

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

**INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PENAL**

**EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO
PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN
EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA**

DAVID PORRAS MEZA

SAN JOSÉ, OCTUBRE 2021

CONTENIDO

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TUTORA	ii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LECTOR	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE FILÓLOGO	iv
DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO	v
CONTENIDO	vi
ÍNDICE DE CUADROS	viii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	viii
RESUMEN EJECUTIVO	ix
CAPÍTULO I: PROBLEMA	10
Tema	10
Planteamiento del problema	10
Objetivos	11
Objetivo general	11
Objetivos específicos	11
Justificación	12
Antecedentes	15
Proyecciones	22
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	23
Tarjetas de crédito y débito. Aspectos generales y usos	23
Breve Reseña Histórica	23
Definición de Tarjetas de crédito y débito.	26
Formas de uso de las tarjetas de crédito y débito.	27
El uso de tarjetas de crédito y débito como instrumento de pago en las transacciones de pago rápido.	29
Otras formas de pago electrónico.	30
Uso Indevido de tarjetas de crédito y débito	31
Definición de uso indebido.	31
Formas de uso indebido de tarjetas de crédito y débito.	32
Tipos penales de Costa Rica relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito	34
El delito de Hurto.	34
El delito de Estafa.	38
El delito de estafa informática.	45

Derecho comparado: El uso indebido de tarjetas de crédito y débito	51
España.	51
Panamá.	52
Argentina.	53
Chile.	54
Nicaragua.	55
Ecuador.	57
Puerto Rico.	58
El principio de legalidad como garantía del Derecho Penal	59
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	62
Enfoque de investigación	62
Diseño de investigación	62
Técnicas de investigación	63
Entrevista a profundidad.	63
Análisis de jurisprudencia.	64
Cuestionario.	64
Selección de la Población y Muestra	65
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS	67
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	103
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	106
CAPÍTULO VI: PROPUESTA	108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111
APÉNDICE A. DECLARACIÓN JURADA	115
APÉNDICE B. GUÍA PARA ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	116
APÉNDICE C. CUESTIONARIO	117
APÉNDICE D. GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD	119
APÉNDICE E. TRANSCRIPCIONES DE ENTREVISTAS A PROFUNDIDAD	120
APÉNDICE F. CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO ENTREVISTAS	214
APÉNDICE G. CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO CUESTIONARIOS	215

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1: Análisis de Jurisprudencia	68
Cuadro 2: Análisis de Jurisprudencia	72
Cuadro 3: Análisis de Jurisprudencia	74

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Cajeros Automáticos	79
<i>Gráfico 2: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Cajeros Automáticos.....</i>	<i>84</i>
<i>Gráfico 3: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Plataformas Digitales</i>	<i>85</i>
<i>Gráfico 4: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas por Medio de Plataformas Digitales</i>	<i>89</i>
<i>Gráfico 5: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Establecimientos Comerciales....</i>	<i>90</i>
<i>Gráfico 6: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Establecimientos Comerciales....</i>	<i>94</i>
<i>Gráfico 7: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas para Pagos Rápidos</i>	<i>95</i>
<i>Gráfico 8: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas para Pagos Rápidos</i>	<i>98</i>

RESUMEN EJECUTIVO

Este documento corresponde al trabajo final de graduación para optar por el título de Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, denominado, *El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales, y su tipificación la normativa penal vigente de Costa Rica.*

El objetivo general fue analizar el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales como instrumento de pago electrónico para las transacciones de pago rápido a partir de abril del 2020, y su adecuación en los tipos penales actuales de Costa Rica; para ello se hizo necesario establecer una línea teórica para conocer aspectos generales y usos de las tarjetas de crédito y débito, su utilización como como instrumento de pago en las transacciones de pago rápido, además se establecieron formas de uso indebido de las mismas y los tipos penales a los que se adecuan siendo estos hurto, estafa y estafa informática. Se efectuó un análisis de derecho comparado y finalmente se desarrolló el tema del principio de legalidad como garantía procesal.

Se utilizó un enfoque de investigación cualitativo y un diseño fenomenológico y se aplicaron como técnicas de investigación, entrevistas a profundidad y cuestionarios a profesionales en derecho penal; se realizó un análisis de jurisprudencia, sobre sentencias relacionadas con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito.

La principal conclusión fue que el uso indebido de tarjetas como instrumento de pago electrónico en las transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales, a pesar de la diversidad de criterios, configura un delito de estafa informática. Como principal recomendación, es necesario que profesionales en derecho que se desempeñan en materia penal, investiguen y se capaciten con temas relacionados a delitos informáticos y, finalmente, se propuso la promulgación de un nuevo tipo penal denominado: “Uso indebido de tarjetas de débito, crédito u otro dispositivo de pago electrónico”, para dar solución al problema de investigación.

CAPÍTULO I: PROBLEMA

Tema

El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales, y su tipificación la normativa penal vigente de Costa Rica.

Planteamiento del problema

Actualmente en Costa Rica, las transacciones de pago rápido, según el Reglamento del Sistema de Pagos del Banco Central de Costa Rica, son establecidas para las transacciones que se realicen con dispositivo de pago presente como lo son las tarjetas de débito y crédito, que dispongan de tecnología EMV (Europay MasterCard VISA), por montos que superen los treinta mil colones, esto según una modificación a dicho reglamento, la cual entró a regir a partir de 21 de abril del 2020.

La indicada modificación en el Reglamento del Sistema de Pagos fue realizada por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, con el fin de realizar pagos más rápidos y evitar el contacto físico como medida para evitar el contagio del virus COVID 19. Tomando en cuenta que para la fecha casi un 95% del total de las tarjetas de débito y crédito y más de un 90% de los datafonos disponen de la tecnología de pago sin contacto; aunado a que el 80% de las transacciones de pago con tarjeta en los comercios es inferior a 30 mil colones, y siendo que para los pagos rápidos no se requiere de la identificación del cliente, la entrega de la cédula de identidad ni de la firma del comprobante de pago.

Asimismo, considerando que en nuestro país existen una gran cantidad de hechos delictivos cometidos mediante el uso indebido de tarjetas y no existen tipos penales específicos para estas conductas, y propiamente en los casos que estas han sido utilizadas como medios de pago en establecimientos comerciales; la solución dada por los juzgadores es adecuar dichas conductas a tipos penales tradicionales, establecidos en la normativa penal, y aunque ha existido controversia en los criterios, el más aceptado jurisprudencialmente, es adecuar la conducta del

uso indebido de tarjetas como medio de pago en establecimientos comerciales a un delito de estafa.

De esta manera, al estar ante la posible comisión de un delito de estafa, el cual requiere un ardid del sujeto activo que logre inducir a error al sujeto pasivo y lo haga realizar una disposición patrimonial, lo cual se concreta al engañar al dependiente del local comercial y hacerlo creer que quien realiza el pago es el titular de la tarjeta, cuando no lo es. Esta dinámica es modificada en las transacciones de pago rápido, pues el cliente no tiene la obligación de identificarse y, en este sentido, esta acción encuentra problemas para adecuarse al delito penal de estafa.

Por esta razón la pregunta a la que se le pretendió dar respuesta en la presente investigación es la siguiente: ¿Cómo tipificar dentro de la normativa penal vigente de Costa Rica el uso indebido de tarjetas de crédito y débito como instrumento de pago electrónico en las transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales a partir de abril del 2020?

Objetivos

Objetivo general

1. Analizar el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales como instrumento de pago electrónico para las transacciones de pago rápido a partir de abril del 2020, y su adecuación en los tipos penales actuales de Costa Rica

Objetivos específicos

1. Identificar cómo se han tipificado en Costa Rica los hechos ilícitos relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito.

2. Determinar el criterio de profesionales en derecho que laboran en materia penal, sobre la adecuación del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, a los tipos penales actuales de Costa Rica.

3. Analizar si el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, encuadra típicamente en la normativa penal actual de Costa Rica.

Justificación

Con el paso de los años alrededor de todo el mundo y Costa Rica no ha sido la excepción, con el avance de la tecnología, el uso de las tarjetas de débito y crédito se ha vuelto uno de los principales mecanismos en las transacciones comerciales, por lo cual su utilización es cada vez más común. La incorporación de estas tarjetas al mercado, no solo ha dado la posibilidad a las personas de no tener que portar dinero en efectivo, pues con el uso de las herramientas tecnológicas, es posible retirar dinero de un cajero automático; sino también permiten realizar pagos en comercios utilizándolas como dispositivos de pago. Estos, en tiempo real, debitan el dinero de la cuenta bancaria ligada a la tarjeta y lo acreditan a la cuenta del comercio e incluso hoy es posible, desde las distintas plataformas de internet, adquirir bienes, pagar servicios y realizar transferencias bancarias utilizando tarjetas de débito y crédito.

Lo anterior no solo ha dado a las personas mayor seguridad en las transacciones comerciales, sino que también brinda mayor agilidad a todo tipo de relaciones mercantiles que se han adecuando a un sistema financiero electrónico ligado a cuentas bancarias; sin embargo, de la mano con estos beneficios, el uso de estos dispositivos de pago también ha propiciado el surgimiento de nuevas acciones delictivas, sobre las cuales el derecho penal ha ido paleando ya sea creando nuevos delitos. Uno de estos es el caso del delito de Estafa Informática, incorporado al Código Penal Costarricense en el 2012, este vino a derogar el antiguo delito de fraude informático vigente desde el año 2001. También se interpreta por parte de los Juzgadores que dichas conductas se adecuan típicamente a delitos ya establecidos dentro de la normativa penal, tales como el de hurto y estafa. Dichos temas no han sido pacíficos, porque sobre un mismo caso en particular, tribunales con distintas integraciones, han diferido sobre su tipificación, adecuando dicha conducta a un tipo penal u otro.

Siendo así, independientemente de la forma en que una persona adquiera de una manera ilegítima una tarjeta de crédito o débito, ya sea sustrayéndola, por medio de engaño, o

encontrándola y apropiándose de ella; lo cierto del caso es que al no ser su titular, no está facultado ni legitimado para usarla, ya que está ligada a cuentas bancarias que constituyen un patrimonio ajeno, por ello cualquier hecho que signifique disponer de ese peculio sin autorización del dueño, constituye una afectación contra el bien jurídico patrimonio y por ende el derecho penal está llamado a tutelarlos.

De esta manera, los hechos en los cuales se utilicen de manera indebida tarjetas de débito y crédito son cada vez más comunes, porque esta delincuencia se ha ido adecuando a la realidad del sistema financiero electrónico. Esto es sabido, a pesar de que no es posible contar con una estadística específica, por cuanto dichas acciones son subsumidas en tipos penales como hurto, estafa y estafa informática, las cuales según estadísticas del Organismo de Investigación Judicial, ascendieron a un total de 29 693 denuncias en el año 2020 (OIJ, 2020).

Dicho lo anterior, es posible indicar como el uso indebido de tarjetas se puede realizar de distintas formas. Una de ellas es utilizándola con su respectivo PIN (*Personal Identification Number*) en un cajero automático y de esta manera lograr retirar el dinero, apoderándose así de manera ilegítima de bienes ajenos. Sobre este particular, la jurisprudencia penal mayoritaria ha interpretado que dicha acción configura un delito de hurto agravado, el cual requiere para su comisión el uso de una llave falsa o sustraída, ya que la tarjeta se asemeja a una llave por cuanto es el medio de acceso al instrumento; sin embargo, lo anterior no obsta que hayan existido criterios e incluso condenas donde los juzgadores han considerado que el hecho de que la tarjeta permita el acceso a un cajero automático, no se puede asimilar a una llave, sino que dicha acción encuadra perfectamente en el delito de estafa informática.

Otra acción por la cual se puede realizar un uso indebido de tarjetas, es cuando mediante el uso de plataformas electrónicas y el uso de internet, se adquieren bienes y se pagan servicios, por cuanto existen criterios, como el del actual del Ministerio Público, sostenido en la circular 02-ADM-2021 de la Fiscalía General, donde se fijaron criterios de persecución penal relacionados con disposiciones generales sobre el abordaje inicial en causas por estafa informática. Se considera que al utilizar los datos de la tarjeta para incidir en el procesamiento de datos del sistema automatizado de la entidad bancaria, garantizar acceso y realizar compras de productos o servicios, conlleva a la comisión de un delito de estafa informática. Sin embargo, han existido criterios jurisdiccionales donde se ha considerado que, al no manipular datos del sistema, sino

únicamente utilizar el número de la tarjeta como una especie de llave o clave para apoderarse de cosas muebles al realizar compras o pagar servicios, se configura un hurto agravado.

