

## CLONACIÓN DE INSTRUMENTOS PRIVADOS MERCANTILES

Carlos Dorn Garrido\*

### I. INTRODUCCIÓN

**A**rduamente ha sido debatida la situación penal del sujeto que forja un instrumento privado mercantil, en orden a si es posible, por una parte, considerar dicha acción dentro de algunas de las hipótesis del tipo penal de la falsificación de instrumento privado mercantil del inciso 2º del artículo 197 del Código Penal o, por otro lado, resultará subsumible en otra figura típica.

En el caso de estimar posible la subsunción de la conducta en la figura de la falsificación de instrumento privado mercantil será necesario, como cuestión previa, despejar dos interrogantes: ¿cuál numerando del artículo 193 será aplicable al caso particular? Y ¿qué debe entenderse por instrumento privado mercantil?

### II. CONCEPTO DE INSTRUMENTO MERCANTIL

La sola noción de documento resulta ser conflictiva, por la sencilla razón de que en la mayoría de las legislaciones penales,

---

\* CARLOS DORN GARRIDO. Abogado Universidad de Valparaíso.

incluida la nuestra, no se suministra una definición de documento. De esta manera, le ha correspondido a la doctrina construir formas conceptuales al respecto; así Etcheberry ha entendido por documento como “todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente”, Garrido Montt adscribe a la noción clásica de la doctrina española “manifestación de voluntad o consignación de hechos, en forma escrita y más o menos permanente, realizada por una persona, que puede tener consecuencias jurídicas”, concepto legal del artículo 26 del Código Penal Español de 1995 “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. De los conceptos anteriores debo inclinarme por el último de ellos, ya que destaca por su amplitud al permitir comprender una serie de soportes materiales que trascienden el mero papel escrito y que, por cierto, son contenedores de información relevante sea para efectos probatorios o de otro tipo de trascendencia jurídica, evitándose, de esta manera, la obsolescencia de los conceptos integrantes de tipos penales.

Delimitado el concepto de documento debemos determinar qué se entiende por instrumento privado mercantil. La legislación penal no suministra una definición de tales instrumentos. Ahora bien, ciertos cuerpos legales especiales definen instrumentos mercantiles como las letras de cambio, pagaré y cheques, contenidas en la Ley 18.092 respecto de las letras de cambio y pagaré y en el DFL 707 sobre cuentas corrientes bancarias y cheques. Sin embargo, dichos cuerpos legales no dan una definición de los instrumentos mercantiles en general; no obstante, la única forma de abordar éste vacío es concluyendo “...que por el principio de legalidad debe limitarse su alcance a aquellos (instrumentos mercantiles) que dando cuenta de un acto comercial, hayan sido reglados y considerados como tales por las leyes mercantiles”<sup>1</sup>; la doctrina española sigue la línea anterior pero considera incompleta la noción de documentos mercantiles sostenida en la idea de que son fundamentalmente los regulados o constituidos con arreglo al Código de Comercio o a leyes especiales de esta naturaleza, puesto que ello constituye una remisión normativa en blanco poco aceptable. A fin de matizar las disfuncionalidades, la doctrina y jurisprudencia españolas han entendido por docu-

---

<sup>1</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal*, Tomo IV, página 92.

mentos mercantiles no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio o en otras leyes mercantiles, sino que también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas.

Por lo tanto, de acuerdo a lo anterior, la tarjeta de crédito o de cajero automático, desde el punto de vista anterior, es perfectamente encuadrable dentro de la noción de instrumento mercantil, puesto que la tarjeta de crédito es documento que permite la realización y facilitación de actos de comercio o mercantiles.

### III. FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO MERCANTIL

La confección o forjamiento de una tarjeta de crédito o automático ¿será posible subsumirla en alguna de las acciones de falsedades del artículo 194? O ¿se debe encasillar la conducta en otra figura penal? Al respecto podemos vislumbrar dos posibles *modus operandis* aplicables:

1º) Contrahacer o fingir firma, letra o rúbrica (artículo 193 N° 1º). Contrahacer o fingir equivalen a imitar algo verdadero; esta acción de imitación debe recaer en la letra, firma o rúbrica. Por letra se entienden las características o formas que admite la escrituración de cada individuo, de su particular caligrafía, que la hace identificable respecto de quien le pertenece; la firma es la colocación del nombre escrito personalmente de una manera dada, manera que emplea esa persona de modo más o menos permanente y que, normalmente, se ubica al final del instrumento para señalar quién es su autor y por rúbrica se comprende que son aquellas líneas o trazos que arbitrariamente cada persona escoge y usa con cierta permanencia para colocar bajo su firma y que le da a ésta cierta identidad.

