédito. En todo caso verifíquelo con su banco.

H) No revele su pin a nadie, ni lo traiga consigo. (El Pin por sus siglas en inglés y Nip por sus iniciales en español ó sea número de identificación personal)

I) Tenga a la mano los teléfonos para notificar robo o extravió.

Los consejos anteriores el banco, los advierte a su cliente en el momento que adquiere su tarjeta de crédito, pero también es ahí en donde ofrece su dichoso seguro, que como anteriormente indique, a parte de los intereses que le genera por el uso que el tarjeta-habiente obtiene otra ganancia. A continuación veremos los consejos que el emisor o banco le da al tarjeta habiente, para que no le clonen su tarjeta de crédito en un cajero automático.

6.9. Consejos del banco para evitar la clonación de la tarjeta de crédito

A) Nunca entregue claves de acceso secreto a otras personas ni su tarjeta

B) Si al comenzar su operación, otra persona se encuentra muy cerca, pídale que se retire hacia atrás. Si no lo hace es preferible que usted no efectúe la transacción.

C) Verifique que no estén obstruidas las ranuras para introducir la tarjeta.

D) Al realizar la transacción, utilice su cuerpo como barrera para que otras personas presentes en la fila no puedan ver cuando usted escribe su clave de acceso o cuanto dinero esta retirando.

E) Llévase los comprobantes con usted. No los bote en papeleras cercanas.

F) Nunca acepte ayuda de desconocidos, consejos o asistencia de otra persona que este en la fila o cerca.

G) Al terminar la transacción y retirar el dinero, tenga las llaves de su vehículo en la mano, de modo que no pierda tiempo cuando lo aborde.

De los consejos anteriormente expuestos se deduce que son consejos básicos, pero según las formas anteriormente expuestas de clonar tarjetas de crédito ¿de que forma puedo saber que pasaron mi tarjeta por el Skimmer? Mi sorpresa será cuando vea mi estado de cuenta y tenga que esperar que el banco haga la respectiva investigación, y aun así me cobre por el dinero que no gaste.

6.10. Necesidad de tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación penal de Guatemala

6.10.1. Su importancia

En Guatemala es necesario que se realice una reforma en nuestro Código Penal, el problema de la clonación de tarjetas de crédito, necesita ser analizado, tomando en cuenta a los distintos sujetos que intervienen, y para que esta reforma tenga éxito es necesario, que exista coordinación entre los órganos del Estado, para que por medio de su órgano legislativo, cree el cuerpo normativo, que de la protección a sujeto pasivo que es el tarjeta-habiente, ya que al no existir una base jurídica adecuada, el otro organismo del Estado como lo es el judicial se ve imposibilitado para actuar.

Las deficiencias del sector justicia, se deben en gran medida a la falta de regulación legal, queda en manos del emisor de la misma el cual determina si efectivamente se dio la clonación de una tarjeta de crédito o no, es necesario que se determine legalmente que es la clonación y si es un termino que se debe aplicar en nuestra legislación o como lo regula la Ley de Instituciones de Crédito de México en su Artículo 112 Bis.- Se sancionara con prisión de tres a nueve años y de treinta mil a trescientos mil días de multa, al que : Produzca, reproduzca, introduzca al país, imprima o comercie tarjetas de crédito, de debito formatos o esqueletos de cheques, o en general instrumentos de pago utilizados por el sistema bancario, sin consentimiento de

quien este facultado para ello; el motivo por el cual hago mención de nuevo del artículo es para observar que no se utiliza el termino clonación, por lo cual lo dejo a criterio del legislador. Sin embargo, es necesario puntualizar, que al reformar el Código Penal respecto a tipificar como delito la clonación de tarjetas de crédito, no cambiara la realidad de las mismas en Guatemala pero si puede contribuir al cambio que no será total ni inmediato pero servirá para que de manera progresiva, se avance hacia un sistema penal mas moderno y estar a la vanguardia, en materia de nuevas formas de cometer delitos, pues de lo contrario estaríamos rezagándonos en la legislación de esa modalidad, tan novedosa y tan importante para nuestra sociedad.