Los anteriores criterios sobre cómo tipificar el uso indebido de tarjetas, también han sido objeto de discusión en los supuestos donde se realicen compras en establecimientos comerciales y se utilice como medio de pago una tarjeta de crédito o débito por quien no es su titular. En este escenario, se han dado casos en los cuales el Ministerio Público y los juzgadores sostienen el criterio de que con dicha acción se hace un uso indebido de datos y se influye en el procesamiento y resultado de estos en el sistema de cómputo, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, acción que configura una estafa informática. A pesar de esto, ciertamente, el criterio admitido por la Sala Tercera es que con esta acción se comete un delito de estafa, ya que se induce a engaño al dependiente, haciéndole creer falsamente que quien paga es el titular de la tarjeta, pero no se modifica ni se altera la información de esta y, por ende, no se configura el delito de estafa informática.

Tal y como se ha observado, el uso indebido de tarjetas de débito y crédito ha traído consigo discrepancia de criterios en cuanto a la calificación legal aplicable para cada caso concreto, y es aquí donde se estableció la conveniencia del presente trabajo de investigación, pues al ser un tema no resuelto, aunado a que la forma de utilizar tarjetas evoluciona de la mano con la tecnología y las necesidades; se hace importante su análisis con el fin de determinar la adecuación de estas nuevas conductas a las figuras penales existentes en este país.

En línea con lo anterior, para el caso específico de este trabajo de investigación, resultó de interés analizar dentro de estas nuevas formas de utilización de tarjetas, las transacciones de “Pagos rápidos”, las cuales han sido objeto de los cambios recientes, al sistema de pagos establecido por el Banco Central de Costa Rica; esta entidad en abril del 2020 modificó el reglamento de pagos y estableció que para montos inferiores a treinta mil colones, no se requiere comprobar la identidad del cliente, por ello los comercios no deben exigir presentación de documento de identidad, firma de comprobante de pago, digitación de PIN, ni cualquier otro elemento de autenticación. Este cambio se efectuó tomando en cuenta que para esa fecha casi un 95% del total de las tarjetas de débito y crédito y más de un 90% de los datafonos (POS) disponían de la tecnología *contactless* (pago sin contacto), como forma de medida contra la pandemia por Covid 19, con el fin de evitar el contacto físico.

La anterior forma de transacción de pago, bajo la modalidad de pago rápido, no requiere identificación del cliente, esto adquiere relevancia, pues bajo el criterio predominante sobre que el uso indebido de tarjetas en un establecimiento comercial configura un delito de estafa por cuanto se engaña al dependiente, pareciera no encuadrar en este nuevo supuesto, porque pareciera difícil sostener un engaño basado en la identificación del sujeto activo, cuando la normativa establece que no se debe comprobar su identidad.

De esta manera, la pertinencia y utilidad de este trabajo se basó en la necesidad de analizar el uso indebido de tarjetas de débito y crédito en establecimientos comerciales como instrumento de pago electrónico en las transacciones de pago rápido, con fin de establecer si esta conducta encuadra en algún tipo penal existente en el ordenamiento jurídico costarricense, sin que ello conlleve a una contravención al Principio de legalidad, establecido en el numeral 1 del Código Penal de Costa Rica el cual establece: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”; o si por el contrario, es necesario proponer la promulgación de nuevos tipos penales que sí se adecuan a las conductas descritas.

Antecedentes

En el presente apartado se describe lo estudiado al tema del uso indebido de tarjetas de débito y crédito analizado como conducta objeto del derecho penal, lo que permitió tener un acercamiento a las principales maneras en las cuales se ha tratado el objeto de estudio en diferentes contextos. Los resultados de la búsqueda exponen los principales aportes que, respecto al tema, permiten visualizar los estudios desarrollados en otros países para el tratamiento penal de dichas conductas.

Sobre el tema del uso indebido de tarjetas, Hernández (2008) realizó un estudio titulado, *Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves*, en el cual analizó el tipo penal de uso indebido de tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas, introducido en el derecho penal chileno mediante la Ley N° 20.009 del año 2005, así como la situación jurídica anterior a la promulgación del tipo penal mencionado, pues al existir un vacío legal, las conductas eran encuadradas en delitos tradicionales. El autor analizó como supuestos en los cuales se hace un

uso indebido de tarjetas los siguientes: la obtención indebida de dinero en cajeros automáticos (o de bienes en expendedores automáticos), la obtención indebida de servicios en expendedores automáticos, la obtención indebida de objetos o servicios en transacciones comerciales con interacción personal.

Sobre el particular, se realizó un análisis de la aplicación de los hechos anteriormente descritos y su aplicación en los tipos penales tradicionales, estableciendo lo siguiente:

- a) Obtención indebida de dinero en cajeros automáticos (o de bienes en expendedores automáticos): En este supuesto no puede ser aplicado el delito de estafa, ya que, al no existir una interrelación personal, no hay un sujeto pasivo que mediante engaño haya sido inducido a error y realizado una disposición patrimonial, lo cual es un elemento constitutivo del tipo. Ahora bien, en cuanto al delito de hurto, esa fue la solución encontrada no solo por los Tribunales Chilenos sino en otros ordenamientos jurídicos; sin embargo, desde un punto de vista dogmático, sí es claro que existe una apropiación de dinero ajeno, pero no se puede establecer que esa apropiación sea sin la voluntad del dueño, ya que el dueño de ese dinero es el banco, quien con la programación establecida, dígame utilización de tarjeta y clave, autoriza el retiro del dinero pero, a pesar de las múltiples dudas sobre su aplicación, este tipo penal era la solución para este supuesto y, en casos excepcionales, el delito de robo con fuerza en las cosas que también presentaba la misma problemática.
- b) Obtención indebida de servicios en expendedores automáticos: esta modalidad para la cual se realiza el uso de tarjetas de crédito o débito falsificadas y sustraídas, no es configurativa del delito de estafa, por cuanto no existe un interacción entre personas y el expendedor automático no puede ser engañado, mientras que tampoco puede existir un delito de hurto ya que no existe una cosa corporal mueble susceptible de ser apropiada en los términos establecidos por el Código Penal Chileno, por lo cual era una conducta que no estaba tutelada en la ley penal.
- c) Obtención indebida de bienes o servicios en transacciones comerciales con interacción personal: sobre este caso en particular, al existir una interacción con el

dependiente de establecimiento existe la posibilidad que se configuren los elementos típicos de la estafa, esto en los supuestos que el vendedor tiene que verificar la identidad de quien utiliza la tarjeta; sin embargo, lo que sería improbable es acreditar un engaño y un error en los casos que el establecimiento no tenga el deber de verificar ni la identidad ni la titularidad de quien presenta la tarjeta para el pago. Asimismo, en cuanto al delito de hurto no sería aplicable, ya que no existe una apropiación, pues al tratarse de una compra de bienes, estos obedecen a la entrega hecha por el dependiente.

En análisis con lo anterior, Hernández en su investigación concluye que la protección que podían brindar los delitos de hurto y estafa en las conductas que implicaran un uso indebido de tarjetas, era incompleto por cuanto algunos supuestos incluso no encuadraban dentro de los elementos típicos de esos delitos, como lo son la obtención de servicios en aparatos automáticos o los casos obtención de bienes o servicios en transacciones comerciales con interacción personal donde no se tuviera la obligación de verificar ni la identidad ni la titularidad de quien presenta la tarjeta para el pago, razón por la cual era necesaria una intervención legislativa, como lo fue la ley la Ley N° 20.009, para aumentar el nivel de protección en los supuestos donde se utilicen de manera indebida tarjetas de crédito o débito ya sea falsificadas o sustraídas.

En este mismo tema Gómez (2010) en su investigación sobre el tratamiento jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, Ley 20.009, estableció que en cuanto al derecho comparado existen dos tipos de intervención legislativa en el delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, uno que no reconoce la relevancia conceptual propia al objeto “tarjeta”, sino que equipara su uso fraudulento a otras conductas típicas como son el caso del el Derecho Penal Alemán y el Español; asimismo, existe un segundo modelo que sí hace referencia a la “tarjeta” como al objeto y en ese sentido describe las conductas respecto a esta, como lo son, el caso de Estados Unidos e Italia, por cuanto en el caso particular de este segundo modelo, parece ser más respetuosa del principio de legalidad, pues tipifica de manera directa los casos en los cuales se haga un uso fraudulento de tarjeta, ya que no existe la necesidad de realizar interpretaciones para delimitar los casos que pueden ser objeto de una sanción penal.

Otro estudio importante para este trabajo es la investigación realizada por Rojas (2016) en la cual realizó un análisis de la penalización del cibercrimen en países de habla hispana, desde la perspectiva de la legislación penal vigente y existente en cada uno de los países analizados en el convenio de la ciberdelincuencia de Budapest. El mismo autor estableció la necesidad de su investigación en las constantes modificaciones que existen las leyes penales de los distintos países, por motivo de que esta materia debe adaptarse a las realidades brindadas por las tecnologías de la información. De esta investigación se puede extraer que, de los 20 países de habla hispana analizados, únicamente Chile, Paraguay y Venezuela establecen tipos penales en los cuales se han tipificado conductas relacionadas al uso indebido de tarjetas.

Asimismo, Jabato (2013) en su artículo “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, establece que la difusión del uso de las tarjetas de crédito y débito ha generado la comisión de delitos y específicamente fraudes al utilizarlas, ya sea en los pagos realizados en comercios, a través de redes telemáticas y al extraer dinero de cajeros automáticos; es así como estas acciones requieren respuesta del Derecho Penal con el fin de tutelar derechos.

Siendo así, en los casos en que los pagos sean realizados mediante la presentación de tarjetas en comercios, en los cuales los sujetos activos pagan bienes y servicios haciendo creer a los comerciantes que son titulares de tarjeta. Es así como en España, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria establecían que dicha conducta configuraba un delito de estafa; sin embargo, en el año 2010 una reforma legal del Código Penal Español estableció un nuevo tipo de estafa que tipifica “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”; por ello, al existir esta conducta se dejó de aplicar el tipo penal de estafa tradicional.

Asimismo, en los casos donde se realizan a distancia con tarjetas (no presenciales) como lo es el caso de los pagos realizados en internet, utilizando indebidamente los datos de una tarjeta ajena, entre otros, eran tipificados como estafas informáticas o electrónicas, lo que presentaba un problema en aplicación al principio de legalidad, pues la simple inclusión del uso no autorizado no necesariamente lleva consigo una “manipulación informática”. Esta fue una de las motivaciones a la reforma penal del año 2010. Finalmente, en los casos del uso abusivo de tarjetas en cajeros automáticos, antes de la reforma 5/2010 del Código Penal español, la jurisprudencia mayoritaria era del criterio que configuraba un delito de robo con fuerza en las

cosas por uso de llave falsa; no obstante, una parte de la doctrina discrepaba de ese análisis porque se consideraba que no se podía equiparar las tarjetas de crédito y débito a las “llaves falsas”, por cuanto al ser esta conducta una acción defraudatoria debía subsumirse dentro del tipo penal de estafa informática.

En esa misma línea, Rodríguez (2020), realizó una investigación dentro del contexto del derecho penal español denominada, *Una aproximación al delito de estafa en sus modalidades clásica e informática*. Dentro del texto analizó el delito de estafa clásico, así como el tipo penal de estafa informática, este surgió a partir de la necesidad de redefinir la estafa debido a la influencia de la tecnología informática. El autor determinó, como parte de sus conclusiones, que el delito de estafa regulado en el Código Penal Español tiene como elementos el engaño idóneo para convencer a la víctima; el error en el que se induce, motiva una disposición patrimonial; mientras que la informática establece una como elementos del tipo la “manipulación informática” y “artificio semejante”, el cual se podría entender como cualquier acción a través de la introducción de datos para generar un perjuicio económico. Por ello es una acción presente en los casos en que se den manipulaciones directas sobre sistemas, tales como el uso en cajeros de tarjetas de crédito sustraídas a sus legítimos titulares. Esta acción, antes de promulgación del tipo penal de estafa informática, se consideraba robo con fuerza en las cosas.

Aunado a lo anterior Javato (2008) en su recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín denominado, *Sobre: Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*”; indica cómo el autor aborda las implicaciones jurídico-penales del uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago, ya sea para pago en comercios, por internet o en cajeros automáticos y de las dificultades de estas conductas para encuadrar en los tipos penales de estafa convencional, estafa electrónica y robo con fuerza en las cosas.