La hipótesis de forjamiento o creación total de un instrumento mercantil de acuerdo a la doctrina sustentada por Montt y Etcheberry, concluyen que tal conducta no se encuentra recogida en las modalidades del artículo 194 del Código Penal, porque no existe un documento privado auténtico al cual imitar y, de otro lado, el artículo 197 castiga al que “cometiere en instrumento privado algunas de las falsedades...”, lo que supone la materialidad previa de un docu-

mento real en la cual se lleve a cabo alguna de las conductas que constituyen falsedad. De modo que si la tarjeta de crédito, en cuanto a soporte material es real o auténtico, puede entender que la impresión en relieve del nombre, número de tarjeta e incorporación de datos en la banda magnética ¿serán conductas imitativas, a la luz, del término contrahacer? Lo anterior es sumamente discutible, puesto que debería distinguirse si el proceso de impresión de datos se efectuó valiéndose de los mecanismos de la propia empresa otorgante de la tarjeta o si tal procedimiento se efectuó valiéndose de mecanismos ajenos a ellas. En el primer caso, podría sostenerse que no habrá imitación, puesto que se utilizaron los medios de impresión fidedignos, mas, en el segundo, podría sostenerse que habría imitación, salvo que hayan mecanismos estándares de impresión que no impliquen hacer un esfuerzo de hacer aparecer la impresión como verdadera o relacionada con la empresa responsable de la tarjeta. Ahora, en lo referente a los datos incorporados a la banda magnética, categóricamente afirmo que no hay imitación sino que uso de datos ajenos.

Es más, el Código Penal Español expresamente contempla la hipótesis de la simulación total o parcial de un instrumento privado o mercantil que contempla expresamente los casos de forjamiento de instrumento a fin de dotarlo de la apariencia suficientemente similar al fidedigno.

2º) Estafa del artículo 468 del Código Penal. Una manera de soslayar las dificultades planteadas en torno al forjamiento de instrumento privado o mercantil sería considerar que la creación total de un instrumento privado o mercantil o la realización sobre uno real de acciones de falsificación que son de difícil subsunción en el artículo 197 (con mención a los obstáculos mentados) son formas configurativas de estafa del artículo 468, desde el momento que ambos *modus operandis* implican acciones integrantes de una maquinación fraudulenta a fin de hacer incurrir a un tercero en error, de modo que, de esa manera, realice una disposición patrimonial a favor del sujeto activo.

Ahora bien, como no es posible aplicar el tipo penal de la utilización maliciosa de instrumento falso (en caso que las acciones sean atípicas), debemos concluir que si un tercero se vale de la tarjeta forjada por otro, éste debiese ser sancionado, conforme al tipo penal de la estafa, en calidad autor del 15 N° 1 del Código Penal y el creador de la tarjeta bajo la modalidad de autoría del N° 3º del

citado artículo, en la medida que respecto de éste último haya habido concertación.

#### IV. TARJETAS DE CAJEROS AUTOMÁTICOS

Mención especial debe efectuarse respecto de la confección de tarjetas de cajeros automáticos. En lo relativo al forjamiento de tales medios debe estarse a las prevenciones señaladas. Sin embargo, las consecuencias derivadas de su empleo en cajeros automáticos determinará consecuencias del todo diversas. En efecto, la utilización de una tarjeta de cajero “clonada” determinará que dicha acción configure un delito contra la propiedad, sin embargo, habrá que dilucidar si estaremos frente a un delito de robo o hurto. La línea divisoria será distinta según la ubicación del cajero y a la forma en que el delincuente ingresa al sitio en el que se encuentra el cajero automático; en consecuencia, las situaciones de hecho son las siguientes:

i) El cajero se encuentra ubicado al interior de una cabina cerrada. En tal evento habrá que distinguir:

a) el individuo ingresa a la cabina a través de la introducción en la ranura externa de la tarjeta “clonada” destrabando, de esa forma, la cerradura. En ese caso debemos entender que la conducta da inicio a la figura delictiva del robo en lugar no habitado del artículo 442, puesto que se configura la modalidad de fuerza contemplada en el numerando tercero de la norma referida “Haber hecho uso de llaves falsas, o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados”; este numeral nos lleva a reformular el concepto de llave, el cual debe entenderse en un sentido funcional y no en uno literal o semántico. En este punto resulta del todo interesante e ilustrativo el estudio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha hecho de la cuestión: “Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático sirven además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la

portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito. A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, con guardas que se acomodan a las de una cerradura y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo. Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae”<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, la 367/1996, de 25 de abril, reitera tal doctrina y, por último, la 1458/1997, de 29 de noviembre, ha recogido que “Respecto a si la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética constituye un delito de robo con fuerza en las cosas o un simple delito de hurto, es cierto que inicialmente la jurisprudencia, ante hechos tan novedosos, dudó (hay que reconocerlo) entre aplicar uno u otro tipo delictivo, pero a partir de las Sentencias de 6 de marzo de 1989, 27 de febrero y 21 de septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992 (según bien razona el Ministerio Fiscal), esta Sala se decantó por el delito de robo al equiparar esas tarjetas como llaves que al ser ilícitamente obtenidas se convertían en llaves falsas del artículo 504.4ª del Texto Punitivo”<sup>3</sup>.

Esta última idea es de vital importancia, esto es, la obtención ilícita de una tarjeta la torna en falsa, en consecuencia, la creación o forjamiento entra dentro de la obtención ilícita.

b) Si el sujeto ingresa a la cabina sin utilizar la tarjeta, por ejemplo, un usuario le deja la puerta abierta. Este caso puede derivar en dos sentidos contrapuestos dependiendo de la interpretación que,

---

<sup>2</sup> Considerando Segundo inciso cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo, 427/1999, del 16 de marzo de 1999, Sala de lo Penal.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

en la parte destacada, se haga del numerando tercero del artículo 440 en la siguiente parte “Haber hecho uso de llaves falsas... para abrir los muebles cerrados”. En efecto para que la modalidad de fuerza descrita se configure deberá entender la acción de apertura del mueble cerrado desde un punto de vista funcional, ya que la utilización de la tarjeta falsa permitirá acceder al sistema regulador de las transacciones y operaciones que a través del cajero pueden efectuarse y, además, desde ese instante el sujeto posee el dominio de las acciones que se llevarán a cabo a fin de obtener el dinero contenido en el interior de la máquina. Por otra parte, si se adscribe a una noción semántica o gramatical de la expresión abrir deberá concluirse que no habrá fuerza en las cosas y, por ende, la conducta se enmarcará dentro de la figura del hurto.

c) El cajero automático se encuentra ubicado en la vía pública. Esta hipótesis debiese encuadrarse en la figura descrita en el inciso primero del artículo 443 del Código Penal (robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público) y considerar concurrente la modalidad de fuerza consistente en el uso de llaves falsas<sup>4</sup>.

Por último, despejemos la interrogante de posible convergencia entre las conductas descritas y el tipo penal de la estafa. Esta posibilidad debe descartarse, ya que el delito de estafa resulta inaplicable desde el instante en que el engaño, elemento fundamental de la estafa, debe estar preordenado hacia una persona natural a fin de que incurra en una falsa representación de la realidad (error) y, por ende, realice la disposición patrimonial. Sin embargo en estos casos no es posible señalar que exista engaño, puesto que la máquina responde a instrucciones preordenadas, de modo que, si se dan ciertos supuestos (tarjeta vigente y clave correcta), realizará las operaciones ordenadas y, además, en caso de que se estimen que tales conductas conforman el elemento engaño, nos encontramos con que no estará dirigido hacia una persona natural.

---

<sup>4</sup> Deben considerarse reproducidas las disquisiciones realizadas en torno al concepto de llave.