Se debe conformar una comisión, para la investigación, sobre las causas y consecuencias que trae consigo la clonación de tarjetas de crédito en Guatemala, para que formulen observaciones a la misma por parte de los organismos directamente interesados en el tema como, la Superintendencia de Bancos, la Cámara de Comercio y representantes de emisores de tarjetas de crédito y no servir de intereses políticos en el organismo legislativo por parte de las bancadas que buscan ser miembros de la comisión por las dietas que representa, esta comisión tendrá como objetivo presentar un estudio, para evitar lagunas legislativas en nuestro código penal vigente los tipos penales allí existentes, no toman en cuenta los novísimos adelantos de la tecnología, por tanto es inútil para dar seguridad al tarjeta-habiente, ante el posible asedio de los clonadores de tarjetas de crédito, los honorables diputados deben aprobar la tipificación de la clonación de tarjetas de crédito en nuestro código penal, como un delito castigado fuertemente.

Se debe tomar en cuenta el avance de las nuevas tecnologías, que para uso lícito no es mal porque se ha convertido en un instrumento que nos proporciona infinitas posibilidades de desarrollo y progreso. Sin embargo, se ha dado lugar a una nueva forma de delincuencia, ya que esta tecnología pone a disposición del delincuente un abanico de nuevas técnicas y métodos para alcanzar sus propósitos criminales, y es por

lo tanto la zona más inexplorada y la que mayores problemas enfrenta en cuanto a su prevención, detención y represión. La cual exige a la técnica legislativa, que esta sea de tal manera perfecta, a fin de que conduzca a una clara aplicación de las normas de parte del organismo judicial y que no exija apreciaciones subjetivas, ni se traduzca en cláusulas generales. De lo dicho anteriormente podemos notar, que nuestro legislador no esta preparado para realizar este tipo de reformas penales ya sea por el desconocimiento en materia de técnica legislativa o por la falla en los conocimientos de derecho penal, situación que supondría la mala, errónea y hasta la falla de aplicación de un tipo penal, lo que causaría grandes inconvenientes tanto a los justiciables como a los que imparten justicia.

Es por tanto que a fin de cumplir de forma objetiva con la presente investigación, sobre la necesidad de tipificar la clonación de tarjetas de crédito en la legislación de Guatemala, ofrezco una propuesta de reforma sobre la base del Artículo 112 Bis. De la Ley de Instituciones de Crédito en México. Que considero reúne los requisitos necesarios tanto para su comprensión como perseguibilidad del mismo, que quedaría de la siguiente manera:

Artículo () Clonación de tarjetas de crédito: Son responsables del delito de clonación de tarjetas de crédito, la persona o grupo de personas, que con ánimo de lucro, y validándose del ardid o engaño utilizando medios y mecanismos físicos y tecnológicos;

I. Produzca, reproduzca, introduzca al país, imprima, comercie tarjetas de crédito, de débito, utilizados por el sistema bancario o emisores de tarjetas de crédito en general, sin consentimiento de quien esté facultado para ello.

II. Posea utilice o distribuya tarjetas de crédito o débito, utilizados por el sistema bancario, o emisores de tarjetas de crédito en general, a sabiendas que son falsas.

III. Altere el medio de identificación electrónica y acceda a los equipos electromagnéticos del sistema bancario, así como quien manipule, modifique un cajero automático con el objeto de obtener los datos del tarjeta-habiente.

IV. Obtenga o use individualmente la información sobre clientes u operaciones del sistema bancario.

V. Se obliga a los emisores de tarjetas de crédito, a crear un medio tecnológico más eficaz y acorde a las necesidades del tarjeta-habiente, así como la prohibición de cobrar por un seguro contra clonación de tarjetas de crédito, someterse a la investigación del Ministerio Público.

A los responsables del delito de clonación de tarjetas de crédito serán sancionados con pena de prisión de diez a quince años y multa de Q. 200,000. a Q. 500,000.