Siendo así, en el caso particular fraudulento de medios electrónicos de pago que impliquen una presencia física del cliente y comerciante o al menos un contacto personal; le dan los elementos configurativos del delito de estafa clásica que estafa convencional, pues el sujeto activo finge ser titular de una tarjeta de débito o crédito y así logra la entrega de bienes o la prestación de algún servicio, utilizando una falsa apariencia frente al comerciante o empleado. Asimismo, con respecto a los hechos ilícitos realizados con medios de pago en redes de

telecomunicaciones, se llegó a la conclusión que es un delito de estafa electrónica; mientras que la utilización abusiva de tarjetas ajenas en cajeros automáticos, si bien la jurisprudencia española ha referido que dicha conducta encuadra en el delito de robo con fuerza en las cosas y, haciendo una interpretación extensiva sobre la llave falsa, considera el autor que en la actualidad en los cajeros automáticos no solo se puede retirar dinero, sino también realizar otras operaciones como transferencia de fondos, pago de servicios, lo cual hace necesario la creación de un tipo penal específico, que se adecue a tales comportamientos.

Por su parte Rico (2013) en su investigación, *Los desafíos del derecho penal frente a los delitos informáticos y otras conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos*; estableció cómo los avances de la información han facilitado conductas fraudulentas relacionadas con la utilización de medios electrónicos de pago, así como la dificultad de establecer dichos supuestos en los tipos penales tradicionales. Siendo así, en los casos en que se deriven conductas de la utilización del instrumento de pago, para la mayoría de estos supuestos se configura el delito de estafa; sin embargo, no en todos los supuestos se desprenden los elementos de engaño, error y disposición patrimonial. En algunos casos, la jurisprudencia española determinó que ante la falta de comprobación de identidad por parte dependiente, se produce la carencia de elementos engaño y por ende no se configura el delito de estafa. Asimismo, en el año 1995 en España se creó el delito de estafa informática; sin embargo, los supuestos establecidos en la norma impiden encuadrar la utilización indebida de medios de pago en ese delito. Finalmente, la solución a este problema se dio en el año 2010, al tipificar como delito la estafa sobre tarjetas y otros instrumentos de pago.

A manera de síntesis, la búsqueda de antecedentes logró evidenciar en el contexto internacional, la existencia de iniciativas que indagaron sobre el tema de uso indebido de tarjetas de débito y crédito analizado como conducta objeto del derecho penal; además, se ha resaltado el problema que ha existido en adecuar dichas conductas a los tipos penales tradicionales e incluso en tipos penales “novedosos” como la estafa informática, donde no se realizan ninguno de los supuestos de hecho establecidos en los elementos típicos. Asimismo, se evidenció la carencia de investigaciones a nivel nacional, sobre el uso indebido de tarjetas de débito y crédito en el contexto del derecho penal costarricense; por esta razón, fue fundamental haber realizado un análisis de dicha problemática a la luz de Principio de Legalidad, para determinar si es violatorio

del mismo encuadrar dichas conductas a tipos penales establecidos en el código penal, ante la carencia de delitos específicos.

Ahora bien, fue importante resaltar que, si bien en Costa Rica no existe una normativa vigente, que sancione específicamente el uso indebido de tarjetas; en el mes de diciembre del año 2018, diputados del Partido Unidad Social Cristiana presentaron a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley denominado “Ley para Combatir la Ciberdelincuencia”, bajo el expediente número 21.187. Este nació por la necesidad que tiene el país de fortalecer la lucha contra la ciberdelincuencia, un tipo de criminalidad para el cual nuestra normativa no se encuentra preparada.

En el proyecto de ley en mención, a solicitud del Ministerio Público, se incorpora el delito de Compras ilícitas mediante tarjetas, el cual reformaría el Código Penal y agrega el numeral 217 ter que establece: “Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años de prisión a quien adquiera bienes o servicios, a través del uso de una tarjeta de crédito o de débito no expedida en su favor, o mediante el uso de otro medio de pago electrónico, sin la autorización del titular”.

Por otra parte, se establece una modificación al numeral 209 del Código Penal; estableciendo en el hurto agravado un nuevo agravante, mediante el inciso 8) que refiere:

Si se hiciera a través de la vulneración de sistemas de autenticación o mediante el uso de claves de acceso, tarjetas magnéticas, electrónicas, llaves inalámbricas o dispositivos similares, chips, brindados por las nuevas tecnologías, incluyendo tarjetas bancarias de crédito, débito, firmas electrónicas, certificados digitales o de cualquier otra índole, que hubieren sido sustraídos, hallados, vulnerados, clonados, retenidos, copiados o reproducidos por cualquier medio.

Es así como se evidenció que, si bien en el contexto nacional, a pesar de falta de investigaciones de referentes al uso indebido de tarjetas de débito y crédito analizadas desde derecho penal costarricense, aunado a que no existe normativa específica; este es un tema relevante, por cuanto las necesidades actuales en torno a las nuevas formas de criminalidad por medios digitales avanzan de la mano con la tecnología y, por ende, la necesidad de plantear reformas legislativas como lo es el caso de la “Ley para Combatir la Ciberdelincuencia”, ya que

las acciones delictivas existen, mas no tipos penales específicos, por lo cual se hace imperioso determinar si adecuar estas conductas a tipos penales vigentes violentan el principio de legalidad, establecido desde la Constitución Política.

Proyecciones

A partir del problema que se ha tenido en este país, en cuanto a los criterios de tipificación de las conductas delictivas que implican un uso indebido de tarjetas de crédito y débito y tomando en cuenta la problemática al tipificar el uso indebido de estas tarjetas en transacciones de pago rápido; para dar respuesta a la presente investigación, se establecieron como proyecciones las siguientes:

- Se establecieron los principales usos que se le dan a las tarjetas de crédito y débito en la actualidad.
- Se determinaron las acciones delictivas más frecuentes relacionadas con el uso indebido de tarjetas.
- Se evidenció la problemática que ha existido en nuestro país en torno a los distintos criterios de tipificación de los hechos ilícitos relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito
- Se realizó un análisis del uso indebido de tarjetas de crédito y débito para las transacciones de pago rápido en establecimientos comerciales, y su tipificación en el derecho penal costarricense.
- Se conoció normativa comparada en cuanto a delitos específicos para el uso indebido de tarjetas de crédito y débito que tienen otros países.
- Se determinó que la aplicación del delito de estafa informática cuando se hace un uso indebido de tarjetas de crédito y débito en las transacciones de pago rápido, no violenta de manera de forma grosera el principio de legalidad; sin embargo, se evidenció que no es el tipo penal adecuado para esta conducta, por ello se propuso la creación de un tipo penal idóneo.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Este capítulo incluye los fundamentos teóricos que sirvieron como guía para el presente trabajo de investigación, lo cual permitió definir qué se debe comprender por tarjetas de crédito y débito, el uso indebido de estas tarjetas, cuáles son los tipos penales que se utilizan en Costa Rica para encuadrar el uso indebido de estas, así como su tipificación en otros países y el principio de legalidad como garantía en el proceso penal.

Tarjetas de crédito y débito. Aspectos generales y usos

Breve Reseña Histórica

Para iniciar el estudio y análisis del presente trabajo de investigación, es importante para un mejor manejo y comprensión de los fundamentos teóricos, realizar un breve análisis histórico desde los antecedentes y evolución de las tarjetas de débito y crédito, para ello se utilizó como referencia el trabajo de investigación de Gómez (2012).

Para arribar a los tipos de pago electrónico como lo son las tarjetas de débito y crédito, es necesario retroceder en el tiempo desde los orígenes del dinero como medio de pago. El ser humano desde la antigüedad para satisfacer sus necesidades, buscó la manera de intercambiar bienes, lo que se conoce como “trueque”, el cual consistía principalmente en cambio de alimentos, unos ejemplos de ello eran los siguientes; en la India se utilizaban las almendras, en Guatemala el maíz, pueblos de Filipinas, Japón, Birmania y regiones del sudeste de Asia utilizaban principalmente arroz, en incluso utilizaban como intercambio animales vivos, conchas, piedras, entre otros.

Con el paso del tiempo, al descubrirse otros materiales como el metal, entre ellos el oro y la plata, la utilización de alimentos, como medios de pago, fue disminuyendo, pues el metal no era consumible, no desaparecía, era mucho más duradero y principalmente podía dividirse en piezas más pequeñas, para equipararse con el bien que se pretendía adquirir.

La utilización de monedas como medio de pago, se remonta al Reino de Lidia, imperio que se ubicó en lo que hoy son las provincias Izmir y Manisa en Turquía, entre los años 1300 a. C. 546

a.C. Esta población fabricó monedas de peso y tamaño estándar, sobre las cuales imprimieron insignias que representaban su valor y, con estas, intercambiaban bienes, incluso se comenzaron a utilizar para retribuir servicios laborales, tuvo impacto en comerciantes y mercaderes, quienes con el paso del tiempo lograron adquirir riquezas y con ello influencia y poder.

Con el paso de los años, durante la Edad Media, en la época de Las Cruzadas (1095 a 1291), se creó la primera institución bancaria surgida entre la orden militar de los caballeros templarios; esto por la necesidad de transferir la recaudación de sus feudos en Europa a su cuartel general en Jerusalén, por lo cual crearon un sistema de transporte a través del Mediterráneo y en las rutas a Oriente y es a partir de esto que comenzaron a realizar labores de transportistas, depositarios, administradores de fondos de órdenes religiosas y laicas para financiar Las Cruzadas, prestamistas de reyes y caballeros, lo cual se mantuvo hasta la desaparición de estos caballeros a principios del siglo XIV.

Posterior a ello, en Italia, algunas familias establecieron de manera privada, un sistema bancario por medio de las cuales otorgaban créditos sin importar etnia, cultura, religión o nacionalidad; esto provocó que dicho sistema bancario se expandiera por toda Europa y fue lo que generó la creación de bancos nacionales y con ello papel moneda emitido por los mismos, lo cual servía únicamente como unidad de cuenta.

De esta manera, es en el año 1777 que Estados Unidos fue el primer gobierno en crear papel moneda, a dichos billetes se les denominó “Notas del Tesoro”, los cuales se devaluaron rápidamente, por esto en el año 1787 se creó el dólar y con ello el papel moneda pasó a ser el nuevo medio para adquirir bienes. De esta manera se desplazó el intercambio de alimentos, animales, metales, entre otros, como medios de pago. Es así como los distintos gobiernos comenzaron a producir papel moneda, el cual era respaldado de manera proporcional a sus reservas de oro y plata.

Esta dinámica bancaria generó que el dinero evolucionara, primero con la invención de los cajeros automáticos en 1971 y luego, con ello la aparición de dinero electrónico en 1972. El Banco de la Reserva Federal de San Francisco, Estados Unidos, creó la primer red para realizar transferencias bancarias entre su casa matriz y sus filiales; dicha red por su éxito, se expandió hacia otros bancos y entes financieros, incluso se amplió para cancelar pagos de pensión, seguridad social, planillas, impuestos, entre otros, y a pesar de que en sus inicios el dinero

electrónico pasaba de banco a banco con información grabada en bandas magnéticas, con posterioridad con el desarrollo de la telemática, se logró que el dinero viaje de forma instantánea por vía telefónica incluso entre distintos países.

Como consecuencia de lo anterior, las tarjetas de crédito se convirtieron en dinero electrónico, se les incorporó una banda magnética con datos confidenciales del dueño, los cuales eran leídos por el cajero automático y a partir de ello, se podían realizar diferentes transacciones. Estas tarjetas cuyos orígenes se remontan en Estados Unidos, en gasolineras fue una idea adquirida por cadenas de almacenes y es a partir del año 1950 que la compañía de tarjetas Diner's Club creó la primer tarjeta de crédito, la cual fue confeccionada a base de cartón y comenzó a ser utilizada en restaurantes y luego en hoteles; posteriormente, surgieron empresas que se dedicaban a administrar tarjetas de crédito y las comenzaron a emitir a base de plástico y, al ser algo novedoso, los bancos comenzaron a crear sus tarjetas de crédito. El primer banco en introducirlas al mercado fue el Bank of America en el año 1958, esta tarjeta se denominó BankAmericar la cual en 1977 cambió su nombre a "Visa"; en sus inicios el funcionamiento de esta tarjeta consistía en que el vendedor de producto que se pretendía adquirir llamaba por teléfono a la oficina del banco quien verificaba y autorizaba el crédito.

De esta manera, a partir del año 1974, distintos comercios comenzaron a adquirir dispositivos que podían leer las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito y registrar el pago a la cuenta bancaria del comercio; de esta manera, las tarjetas comienzan a ser utilizadas como medio tecnológico y digital de pago. Esto motivó a que las empresas de tarjetas de crédito crearan el débito electrónico y con ello las tarjetas de débito, las cuales fueron emitidas por los bancos a favor de sus clientes; por medio del uso de banda magnética, al igual que las tarjetas de crédito, podían ser utilizadas en distintos comercios y el dinero era debitado de la cuenta de ahorros del cliente, así como hacer retiros de efectivo en cajeros automáticos y, de esta forma, aparece el efectivo virtual en forma de dinero electrónico.

Es así como esta breve reseña histórica de los antecedentes y evolución de las tarjetas de débito y crédito permiten comprender cómo es que estas se expandieron y son utilizadas en casi todo el mundo, y Costa Rica no es la excepción, pues corresponden a los principales medios utilizados en la actualidad para realizar transacciones comerciales.

Definición de Tarjetas de crédito y débito.

Una vez analizados de manera breve los antecedentes y evolución de las tarjetas de débito y crédito, se hace necesario dar una aproximación conceptual de las mismas, pues si bien estas tienen una similitud física en cuanto forma, material, y pueden tener usos similares; lo cierto es que tienen efectos y obligaciones muy distintas.

En relación con la distinción entre ambas tarjetas Escárate (2015) en su investigación, *Análisis del Delito de Uso Fraudulento de Tarjeta de Crédito o Débito Contenido en La Ley 20.009*; refirió que la tarjeta de débito está ligada a una cuenta bancaria, por ello cada uso que su dueño le dé, ya sea para pagar servicios o retiro de dinero, de manera automática, descuenta dicho monto de esa cuenta bancaria, la cual necesariamente debe contar con saldo, porque sin este, no es posible realizar compra alguna o pago de servicio. A diferencia de la tarjeta de débito, la tarjeta de crédito, como su nombre lo infiere, necesariamente debe contar con un crédito asociado, este siempre debe existir, y con ellas es posible realizar pago de bienes y servicios, incluso algunas permiten el retiro de dinero en cajeros automáticos, de tal manera que, aunque el cliente no cuente con liquidez, siempre y cuando no haya sobrepasado el límite de su crédito, podrá utilizarla.

En ese mismo sentido Gómez (2012) refirió que la tarjeta de débito:

(...) se procede a definir como aquella que al realizar una operación financiera genera un cargo directo por el importe de la operación en la cuenta corriente del cliente, claro está, el usuario debe contar de previo con una cuenta corriente en el banco que emite la tarjeta. De aquí se destaca que la diferencia fundamental entre la tarjeta de débito y la de crédito va a consistir en que en las primeras el pago es extraído en el acto de la cuenta corriente del propietario de la tarjeta de débito, como si se tratara de un cheque, así no se estaría "pidiendo" un crédito que más tarde se debería pagar junto con un interés, es decir, el usuario no recibe crédito, sino que el valor de cada compra se le descuenta automáticamente de su cuenta bancaria, del dinero que en realidad posee y del cual puede disponer y no es solo una expectativa (p.38)

Asimismo, el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, número 35867-MEIC, aprobado el 24 de marzo del 2010 por el Presidente de la República y el Ministro de Economía,

Industria y Comercio de Costa Rica, en su numeral 2, establece definiciones dentro de las cuales denomina como tarjetahabiente a la persona usuaria de una tarjeta de crédito o débito y las define de la siguiente manera:

Tarjeta de crédito: instrumento financiero que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, que acredita una relación contractual previa entre el emisor y el tarjetahabiente por el otorgamiento de un crédito revolutivo a favor del segundo, para comprar bienes, servicios, pagar sumas líquidas y obtener dinero en efectivo.

Tarjeta de débito: instrumento financiero que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, que se utiliza como medio de pago por las compras de bienes y servicios, cuyo cargo se hace de manera automática e instantánea contra los fondos que el tarjetahabiente disponga en una cuenta corriente o de ahorro en una entidad financiera. Permite además realizar retiros y otras transacciones en cajeros automáticos.

Es así como de las anteriores definiciones es posible establecer que las tarjetas de crédito o débito tienen una naturaleza distinta, pues las primeras se encuentran ligadas a una cuenta de crédito autorizado por la entidad que la otorgó, pudiendo ser esta bancaria o comercial de cualquier otro tipo, mientras que las tarjetas de débito se encuentran vinculadas a una cuenta bancaria del cliente de manera tal al hacer uso de la misma, el costo por el bien o servicio adquirido se debita de manera inmediata de esta cuenta; dicho de otra forma es un medio para utilizar el dinero que se tiene como activo en una cuenta bancaria; sin embargo, a pesar de sus distinciones, tanto a las tarjetas de débito como a las de crédito se le puede dar los mismos usos, sea como medio de pago al realizar compras en establecimientos comerciales, para adquirir bienes o pagar servicios mediante el uso de plataformas electrónicas y el uso de internet, e incluso para hacer retiros de efectivo en cajeros automáticos.

Formas de uso de las tarjetas de crédito y débito.

Las tarjetas electrónicas, ya sean de crédito o débito en términos generales son instrumentos que sirven como medios de pago en sustitución del dinero físico o papel moneda, ya que en la actualidad son aceptadas en la mayoría de comercios; es decir, permiten a su titular realizar operaciones mercantiles, sin la necesidad de portar dinero en efectivo.

En ese sentido, Romero (2010) refirió que las tarjetas sirven como un medio de pago documental en las operaciones que tienen trascendencia económica, asimismo, responden a una necesidad de la sociedad, por cuanto con el paso de los años las personas vieron el menester de contar con un instrumento que supliera la utilización de dinero en efectivo en las transacciones de índole comercial, generadas por el consumo de pequeña y mediana cuantía.

Es así como para las diferentes transacciones comerciales, es posible utilizar tarjetas de débito o crédito de distintas formas, ya sea en un cajero automático, para adquirir bienes y pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso de internet, además, para realizar compras y pagos en establecimientos comerciales.

En el caso que las tarjetas electrónicas sean utilizadas en cajeros automáticos para realizar retiros de dinero en efectivo, utilizando para ello por medio de un PIN (*Personal Identification Number*), tomando en cuenta que, en el caso de las tarjetas de débito, se debe tener dinero disponible en la cuenta bancaria y, en el caso de las tarjetas de crédito, se debe contar con autorización del emisor, para ello y se tendrá como máximo un determinado monto, previamente autorizado. Sobre el particular, Colorado, Mendoza y Turios (2012) refirieron:

Los cajeros automáticos más que considerarse un sustituto del personal bancario, es un complemento que permite un servicio ágil, despojando al personal de la realización de operaciones que requieren poca agilidad mental y enfocarlos en aquellas actividades que requieren más análisis como consejería y operaciones bancarias complejas (p.50).

Asimismo, estas tarjetas pueden ser utilizadas para adquirir bienes y pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso de internet. Esta posibilidad actualmente ha tenido un gran auge, por cuanto cualquier persona tiene acceso al internet y con ello las posibilidad de comprar productos o pagar servicios de una manera muy ágil, rápida, a cualquier parte del mundo, en cualquier momento y el producto que sea, siempre y cuando se posea una tarjeta de débito con los fondos suficientes o con una tarjeta de crédito con el límite necesario para la compra; para ello en la mayoría de los casos se debe digitar el número de tarjeta, y otros datos que se observan en esta, y así se adquiere el producto de una manera muy simple para que este luego sea enviado a la dirección indicada por el cliente.

Además, las tarjetas de crédito o débito son utilizadas para realizar compras en establecimientos comerciales, para ello los comercios deben contar con una terminal de punto de venta (POS); esta según el reglamento del sistema de pagos del Banco Central de Costa Rica, es electrónica y fue diseñada para autenticar al cliente, captura los datos de dispositivos de pago como las tarjetas de crédito o débito en las transacciones que se realicen, y debita la cantidad de dinero de las cuentas del cliente y las traspasa a las cuentas del comercio. Sobre este tema Colorado, Mendoza y Turios (2012) indicaron:

Se trata de un aparato utilizado por casi todos los negocios que aceptan pagos con tarjeta de crédito, de aproximadamente 20 centímetros de largo y 5 de ancho, con un dispositivo que lee la banda magnética de la tarjeta de crédito con el objetivo de enviar los datos necesarios para la transferencia electrónica de montos de dinero, desde la cuenta de apertura de crédito del tarjetahabiente a la cuenta del negocio afiliado; a continuación, dependiendo del modelo, imprime sobre un papel especial el registro de los datos correspondientes. (p.38).

De esta manera, utilizando esta terminal de punto de venta conocida también como datafono, se pueden utilizar tarjetas electrónicas como medios de pago en establecimientos comerciales de una manera muy ágil y rápida.

El uso de tarjetas de crédito y débito como instrumento de pago en las transacciones de pago rápido.

Una vez analizadas las distintas formas en que pueden ser utilizadas de tarjetas de crédito y débito, dígame en cajeros automáticos, por medio de plataformas digitales y el uso de internet y en establecimientos comerciales, fue necesario desarrollar qué se debe entender como transacciones de pago rápido.

En este sentido, para arribar a una denominación conceptual sobre las transacciones de pago rápido en establecimientos comerciales de acuerdo con reglamento del sistema de pagos del Banco Central de Costa Rica (2018), se puede establecer que son todas aquellas transacciones realizadas con un dispositivo de pago presente como lo son las tarjetas de crédito y débito que dispongan de una tecnología EMV (*Europay MasterCard VISA*); es decir, con el estándar de interoperabilidad (capacidad de intercambiar información), entre las tarjetas y los terminales de

puntos de venta (POS) por montos que no superen los treinta mil colones y, a partir de ello, no será requerido al cliente la comprobación de su identidad para que la transacción sea autorizada.

De esta manera en las transacciones de pago rápido al no requerir la identificación del cliente, por parte del comercio no se le debe solicitar documento de identificación alguno ni la firma del comprobante de pago y menos solicitarle que digite el PIN del dispositivo de pago, ni cualquier otro elemento de autenticación.

Es importante que esta modalidad de pago rápido establecido en este país a partir del 21 de abril del 2020, surgió como una de las medidas ante la pandemia, para disminuir el riesgo de contagio del virus Covid 19; para ello, la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica valoró que para esa fecha casi un 95% del total de las tarjetas de débito y crédito y más de un 90% de los datafonos (POS) disponían de la tecnología *contactless* (pago sin contacto), únicamente con acercar el dispositivo de pago a una distancia de dos centímetros del POS; aunado a esto, el 80% de las transacciones de pago con tarjetas en comercios, es inferior a 30 mil colones, por lo cual al establecer este monto como parámetro para las transacciones de pago rápido, se evitaría el contacto físico entre cliente y dependiente del comercio.

Otras formas de pago electrónico.

Si bien la presente investigación se enfocó en analizar y definir las tarjetas de débito y crédito como instrumentos de pago electrónico, por ser los más comunes, lo cierto del caso es que no son los únicos dispositivos creados para tal fin, pues con el avance de la tecnología cada vez se inventan más y más medios de pago, con el fin de facilitar las necesidades de un mercado que se debe adecuar a los avances tecnológicos.

El Reglamento del Sistema de Pagos del Banco Central de Costa Rica en su libro XXXVI, regula las infraestructuras del mercado financiero referente a pagos con dispositivos electrónicos, hace referencia no solo a tarjetas de débito y crédito, sino también a otro tipo de instrumentos como “tarjetas prepago (...); calcomanías y llaveros; accesorios personales como: relojes de pulsera, brazaletes y anillos; dispositivos móviles como: tabletas y teléfonos inteligentes, o cualquier otro tipo de dispositivo emitido o habilitado por una entidad financiera o empresa

comercial bajo una marca local o internacional, con las tecnologías de chip criptográfico (EMV) y pago sin contacto para su utilización como instrumento de pago” (art. 454).

De esta manera, los dispositivos de pago electrónico anteriormente citados, al igual que las tarjetas de débito y crédito se encuentran ligadas a cuentas bancarias de su titular, por lo cual, en sentido general, funcionan de la misma manera que las tarjetas bancarias; es decir, como medio de pago presente, pero dan beneficios distintos como facilidad de transporte, comodidad y están adecuados a ciertas necesidades. En ese sentido, puede ser utilizado cualquier tipo de dispositivo que sea emitido por una entidad financiera o empresa comercial siempre y cuando cuenten con tecnología EMV (*Europay MasterCard VISA*), para que con ese estándar de interoperabilidad tenga la capacidad de intercambiar información, con los datáfonos o terminales de puntos de venta (POS) que cuenten con tecnología de identificación por radiofrecuencia; es decir, capaz de transmitir información por medio de ondas de radio, al igual que la señal de un televisor, celular, conexión de internet inalámbrica, entre otros.