6.10.2. Necesidad

En estos tiempos en que entramos en una nueva era; nos enfrentamos también a la modernización en países como el nuestro, que conlleva un desplazamiento de tecnología, lo que hace pensar sobre la necesidad que se tiene de la protección jurídica del Estado, haciéndose necesario estar al mismo nivel, de países que han avanzado bastante en cuestión de prevención y señalización, de los delitos modernos como lo es clonar tarjetas de crédito, es criterio del sustentante que no es necesario esperar que en Guatemala, se de una crisis de tarjetas de crédito clonadas, ya que estamos a tiempo para evitarla, tenemos como ejemplo la legislación mexicana, en donde sí se considera un delito, que es penado, siendo la reforma a nuestro código penal la respuesta, a la clonación de tarjetas de crédito, el cual es el objetivo de esta investigación.

En el país existe gran movilidad de estafadores, que emigran hacia Guatemala, donde la clonación de las tarjetas de crédito, no es penada por la ley. La iniciativa que se debe presentar al congreso debe ser objeto de un análisis, pues es indispensable aplicar acciones eficaces, para que la legislación penal, no se rebase al dejar abiertos resquicios en beneficio de los delincuentes. Es criterio del sustentante en el caso de la tarjeta de crédito, que es necesario que se obligue siempre a presentar el documento de identidad, junto con la tarjeta de crédito, al momento de hacer una transacción.

Todos los establecimientos deben exigir que el cliente se identifique, para poder comprobar las firmas, esto es en el caso de compras, realidad que no puede ignorarse, basta leer los periódicos, escuchar la radio o ver la televisión, para darse cuenta que todos los días ocurren hechos, que ponen de manifiesto la falta de confianza del guatemalteco en el Estado y su administración de justicia, esta falta de confianza se ve alimentada por las actitudes que encuentra la sociedad ante el organismo legislativo y judicial, actitudes de indiferencia ante la problemática nacional, situación que demuestra la crisis de justicia en Guatemala, los conflictos de interés y la falta de recursos, son constante diaria en la administración, la excusa de los funcionarios es un mecanismo para evadir responsabilidades, lo cual contribuye a la impunidad en la cual está envuelto el Estado.

Los procesos de modernización en los órganos estatales son necesarios, la construcción de una nación guatemalteca con una legislación moderna requiere del funcionamiento de un estado de derecho, de la satisfacción de las necesidades individuales y sociales, así como de un equilibrio en el ejercicio del poder y el libre acceso a todos a los grupos sociales, precisamente para participar en las decisiones que les competen en la marcha del Estado, sin embargo en el esfuerzo de la estructuración de una legislación moderna existen diversidad de intereses, desde los más sencillos hasta los más complicados, ya que se interponen mecanismos de resistencia por parte de la burocracia y el compadrazgo, político.

El crimen se organizó y ya los delincuentes no sólo roban bancos y trafican con drogas en Guatemala, sino que además utilizan la tecnología para cometer estafas millonarias como la clonación de tarjetas de crédito. Se hace indispensable la mejora, modernización y fortalecimiento, de nuestra normativa penal vigente al mismo tiempo es necesario que los tres organismos, asuman en forma articulada las responsabilidades que implica para cada uno.

La potestad legislativa corresponde al Congreso de la Republica, compuesto por diputados electos directamente por sufragio universal y secreto y este esta llamado a jugar un papel fundamental en la sociedad, este tiene que cumplir a cabalidad con sus responsabilidades, como lo son: la función legislativa en beneficio del pueblo, la representación del pueblo, las responsabilidades que corresponden de cara a los otros organismos del estado, las medidas legislativas necesarias para fortalecer la administración de justicia, promulgar una reforma a nuestro Código Penal en la que se de prioridad a la persecución de aquellos que aun no hayan sido tipificados y que causan un mayor daño social, como lo es clonar tarjetas de crédito, el cual deberá ser severamente penalizado y así garantizar plenamente la seguridad jurídica.

En conclusión, sea cual sea el procedimiento para crear la comisión que investigará a fondo el problema y posteriormente propondrá una iniciativa de ley al Congreso de la República, existe gran parte de los usuarios de este medio de pago afectados por la clonación de su tarjeta de crédito. El estado debe crear concientemente los mecanismos y hacer todo lo que encuentre a su alcance para consolidar un estado de derecho, de justicia y de paz social, para todos los guatemaltecos, dentro del clima de convivencia armónica y social en la que se reconozca la necesidad que tiene nuestra legislación penal, de ser reformada y modernizada.