Dicho lo anterior, es posible indicar que no existe una cantidad o tipo de instrumentos de pago establecida, ya que básicamente a cualquier objeto al cual se le pueda incorporar la tecnología EMV, para ligarlo a una cuenta bancaria ya sea de débito o de crédito y pueda intercambiar información con los datáfonos, con un tamaño, material y diseño adecuado a las necesidades de determinada persona o población, ajustados a los avances de la tecnología para cumplir su fin; puede cumplir como dispositivo de pago electrónico.

Uso Indevido de tarjetas de crédito y débito

Definición de uso indebido.

En este apartado se determinaron las conductas que constituyen el uso indebido de tarjetas ya sea de crédito o de débito, asimismo, se estableció de manera general que dichas tarjetas electrónicas son instrumentos que en sustitución del dinero, sirven como medios de pago, claro está, por las personas titulares; bajo esta dinámica, el debido uso de tarjetas de crédito y débito o cualquier otro medio de pago electrónico es aquel realizado por su titular.

Siendo así, contrario a lo anterior, se define como uso indebido de tarjetas de crédito y débito, a la utilización de estas por parte de una tercera persona, sin contar con el consentimiento

ni el conocimiento de su titular y por ende constituye una forma ilegítima de utilizar dichos instrumentos; igualmente, debe dejarse en claro que existen múltiples usos indebidos que se les pueda dar a este tipo de tarjetas, pero para los efectos del presente trabajo de investigación, se entenderá como “uso indebido” lo expuesto líneas atrás.

En esta misma línea, Colorado, Mendoza y Turios (2012) refirieron que existen muchos usos indebidos que se les puede dar a las tarjetas, no solo como medios de pago, porque existen otros usos que pueden ser contrarias a las normas de la tarjeta, pero no son punibles penalmente, pero existe un uso indebido delictivo en el cual el agente con su actuación, sí incurre en un delito penal.

De manera tal, como acto anterior al uso indebido de tarjetas de crédito y débito, una persona distinta a la titular debe adquirir dicha tarjeta, lo cual puede ocurrir por distintas formas ya sea de alguna forma lícita, como custodia, seguridad, transporte; o de una forma ilícita, como sería sustrayéndola, por medio de engaño, o encontrándola y apropiándose de ella, lo cual para los efectos del presente estudio no fue de relevancia, pues interesa que en el momento en el cual esta persona decide utilizar esta tarjeta ajena sin contar con la utilización de su titular, realiza una conducta inapropiada, pues dispone de manera indebida del patrimonio ajeno y, por ende, constituye una afectación contra el bien jurídico patrimonio, el cual debe ser protegido por el derecho penal.

Formas de uso indebido de tarjetas de crédito y débito.

De manera previa se estableció que para diferentes transacciones comerciales, ya sea en un cajero automático, por medio de plataformas digitales y el uso de internet, o en establecimientos comerciales; es posible utilizar tarjetas de débito o crédito, y cuando estas sean utilizadas por terceras personas sin el consentimiento de su titular, ello constituya un uso indebido de estas.

En cajero automático.

Este supuesto ocurre cuando una persona distinta al titular de una tarjeta de débito o de crédito la utiliza en un cajero automático, con el fin de realizar retiros de dinero en efectivo, y para ello esta persona con anterioridad, además de contar con la tarjeta electrónica, también de alguna forma se impuso su PIN (*Personal Identification Number*), el cual procede a digitar en el cajero automático y, a partir de ello, retirar determinada suma de dinero en efectivo.

Por medio de plataformas electrónicas y el uso de internet.

Esta acción se comete cuando el sujeto activo, se ha impuesto por algún medio de los datos de la tarjeta de débito a crédito y, utilizando estos datos en plataformas digitales mediante internet e ingresando los números de tarjeta y otros datos visibles en la misma, realice la transacción de compra de bien o pago de servicio, mediante lo cual se debita el monto correspondiente de la cuenta bancaria o de la tarjeta de crédito, según corresponda, ello sin contar con autorización de su titular. Debe tenerse claro que al momento de materializar el pago, no es necesario contar con la tarjeta electrónica, sino únicamente con los datos de esta.

En establecimientos comerciales.

Este evento se da cuando el sujeto activo se apodera de una tarjeta de débito o crédito perteneciente a otra persona y, posteriormente, se presenta a un establecimiento comercial que cuente con una terminal electrónica de punto de venta (POS) y utilizando la tarjeta electrónica ajena, se autentica como cliente, con lo cual garantiza el pago de bienes y/o servicios; de esta manera, se debita cantidad de dinero de las cuentas del verdadero titular de la tarjeta, quien no ha autorizado tal transferencia y traspasa el dinero al comercio mediante un pago en tiempo real. En este supuesto, de alguna forma, la voluntad del sujeto activo es suplantar al titular de la tarjeta, pues en nombre de este y en su perjuicio, se realizan las transacciones comerciales de compra de bienes o pago de servicios.

Tipos penales de Costa Rica relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito

Tal y como se ha establecido, el uso de las tarjetas de débito y crédito ha traído distintas formas indebidas en su uso, por cuanto terceras personas las utilizan de forma ilegítima en perjuicio de sus titulares. Estas acciones lesionan el patrimonio ajeno, por consiguiente, han sido objeto de análisis del derecho penal. En términos generales, la administración de justicia ha resuelto que las distintas acciones, dígase utilizarlas en cajeros automáticos por medio de plataformas electrónicas y el uso de internet o en establecimientos comerciales, podrían configurar delitos de hurto, estafa o estafa informática, por lo cual se hizo necesario referirse de manera general a estos, así como a sus elementos típicos.

En este sentido, la teoría del delito es el instrumento que sirve para establecer si determinada acción configura o no un delito penal, es un estudio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; sin embargo, en la presente investigación interesa conocer el elemento objetivo de la tipicidad, sin entrar a analizar los demás elementos de la teoría del delito, porque únicamente es necesario conocer si las formas de uso indebido de tarjetas de crédito y débito, encuadran en los supuestos de hecho, establecidos por el legislador en los delitos mencionados.

El delito de Hurto.

Concepto y generalidades.

El delito de hurto establecido en el numeral 208 del Código Penal cuya redacción actual se encuentra vigente desde el 4 de marzo de 2009, fecha en que fue reformado por la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 refiere: “Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.”

Al respecto, se observa que el tipo penal en mención sanciona la conducta, sin establecer cuantía alguna, esto es así a partir de la reforma señalada mediante la ley N° 8720, pues tal y como fue referido por Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en la resolución número 01679 – 2015, en virtud al gran aumento de los hurtos menores (que no configuraban delito), por política criminal, el legislador con el fin de paliar esa problemática, optó por adecuar el tipo penal de hurto simple eliminado el valor de la cosa, para unificar y

establecer como delito todas aquellas conductas encaminadas a sustraer de forma ilegítima un bien total o parcialmente ajeno.

De esta manera, para que concurra el supuesto de hecho establecido por el legislador para que se configure el delito de hurto, el sujeto activo debe apoderarse de una cosa mueble que no le pertenece, sin voluntad del dueño; esto implica un desapoderamiento a su legítimo titular, por cuanto este hecho: “se consuma cuando se produce el «apoderamiento» del bien mueble ajeno, a su vez para determinar tal aspecto se ha utilizado el criterio de la «disponibilidad», entendiéndose que existe «apoderamiento» cuando el sujeto activo tiene «disponibilidad» de los bienes sustraídos” (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III Circuito Judicial de Alajuela San Ramón, Resolución N° 00056– 2013).

Asimismo, en relación con este tipo penal, el legislador estableció dentro del mismo Código Penal supuestos que agravan la conducta, al existir un mayor reproche (artículo 209), y también estableció circunstancias atenuantes que viene a disminuir tal reproche (artículos 210 y 2012). Por ser esto de interés para la presente investigación, se analizará únicamente el supuesto establecido en el inciso 3 del delito de hurto agravado el cual establece:

Artículo 209.- Hurto agravado- Se aplicará prisión de un año a tres años, si el valor de lo sustraído no excede de cinco veces el salario base (*), y de uno a diez años, si fuere superior a esa suma, en los siguientes casos:

- 1) Cuando el hurto fuere sobre cabezas de ganado mayor o menor, aves de corral, productos o elementos que se encuentren en uso para explotación agropecuaria.
- 2) Si fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado.
- 3) Si se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida. (la negrita no corresponde al original)
- 4) Si fuere de equipaje de viajeros, en cualquier clase de vehículos o en los estacionamientos o terminales de las empresas de transportes.
- 5) Si fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

6) Si fuere de cosas de valor científico, artístico, cultural, de seguridad o religioso, cuando, por el lugar en que se encuentren estén destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas, o librados a la confianza pública.

7) Si fuere cometido por dos o más personas.

Señalado lo anterior y haciendo referencia al inciso 3, es posible indicar que el delito de hurto agravado, bajo este supuesto, se da cuando el sujeto activo se apodera de manera ilegítima de bienes muebles ajenos, utilizando para ellos una llave falsa u otro instrumento semejante o la llave verdadera obtenida de manera ilegítima; es decir, sin la voluntad del dueño.

Elementos típicos.

Para que se configure un delito de hurto y específicamente en su modalidad, agravado, en el supuesto de utilizar llave verdadera obtenida de manera ilegítima; es necesario que se concurren los elementos objetivos del tipo penal establecidos por legislador a saber:

A). Apoderarse ilegítimamente: sobre este verbo rector el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José en la resolución 01297-2013 lo desarrolla refiriendo que es tener la posibilidad de realizar actos dispositivos sobre determinado bien, lo cual no sería posible si este está en poder de otra persona; es decir, tomar el bien en su poder para disponer libremente.

Es así como al existir apoderamiento de un bien, se logra tener disposición de este, lo que a su vez, lleva a desapoderamiento a quien anteriormente lo poseía y se le priva de su poder de disponer, siendo que este apoderamiento debe ser ilegítimo; es decir, contrario a la ley, o lo establecido en nuestra normativa civil, como lo son compra-venta, donación, sesión, préstamo, pues para cualquiera de esos medios de sesión, debe existir la voluntad de las partes por lo cual en el caso de un apoderamiento ilegítimo, no media la voluntad del dueño del bien.

B). Cosa Mueble: de manera sencilla, una cosa mueble es toda aquella que no está adherida a la tierra y por ende es fácil de transportar, de conformidad con los numerales 253 al 256 del Código Civil, son bienes muebles todos aquellos, a excepción de las tierras,

construcciones realizadas en estas, las plantas unidas a la tierra y los derechos reales sobre bienes inmuebles, de manera tal que lo que no se encuentra exceptuado es una cosa mueble.

C). Total o parcialmente ajena: se es propietario o poseedor de un bien cuando este es adquirido cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley; asimismo, un bien es ajeno cuando otra persona es quien posee un título que le faculta el dominio de la cosa, incluso de manera parcial, y por ende no se tiene la totalidad de disposición sobre el bien mueble.

D). Utilizar llave verdadera: sobre el particular refirió Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su resolución número 00763 – 2006 que: “Según la vigésima segunda edición del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre las acepciones del término llave, se contempla “instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra”. Define Cerradura como: “mecanismo de metal que se fija en puertas, tapas de cofres, arcas, cajones, etc., y sirve para cerrarlos por medio de uno o más pestillos que se hacen jugar con la llave; cierre”. Como definición de cierre, contempla “Aquello que sirve para cerrar”.

Según el criterio indicado, es posible dar un concepto a llave, estableciendo que puede ser todo aquel instrumento que abra y cierre los mecanismos dispuestos para cerrar determinado objeto y acceder a su contenido, como lo es por ejemplo una tarjeta bancaria para con un cajero automático.

Señalado lo anterior, para que una acción encuadre dentro de un delito de hurto agravado bajo la modalidad de utilización de llave, se debe tomar o sustraer un bien perteneciente a una tercera persona, sin contar con su voluntad, con ello se desapodera a su dueño de la disposición del bien para ejercer poder y disponer sobre este utilizando para ello llave a un instrumento similar, obtenido de manera ilegítima.

El delito de Estafa.

Concepto y generalidades.

Para arribar a una determinación conceptual del delito de estafa, en primer lugar, se hace necesario señalar que en Costa Rica se encuentra tutelado en el Código Penal, título VII Delitos Contra la Propiedad, sección IV, Estafas y Otras Defraudaciones, numeral 216 el cual refiere:

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

1.-Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base (*).