CONCLUSIONES

1. Con la presente investigación se ha podido determinar que la clonación de las tarjetas de crédito en nuestro país, es la causa por la cual varias personas han sido afectadas en su patrimonio, ya que el sujeto activo, al cometer el delito, queda impune y sin ningún grado de responsabilidad.
2. Las principales causas que contribuyen con el sujeto activo a cometer la clonación de tarjetas de crédito y afectar el patrimonio del usuario se debe a factores, morales, sociales y legales, pero principalmente al factor económico, pues es un medio fácil de obtener dinero.
3. La mayoría de usuarios de este medio de pago se encuentran a merced de los emisores de tarjetas de crédito, ya que es criterio de los mismos si le cobran al usuario o no. El emisor de tarjetas de crédito no asume ninguna responsabilidad, en el caso de la clonación, pues lo que le interesa es su dinero y no la seguridad del tarjeta-habiente.
4. No existe ninguna protección del Estado hacia el usuario de tarjetas de crédito, como quedó establecido, en la presente investigación, la indiferencia de nuestros legisladores es notoria, al no importarles en lo más mínimo plantear una reforma a nuestro Código Penal.
5. La tarjeta de crédito, como se explicó, es un medio de pago que el tarjeta-habiente utiliza para comodidad, para no cargar efectivo, y en algunos casos le sirve para inversión; sin embargo, no existe ninguna garantía para su uso en Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala a través del Congreso de la República debe fortalecer el orden jurídico, tipificando como delito la clonación de tarjetas de crédito y evitar dejar a merced de los emisores de dicho medio de pago, el criterio de cobrar o no por lo que el usuario no gastó.
2. Los diputados deben urgentemente promover que se tipifique como delito la clonación de tarjetas de crédito, pues su tipificación representaría una herramienta para la sanción de los presuntos culpables, por parte del Estado de Guatemala, por medio de la reforma del Código Penal.
3. Que la información que posean los emisores de tarjetas de crédito sea estrictamente confidencial y que se les penalice, cuando por culpa de ellos, los sujetos activos cometan la clonación de una tarjeta de crédito.
4. Cuando el tarjeta-habiente decida utilizar, una tarjeta de crédito, se obligue al emisor a garantizar sin ningún costo, la seguridad y uso de la misma, creando una defensa tecnológica, adecuada para enfrentar la astucia de quienes se dedican a clonar tarjetas de crédito.
5. El lema de los bancos, es que ellos nunca pierden, es por eso que el Estado de Guatemala está en la obligación, de garantizarle al usuario su patrimonio, y hacer que el emisor de tarjetas de crédito se responsabilice, pues ellos son los que organizan el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**, Ed. Talleres Pelayo, S.A. 1989. pág. 173

DE LEÓN VELÁSICO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 12^a. ed; corregida y actualizada; Guatemala; Ed. F& G Editores, 2000. págs. 119-266.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 4^a. ed; volumen III, Ed. Revista Derecho Privado, (s.f.). pág. 229.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. ed; 3^a. Ed. Silverio Aguirre Torre. Impresor. Madrid, 1959. pág. 147, 149.

GARCÍA PELAYO, Ramón. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima primera edición. Ed. Larouse. Guatemala., 1993. págs. 27, 127.

HESSEN, Johan. **Teoría del conocimiento**. 7^a ed; traducción del alemán por José Gaos, Ed. Lozada. S.A. Buenos Aires Argentina. Pág. 26.

URIA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**. Ed. Aguirre, Madrid, 1969. pág. 169.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1969. pág. 178.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1987. págs. 207, 224, 264, 570.

Bibliografía electrónica:

WWW. Legislación argentina_com.htm. (23 de noviembre de 2006.)

WWW. C: Senado de la Republica de México- Gaceta Parlamentaria. Htm. (15 de diciembre de 2006)

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República, de Guatemala, Decreto numero 17-73.1973.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, jefe de gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 106, 1963.

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

Ley de Instituciones de Crédito de México

Código Penal de Argentina