2.-Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público.

Al analizar el tipo penal, mencionado líneas atrás, es posible establecer que el delito de estafa se comete, cuando una persona induce o mantiene a otra persona en engaño, ya sea simulando o deformando hechos y de esta manera obtiene un beneficio patrimonial antijurídico que, a la vez, conlleva una lesión al patrimonio ajeno.

Es ese sentido, Quesada (2011) refirió que: “se puede definir estafa como la figura delictiva donde el autor causa un daño de carácter patrimonial, pues éste realiza un engaño que induce a error a la víctima para que disponga de un bien y lo remueva del patrimonio afectado.” (p.14). Asimismo, este autor refiere que, aunque doctrinariamente se pueden encontrar varios intentos de definiciones, en dichos conceptos se encuentran elementos en común, que son necesarios para cualquier estafa, como lo son el perjuicio patrimonial ya sea para sí o para un

tercero, realizado por una disposición motivada en un error, provocado por el ardid o engaño del sujeto activo.

En ese mismo sentido, Colorado, Mendoza y Turios (2012) establecieron que el delito de estafa se configura al obtener un provecho injusto en perjuicio de otra persona, cuyo medio utilizado para obtener el fin fue el ardid o engaño, por medio del cual se aparentó buena fe, siendo que el provecho injusto y el perjuicio patrimonial, existen cuando se da el desprendimiento patrimonial basando en el elemento esencial de la estafa, es decir, el ardid, o acto contrario a la verdad, el cual debe de ser suficiente para causar el fin buscado.

Por su parte Mayer (2014) expone que el delito de estafa se basa en una intención de comunicación entre dos personas en la que necesariamente se debe producir un intercambio de información y es esta la que motiva la disposición patrimonial; acá además de la acción cometida por el sujeto activo, también para su consumación, el sujeto pasivo recibe la información engañosa y la interpreta como verdadera. De esta manera, el engaño es el primero de los elementos de la estafa, seguido de los demás, dígase error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial.

Ahora bien, es claro que la comisión de una estafa conlleva a un delito penal, por cuanto afecta un bien jurídico, ya que se afecta el patrimonio y por ende el bien jurídico de propiedad, de manera que esta lesión al bien jurídico es realizada por una acción del sujeto pasivo, quien actuó inducido en engaño; por ello la doctrina lo establece como un delito de autolesión, incluso para los casos en que existe una estafa triangular; es decir, la persona perjudicada es un tercero distinto a la persona engañada, pues la disposición en patrimonial fue consecuencia del engaño del sujeto activo.

En relación con este delito, la Sala Tercera de la Corte en su resolución número 01219 de las nueve horas quince minutos del veintiséis de octubre de dos mil cinco, realizó consideraciones del delito de estafa, dentro de la cual refirió que el numeral 216, tiene formas diferentes a la definición tradicional de este delito tal y como lo es la “estafa triangular”. En esta intervienen, además del sujeto activo y sujeto pasivo, un tercero que es el perjudicado, ya que el “autor induce a error al sujeto pasivo, que tiene poder dispositivo sobre el patrimonio de la víctima, y así logra

causarle un perjuicio patrimonial, obteniendo con ello un beneficio antijurídico”. Sobre esa misma línea la resolución mencionada señala:

El punto medular de la estafa es la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, lo que implica a su vez que el ardid o error puede producirse por acción o por omisión, todo con el fin de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. Este último elemento, no resulta ser necesario para la consumación material, pues el delito se consuma formalmente cuando ha existido lesión al patrimonio ajeno; esto es así, porque la estafa es un delito de resultado, en el que se distingue una consumación formal (cuando se produce el perjuicio patrimonial) y la consumación material o fase de agotamiento del ilícito (cuando se logra el beneficio patrimonial antijurídico) (...) Así, “el perjuicio patrimonial debe ser el resultado de un acto de disposición del sujeto engañado –que no, necesariamente, del perjudicado-. No se trata aquí de sustraer, ni de apropiarse, sino de provocar la “colaboración del sujeto pasivo”, de tal forma que éste realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.” (Valle Muñiz, José Manuel. El delito de Estafa. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1988, p. 187). En este mismo sentido opina el autor Francisco Castillo González, al indicar que “El delito de estafa requiere identidad entre el engañado y quien hace el acto dispositivo, pero no presupone identidad entre quien hace el acto dispositivo y el perjudicado (Castillo, p.168, párr.2).

De esta manera, el delito de estafa necesariamente requiere que sea la persona inducida o mantenida en error, sea quien realiza la disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero; es decir, la disposición patrimonial fue motivada en un error en el que fue inducido el sujeto pasivo, por el ardid o engaño, el cual tiene un nexo causal con el resultado que afecta el bien jurídico propiedad.

Elementos típicos.

Acá se analizan los supuestos de hecho o elementos constitutivos del delito de estafa, así como su estructura a fin de determinar bajo que conductas es que el mismo se comete. Sobre este

tema la Sala Tercera de la Corte en su resolución número 580-1996 de las nueve horas con cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis, estableció lo siguiente:

El estudio del tipo penal de la estafa lo podemos dividir en dos grandes partes, a saber, el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El tipo objetivo de la estafa está constituido por cuatro elementos: (a) Un ardid o engaño, que se define -en el texto- como la simulación de hechos falsos o deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; (b) Un error en el sujeto pasivo -la persona engañada-, sea que la maniobra de los hechos engañados lo induzca a error o lo mantenga en él; (c) Un acto dispositivo del engañado; y, (d) Un perjuicio económico. Estos cuatro elementos deben estar en relación de causalidad, de modo que el ardid debe producir un error, el error un acto dispositivo y, éste un perjuicio económico...

Del texto citado se desprende cómo la Sala expone cuáles son los elementos del tipo objetivo del delito de estafa, establece como primero el ardid amparado en un hecho falso ya sea simulándolo, o deformando u ocultando hechos verdaderos; independientemente de cómo se dé este ardid, lo cierto es que se da por una falta a la verdad, lo cual genera el segundo elemento que es el error del sujeto pasivo, quien se creó una falsa representación de la realidad que provoca de manera causal un acto dispositivo de este; ello genera un perjuicio económico ya sea para sí o para un tercero y, con esto, se consuma la finalidad del sujeto activo quien se garantizó un beneficio patrimonial antijurídico que, a su vez, representa un perjuicio económico para un tercero.

Citados los elementos objetivos necesarios para la configuración del delito de estafa, se hace necesario profundizar en estos, con el fin de tener más claridad en cuando a su existencia:

A). Ardid o engaño: este es considerado el elemento medular del delito de estafa, refiere Quesada (2011) que es el elemento característico de este delito, ya que da la fisionomía a la estafa y esta es la principal diferencia con los demás delitos contra el patrimonio, establece además este autor que: “Este elemento consiste en la conducta engañosa desplegada por el sujeto activo y dirigida hacia el ofendido, induciéndolo en un error o falsa concepción de la realidad, conformando la base de la naturaleza fraudulenta de la estafa” (p.26).

La acción de engañar que se extrae del numeral 216 del Código Penal Costarricense es aplicable a un sinnúmero de conductas, pues este numeral establece que ese ardid se da al simular hechos falsos o deformar u ocultar hechos verdaderos. El primer supuesto que se puede describir al afirmar como verdadero una circunstancia falsa o inexistente, mientras que deformar hechos verdaderos, significa quitarle elementos o detalles esenciales, mientras que ocultarlos es no ponerlos en conocimiento; es así como, bajo cualquiera de estas circunstancias, el agente activo realiza una serie de actos efectivos para realizar el engaño y es el que motiva al segundo elemento que es el error de la víctima.

Ahora bien, con respecto a la idoneidad de este engaño, ha existido discusión tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia, en los cuales se han sostenido distintos criterios. En ese sentido, Quesada (2011) señaló que existe una posición apoyada por la doctrina francesa, la cual establece que se requiere una “puesta en escena” (*Mise en scène*) dentro de la cual el sujeto activo debe realizar una serie de actos, maniobras y artificios, que deben ser efectivos para realizar el engaño; pues los simples engaños no configuran una estafa; sin embargo, existe un segundo criterio, este sostiene que no es necesario esa “puesta en escena”, pero establece requisitos de idoneidad, como lo son que la acción es la adecuada para engañar a una persona de inteligencia media, y diligencia promedio. Dicho criterio claramente traslada la responsabilidad a la víctima, para quien el engaño podría no ser idóneo y, por ende, no se le tutela su derecho de propiedad. Aunado a lo anterior, una tercera teoría señala que la idoneidad del engaño no es lo importante, pues se debe analizar si este generó un error en la víctima.

En ese sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su voto 282 de las 8:50 horas del 28 de setiembre de 1990, señaló que:

El criterio seguido altamente por la jurisprudencia patria ha sido el de considerar existente el artificio o engaño cuando éste ha sido idóneo en el caso concreto para inducir en error al ofendido, y producir de ese modo un perjuicio patrimonial. Por ello no es atendible la tesis del recurrente al afirmar que la conducta del imputado puede calificarse de simples mentiras, y no de un medio engañoso o artificioso, pues tales engaños fueron suficientes para que los ofendidos incurrieran en evidente error, con perjuicio patrimonial.

Este criterio jurisprudencial ha sido retomado en resoluciones de años más recientes en este país, de manera que a pesar de existir independencia de criterios en los juzgadores, es posible

afirmar que el ardid establecido en el numeral 216 del Código Penal, no requiere una identidad más allá del hecho de haber cumplido su fin; es decir, inducir en error a la víctima.

B). Error: este segundo elemento es el resultado en la percepción de la víctima, quien inducido en un engaño del sujeto activo, percibe o toma como ciertos hechos que son falsos; al respecto, el numeral 216 del Código Penal establece dos maneras de cómo se puede dar este elemento, la primera es al inducirlo en una persona, y el segundo es manteniéndola en él; es decir, en ese segundo supuesto, no necesariamente el sujeto activo indujo al ofendido en error, sino que colaboró a alargar o aumentar el error que ya tenía este.

Sobre este tema Colorado, Mendoza y Turios (2012) indicaron que: “El error del sujeto pasivo es tener por cierto lo que no es, confiando en la buena fe del autor, sin conocer que está ante una mendacidad, la que, a su vez, provoca un vicio en el consentimiento del sujeto pasivo para entregar la cosa” (p.92).

Por su parte Quesada (2011) refirió que el error es una falsa representación de la realidad, la cual puede ir desde creer que el hecho sea verdadero, hasta suponer que puede ser falso; es decir, que exista una duda; sin embargo, independientemente del grado en la intensidad del error, este sigue existiendo.

Es así como se determina el error como segundo elemento, es resultado del engaño realizado por el sujeto activo, el cual funciona en la mente de la víctima, quien teniendo una falsa representación de la realidad, realiza un acto dispositivo, por lo que funciona como un puente entre el ardid y la decisión de la víctima de realizar una disposición patrimonial.

C). Un acto dispositivo del engañado: este acto consiste en la disposición patrimonial de la víctima, quien inducido a error por medio de un engaño, dispone de su peculio o del de un tercero; es un enlace entre el error y perjuicio patrimonial, tal y como lo indicó Quesada (2011): “El engañado, a consecuencia del error, realiza un acto de disposición patrimonial, o sea la entrega de una cosa o la prestación de un servicio, disposición que causa un perjuicio para sí mismo o para un tercero” (p.35). por lo tanto, esta disposición puede realizarse por acción u omisión.

Asimismo, esta disposición patrimonial, se diferencia del delito de estafa y de otros delitos contra la propiedad, por cuanto el bien sale de la esfera de custodia de la víctima por propia voluntad, aunque esta esté viciada y por ende se considera que la estafa es un delito de autolesión; dicha circunstancia se mantiene aún en las estafas tripartitas donde la persona afectada es distinta al engañado. Ciertamente es por la voluntad de quien estaba en determinada posición que le permitía disponer de los bienes, que se realiza este acto dispositivo y no es el imputado quien realiza un apoderamiento.

Dicho lo anterior, para que concurra un delito de estafa, además de existir un engaño o ardid, que logre inducir en error a la víctima; es necesario que este realice una disposición patrimonial, ya sea en su perjuicio o en de un tercero; es decir, es la persona engañada quien realiza el acto dispositivo, de modo tal que aunque concurren con los demás elementos de la estafa, si no es la persona engañada quien de manera voluntaria realice esta disposición patrimonial, como lo sería un caso en el cual el sujeto activo sea quien se apodere de bienes producto de un engaño y un error, no se estaría en presencia de un delito de estafa.

D). Un perjuicio económico: sobre este elemento refirieron Colorado, Mendoza y Turios (2012) que es cualquier tipo de lesión causada al patrimonio, a consecuencia de la disposición patrimonial del ofendido y este es el resultado del nexo causal entre el engaño y daño patrimonial, claro está siempre que concurren los demás elementos ya mencionados.

Este perjuicio económico que surge como consecuencia de un acto dispositivo de la persona inducida a error por medio de un engaño, convierte al delito de estafa en un delito de carácter patrimonial, pues este perjuicio económico representa, de manera consecuente, el beneficio patrimonial antijurídico para el sujeto activo, o bien para un tercero.

Referente a esto Quesada (2011) indicó que: “La lesión es imprescindible para la consumación de la estafa, ya que el bien jurídico protegido es el patrimonio y para la realización efectiva de un delito se requiere la lesión al bien tutelado” (p.38). Esta lesión al patrimonio ajeno se da cuando se logre que este disminuya a consecuencia del ardid del sujeto activo, de modo que únicamente existirá un perjuicio, si disminuyen activos, si aumentan pasivos o si se perdió una ganancia que hubiera incrementado su patrimonio.

Por lo anterior, solo se puede hablar de un delito de estafa, cuando concurren todos sus elementos, a saber, un engaño o ardid por parte del sujeto activo, por medio del que logra inducir a error a la víctima quien realiza una disposición patrimonial, lo cual genera un perjuicio patrimonial para sí o para un tercero.

El delito de estafa informática.

Concepto y generalidades.

Los delitos informáticos fueron introducidos en la legislación costarricense en el año 2001, mediante reforma al Código Penal, por medio del cual se promulgaron los delitos de violación de comunicaciones electrónicas, fraude informático y alteración de datos y sabotaje informático, numerales 196 bis, 217 bis y 229 bis, respectivamente; fue a partir de ese momento que en esta legislación penal, estos se incorporaron.

Posteriormente en el año 2012, mediante reforma legislativa al Código Penal denominada “Reforma de Varios Artículos y Modificación de la Sección VIII, Denominada Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal”, entró a regir el delito de estafa informática como se le conoce en la actualidad, el cual derogó el delito de fraude informático y estableció el tipo penal de estafa informática en el numeral 217 bis del cuerpo normativo en mención. Este describe lo siguiente:

Se impondrá prisión de tres a seis años a quien, en perjuicio de una persona física o jurídica, manipule o influya en el ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos de un sistema automatizado de información, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos, programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico, o bien, por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial o indebido para sí o para otro.

La pena será de cinco a diez años de prisión, si las conductas son cometidas contra sistemas de información públicos, sistemas de información bancarios y de entidades financieras, o cuando el autor es un empleado encargado de administrar o dar soporte al

sistema o red informática o telemática, o bien, que debido a sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.

Del texto mencionado, se extrae que la naturaleza de los medios comisivos establece que estos se deben realizar sobre sistemas automatizados de información, sobre procesos informáticos, para ello, si bien se requieren instrumentos tales como computadoras, celulares, entre otros; no es sobre estos que recae la acción, sino contra los sistemas a los cuales se logra acceder; por esto lo indicado forma parte de los delitos informáticos.

En relación con el delito informático, López y Torres (2005) refirieron que, con el avance de la tecnología, surgió una nueva modalidad de delincuencia a través de los medios informáticos, algunas de estas acciones bien pueden encuadrar en tipos penales tradicionales; sin embargo, también existen actividades que requieren intervención legislativa, pues no es lo mismo destruir una computadora con el fin de causar daños, que destruir la información contenida en ella. En ese sentido, se establece que el delito informático es realizado por medio del uso indebido de un sistema informático.

Por su parte Salazar (2019) indicó que “el crimen por computadora se presenta como un fenómeno internacional que, con la acentuación diferenciada e independiente de toda formación de sistemas económicos, aparece como tendencia en todas partes donde se utilizan computadora”. (p.142). Es así como del texto citado es posible establecer que este tipo de delitos se puede llevar a cabo desde cualquier lugar, siempre y cuando se cuente con el instrumento necesario, para afectar sistemas en cualquier parte del mundo.

Asimismo, López y Torres (2005) mencionaron que los delitos informáticos presentan una serie de características propias que los diferencia de otros, como es el hecho de que para su comisión se requiere el uso de un ordenador con acceso a internet, pues esta es una herramienta necesaria para acceder a un sistema informático; esto aunado a que son delitos novedosos, son de carácter transnacional. Los sujetos activos no son estigmatizados como delincuentes porque son personas con conocimientos técnicos y generalmente con un coeficiente intelectual alto. Finalmente, este tipo de criminalidad aumenta día con día, ello obedece al avance diario de la tecnología y el acceso de esta a la mayoría de la población.

De esta manera se establece que los delitos informáticos de forma general requieren para su comisión, medios muy específicos y demandan un conocimiento técnico para ejecutarlos, pues para acceder sistemas informáticos, se necesitan instrumentos como lo son computadoras o máquinas similares e incluso, en la mayoría de los casos, acceso a internet para realizar acciones de forma remota. Ahora bien tal y como se indicó, de este tipo de delitos se depende la estafa informática, este si bien vulnera información privada, no afecta este bien jurídico.

Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte en su resolución número 01076 – 2020 de las trece horas y veinticinco minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte fue clara en indicar que:

En la estafa informática el bien jurídico tutelado es el patrimonio, razón por la que la actividad fraudulenta del agente se relaciona con la manipulación del sistema informático para obtener un beneficio patrimonial antijurídico, de ahí que la utilización del cajero automático dándole órdenes para que dispensara tractos de dinero específicos y la tarjeta de crédito copiada que se utilizó para intentar pagar por bienes mediante transacciones que resultaron denegadas, son el medio empleado por los imputados para alcanzar su finalidad delictiva de lesionar el patrimonio ajeno...

En este sentido, en el delito de estafa informática, el fin del sujeto activo es obtener un beneficio patrimonial antijurídico, por esta razón se ubica en el Código Penal, en el título VII Delitos Contra la Propiedad, sección IV, Estafas y Otras Defraudaciones, propiamente en el numeral 217 bis, por cuanto la estructura del tipo penal establece como medio, el uso de sistemas informáticos con el fin de lograr un beneficio patrimonial indebido.

Elementos típicos.

De seguido se analizarán los supuestos de hecho establecidos por el legislador para que una acción pueda ser considerada como típica y configurativa del delito de estafa informática, al menos desde elemento objetivo de tipo, ya que es el interés de la presente investigación.

Al analizar el tipo penal establecido en el numeral 217 bis del Código Penal, se determina que se está frente a un delito de resultado, pues las acciones dolosas establecidas por el sujeto

activo buscan “un beneficio patrimonial o indebido para sí o para otro.” Sobre el particular refirió el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en su resolución número 00617 – 2017, lo siguiente: “...el delito de estafa informática regulado en el numeral 217 bis del Código Penal, lo que tipifica es la manipulación y alteración de un sistema informático con el objetivo de obtener un beneficio patrimonial antijurídico por el agente activo.”

Dicho lo anterior, para una correcta comprensión, es necesario profundizar en los elementos objetivos establecidos para el tipo penal de estafa informática, los cuales son indispensables para su configuración.

Como primer elemento establecido por el legislador, se requiere que el sujeto activo manipule o influya de alguna forma en un sistema automatizado de información, ya sea en el ingreso, procesamiento o resultado de datos. De esta manera, es necesario comprender qué es un sistema automatizado de información, acerca de ello la Real Academia Española (RAE, 2010), refiere que “automatiza es convertir ciertos movimientos en movimientos automáticos o indeliberados”.

Es ese sentido, el Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia, también conocido como Convenio de Budapest, creado en el año 2001 y ratificado por Costa Rica en el año 2017, define como datos informáticos: “cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función”; asimismo, se establece que sistema informático: “es todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan en ejecución de un programa”.

Por su parte García (1985) refirió que en la informática se deben tomar en cuenta como aspectos fundamentales el hardware, el software y la información, pues este último es el objeto de la informática y los otros dos son los instrumentos, precisamente, para tratar esa información, pues la computadora como máquina es únicamente un instrumento (hardware), y para que funcione como un sistema informático necesita un conjunto de programas (software).

Analizado lo anterior, es posible determinar que, en el delito de estafa informática, el objeto material del delito recae en el ingreso, procesamiento o resultado de datos, los cuales se

encuentran en uno o en varios sistemas informáticos, estos funcionan de manera automática, por medio software creados para tal función y pueden ser accedidos por medio de instrumentos de hardware como lo son computadoras y celulares, entre otros.

Una manera simple de definir lo anterior es que el sujeto activo debe de manipular datos informáticos, y no es cualquier manipulación de datos que conlleva la comisión del ilícito penal en cuestión, pues es necesario realizar dicha acción por los medios establecidos en el tipo penal, los cuales fueron mencionados por Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en la resolución número 00450 – 2016. En esta se indicó:

(...) el tipo penal se formuló de manera mucho más amplia. Según se extrae de su lectura, la conducta prohibida es manipular o influir en el ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos del sistema automatizado de información a través de los siguientes mecanismos: 1) usar datos falsos o incompletos; 2) usar indebidamente datos; 3) programar, 4) ejecutar alguna operación informática o usar artificio tecnológico alguno o, 5) realizar cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta.

Una vez mencionados los elementos normativos y los medios necesarios para que se configure el delito de estafa informática, se hace necesario dar una explicación sobre cada uno de ellos:

A). Mediante el uso de datos falsos o incompletos: datos falsos son aquellos contrarios a la verdad, mientras que incompletos son datos cuyo contenido no está completo, porque falta una parte sustancial y necesaria para su debida interpretación, de manera tal que en este supuesto, la manipulación del sistema informático se da utilizando datos no verdaderos o sin algún contenido.

B). Mediante el uso indebido de datos: para la comisión del tipo penal de estafa informática, se requiere inferir en ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos informáticos, en este supuesto se requiere de un uso indebido de los mismos; en ese sentido la RAE (2010) define “indebido” como ilícito, injusto o falta de equidad, de manera que al adecuar tal significado a lo establecido en el tipo penal podemos recurrir a lo indicado por la Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en la resolución número 00447 –

2021 de las nueve horas diez minutos, del diecinueve de marzo de dos mil veintiuno, en la que se refirió que en el caso particular se hizo un uso indebido de datos porque fueron obtenidos de la víctima de una forma ilegítima; de esta misma manera, la resolución número 450 – 2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en la que dicho tribunal indicó que en el caso examinado, la imputada hizo un uso indebido de datos de la víctima, por cuanto esta no fue quien los suministró y menos aún consintió que estos fueran utilizados.

C). Programación: con respecto a este mecanismo, se debe recordar que para que un sistema informático funcione, necesita un conjunto de programas (software), los cuales fueron diseñados para cumplir de una forma automática determinadas funciones; en ese supuesto, el sujeto activo utiliza estos programas de una manera incorrecta o contraria a su funcionamiento con el fin de inferir o manipular datos electrónicos.

D). Valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico: una operación informática es aquella instrucción en que el sujeto activo realiza programas informáticos para que estos ejecuten una acción dentro de determinado sistema; ahora bien, artificio es definido por la RAE (2020) como “ingenio o habilidad con que está hecho algo”, por lo cual, se puede establecer que este tipo penal refiere además que la acción del sujeto activo se puede realizar utilizando ingenio en la informática para manipular los datos de un sistema automatizado.

E). Por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta: este último supuesto deja abierta la posibilidad de que la acción del imputado sea cualquiera, mientras esta transgreda o quebrante el procesamiento de los datos informáticos o bien genere información que no sea verdadera, no esté completa o sea fraudulenta.

Según lo mencionado, para que una acción encuadre dentro del delito de estafa informática, esta se debe realizar con el fin de obtener un beneficio patrimonial antijurídico, lo cual conlleva un perjuicio a otra persona, por medio de la manipulación de sistemas informáticos para que se influya en los datos contenidos en este, siempre que dicha acción se ejecute utilizando datos falsos o incompletos, utilizando indebidamente datos, programando, ejecutando alguna operación informática o artificio tecnológico alguno o, mediante cualquier acción que incida en el

procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, por ello si no están presentes algunos de los verbos rectores establecidos por el legislador, no se está en presencia de un delito de estafa informática.

Finamente, este tipo penal establecido en el numeral 217 bis del Código Penal tiene un segundo párrafo por medio del cual se establece como agravante y por ende una sanción mayor si las acciones se cometen: “contra sistemas de información públicos, sistemas de información bancarios y de entidades financieras, o cuando el autor es un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que debido a sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos”; sin embargo, a efectos de la presente investigación es de interés únicamente mencionar tales agravantes.

Derecho comparado: El uso indebido de tarjetas de crédito y débito

Ha sido de importancia para la presente investigación conocer los tipos penales establecidos por algunos países de habla hispana, para tipificar conductas relacionadas con el uso indebido de crédito y débito, esto reviste interés en virtud de observar la necesidad que han tenido otras latitudes para combatir este tipo de acciones, al establecer políticas criminales formales por medio de legislación penal. Esta ha tenido que adaptarse a realidades modernas, pues con el uso de la tecnología también han surgido nuevas formas de delinquir. Estas situaciones tampoco son ajenas a este país.

Por ello se presentarán y analizarán tipos penales establecidos en la legislación de varios países hispanohablantes, establecidos mayoritariamente en sus respectivos Códigos Penales, a excepción de Chile que cuenta con una Ley Especial.

España.

Las conductas relacionadas con usos indebidos de tarjetas de crédito y débito en España se encuentran tipificadas en el Código Penal, propiamente es su capítulo VI De las Defraudaciones, Sección I De Las Estafas, artículo 248 el cual refiere:

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

2. También se consideran reos de estafa: (...)

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

En el contexto de la legislación española citada líneas atrás, se observa cómo se tipifica el delito de estafa, este a pesar de que su descripción es distinta a la de nuestro país, en ella se encuentran presentes los mismos cuatro elementos para su configuración, a saber, un engaño del sujeto activo, un error del sujeto pasivo, una disposición patrimonial y un perjuicio.

Ahora bien, este tipo penal se divide en dos partes, es en la segunda donde se exponen otras acciones configurativas del delito de estafa, dentro de las cuales refiere el utilizar tarjetas de crédito o débito o sus datos en perjuicio de su titular, o de un tercero, de manera tal que si bien sanciona como conducta utilizar una tarjeta en perjuicio de una tercera persona, este tipo penal no es claro, no hace ningún tipo de diferencia en relación a si el sujeto activo es el titular de la tarjeta, y la utiliza perjudicando a una tercer persona, o bien si el sujeto activo es una tercera persona distinta a su titular, quien la adquirió ya sea de forma indebida o no, pero que afecte a su titular; ahora bien, otro elemento que se denota es que si bien establece el uso de tarjetas de crédito, débito, o cheques de viaje, a sus datos; no refiere ni establece medios comisivos con otros medios de pago electrónicos; dicha circunstancia evidentemente podría provocar que no se penalice tal conducta, o de hacerlo rose el principio de legalidad.

Panamá.

Con respecto al Código Penal de la República de Panamá en su capítulo IX, se establecen los Delitos Cometidos con Cheques y Tarjetas de Crédito, y en específico en su numeral 287 refiere: “Quien ilícitamente haga uso de una tarjeta de crédito o de débito no expedida en su favor será sancionado con pena de cuatro a seis años de prisión. (...)”

En el caso de la normativa penal panameña, a diferencia de la española, establece claramente que el sujeto activo debe ser una persona distinta al titular de la tarjeta; sanciona el hecho de utilizarla de cualquier forma siempre que sea ilícita; es decir, sin la voluntad de su titular, además este tipo penal no requiere dentro de sus elementos objetivos del tipo que se deba causar perjuicio a alguna persona, sea su titular o tercero alguno, sino que sanciona la acción por utilizar las tarjetas.

Este tipo penal al igual que el delito de estafa de España, especifica claramente que el hecho punible se motiva en utilizar una tarjeta de crédito o débito, no incorporando ningún otro medio de pago electrónico; estos cada vez son más comunes ya que cumplen la misma naturaleza de las tarjetas bancarias pero adecuándose a la tecnología, y facilitando su fin, de modo que sancionar con este tipo penal a quien utilice de manera ilícita algún medio de pago electrónico del que no sea su titular, podría violentar el principio de legalidad.

Argentina.

El Código Penal de la Nación Argentina, referente a usos de tarjetas de débito y crédito establece dentro de Los Delitos Contra la Propiedad en su título VI, Capítulo IV las estafas y otras defraudaciones tipifican como punibles las siguientes conductas:

ARTÍCULO 172. - 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

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática.

En el caso de Argentina, el tipo penal de estafa establece distintos verbos para defraudar y finamente indicado por cualquier medio o ardid, ahora bien el artículo siguiente específicamente el 173 del Código Penal establece como casos especiales de defraudación y entre ellos el uso de una tarjeta de crédito o débito, refiere no solo que se haya obtenido de manera ilícita o ilegítima, sino que describe claramente los supuestos tales como que sea falsificada, hurtada, robada, perdida, entre otros y agrega que se configura el delito aunque dicha tarjeta se haya utilizado en una operación automática; es decir, donde no existiera una persona engañada. Del mismo modo, al igual que los tipos penales de los países anteriormente analizados, se limita únicamente a tarjeta de débito y crédito y se extiende a tarjetas de compra, pero no incluye otros dispositivos de pago.

Chile.

A diferencia de los demás países analizados, cuya normativa que tipifica el uso indebido de tarjetas dentro de sus respectivos Códigos Penales, Chile es la excepción pues dicha conducta la regula en una ley especial, La Ley Número 20.009, esta estableció dentro de su legislación un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas, en caso de extravío, hurto, robo o fraude, así como un delito penal en su numeral 7 el cual refiere:

Las conductas que a continuación se señalan constituyen delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas y se sancionarán con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa correspondiente al triple del monto defraudado: (...)

d) Usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de tarjetas de pago, haciendo posible que terceros realicen pagos, transacciones electrónicas o cualquier otra operación que corresponda exclusivamente al titular o usuario de las mismas.

e) Negociar, en cualquier forma, con los datos, el número de tarjetas de pago y claves o demás credenciales de seguridad o autenticación para efectuar pagos o transacciones electrónicas, con el fin de realizar las operaciones señaladas en el literal anterior. (...)

g) Suplantar la identidad del titular o usuario frente al emisor, operador o comercio afiliado, según corresponda, para obtener la autorización que sea requerida para realizar transacciones. (...)

Asimismo, incurrirá en el delito y sanciones que establece este artículo el que mediante cualquier engaño o simulación obtenga o vulnere la información y medidas de seguridad de una cuenta corriente bancaria, de una cuenta de depósito a la vista, de una cuenta de provisión de fondos, de una tarjeta de pago o de cualquier otro sistema similar, para fines de suplantar al titular o usuario y efectuar pagos o transacciones electrónicas.

El delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas establecido por la legislación chilena a diferencia de los demás países analizados, no se encuentra dentro del Código Penal, sino que se ubica en una ley especial, la cual establece varios supuestos de hecho para su comisión.

Este artículo penaliza las acciones llevadas a cabo con el fin que una tercera persona distinta al titular de una tarjeta pueda realizar operaciones excluidas del titular y sanciona a quien realice estas operaciones; asimismo, tipifica dentro de este delito a quien suplante la identidad del titular de una tarjeta, frente al dependiente de un comercio para realizar transacciones.

De esta forma, el delito sanciona el uso de tarjetas de pago y transacciones electrónicas, por quien no sea su titular; de esta manera, aunque no lo indica expresamente, este tipo penal no limita la posibilidad de utilizar instrumentos de pago electrónico distintos a las tarjetas ya que al englobar las “transacciones electrónicas” permite acudir a otra normativa que explique los medios y dispositivos para realizarlas.

Nicaragua.

Referente al Código Penal de la República de Nicaragua en su Título VI tutela los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y concretamente en el Capítulo V, dentro de las defraudaciones, refiere los tipos penales de estafa y estafa agravada, estableciendo lo siguiente:

Art. 229 Estafa: Quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga en error a otra persona para que realice una disposición total o parcial sobre el patrimonio propio o ajeno, siempre que el valor del perjuicio patrimonial exceda la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales del sector industrial, será penado con prisión de uno a cuatro años y de noventa a trescientos días multa.

La misma pena se impondrá a quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, mediante la manipulación de registros informáticos o programas de computación o el uso de otro artificio semejante.

Art. 230 Estafa agravada: La estafa será sancionada con prisión de tres a seis años y de trescientos a quinientos días multa, en los casos siguientes: (...) f) Cuando se cometa valiéndose de tarjeta de crédito o débito propia o ajena, o con abuso de firma en blanco...

La legislación nicaragüense tipifica el delito de estafa, que cuenta con acciones típicas bien definidas, dentro de las cuales se observan los elementos de este delito, ardid o engaño, error, disposición patrimonial y un perjuicio patrimonial, pero además establece un monto como elemento objetivo para que este se configure; es decir, si el monto de lo defraudado es menor a esa suma, no se configura el delito de estafa.

Ahora bien, en un segundo párrafo introduce elementos típicos propios de una “Estafa Informática”, ya que establece supuestos de hecho mediante la de manipulación de registros informáticos o programas de computación. Asimismo, la legislación de Nicaragua establece una modalidad agravada de la estafa, y en cuando los hechos se comentan utilizando una de tarjeta de crédito o débito propia o ajena.

De este modo, si bien este país sanciona de una manera más drástica la utilización de tarjetas de crédito o débito, al momento de cometer una estafa, necesariamente se deben cumplir con los elementos objetivos del tipo penal base, tal y como fueron mencionados, ardid o engaño, error, disposición patrimonial y un perjuicio patrimonial, razón por la cual sería contrario al principio de legalidad extender esta conducta a otros supuestos, no establecidos en la norma,

como también lo serían otros instrumentos de pago electrónico distintos a las tarjetas de crédito o débito.

Ecuador.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador tipifica en su numeral 186 el delito de Estafa dentro de la Sección Novena, Delitos contra el derecho a la propiedad, el cual establece como elementos objetivos del tipo y relacionada con el uso indebido de tarjetas bancarias la siguiente acción:

La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena máxima se aplicará a la persona que:

1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario...

El delito de estafa en la normativa penal ecuatoriana presenta elementos típicos casi idénticos a los establecidos para el tipo penal de Costa Rica, aunque con una estructura distinta refiere, el fin patrimonial para sí o para un tercero, estableciendo como medios comisivos por la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación de hechos verdaderos, mediante los cuales se induzca en error a la víctima con el fin de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. En este sentido, este tipo penal establece un único margen de penas sin hacer distinción por la cuantía, como si sucede en este país.

Aunado a lo anterior, este tipo penal ecuatoriano establece una especie de agravante, que si bien no otorga penas distintas, refiere que en caso de ocurrir este supuesto deberá aplicarse la pena más alta; este concurre cuando el sujeto activo realice la acción utilizando tarjetas de crédito, débito, pago o similares y establece supuestos específicos como alterada, hurtada, robada entre otros y específicamente, sin el consentimiento de su titular.

De los tipos penales analizados se podría decir que este es el uno de los más completos en cuanto a estructura y medios de comisión, ya que establece claramente los supuestos que se pueden definir como usos indebidos y no solo los establece en tarjetas crédito, débito, sino que también establece “similares”, lo cual permite encuadrar dentro de estos cualquier instrumento o medio de pago electrónico.

Puerto Rico.

Finalmente, dentro de los países por analizar se encuentra el Estado de Puerto Rico que es un territorio no incorporado de Estados Unidos; sin embargo, cuenta con su propio Código Penal el cual en su Capítulo II establece los Delitos Contra la Seguridad de las Transacciones, tipificando como ilícito penal en su numeral 22 la Utilización o posesión ilegal de tarjetas de crédito y tarjetas de débito, el cual establece:

(...). Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años, toda persona que con el propósito de defraudar a otra o para obtener bienes y servicios que legítimamente no le corresponden, utilice una tarjeta de crédito o una tarjeta de débito, a sabiendas de que la tarjeta es hurtada o falsificada, la tarjeta ha sido revocada o cancelada, o el uso de la tarjeta de crédito o débito no está autorizado por cualquier razón. Si la persona convicta es una persona jurídica será sancionada con pena de multa hasta treinta mil dólares (\$30,000)

Este tipo penal sanciona a quien para obtener bienes o servicios utilice una tarjeta ya sea de crédito o débito bajo supuestos como que haya sido hurtada o falsificada o que por algún motivo haya sido cancelada; de manera que obtiene de manera ilegítima los bienes adquiridos; asimismo, establece la posibilidad de sancionar penalmente, cuando sea una persona jurídica quien realiza la acción.

Igualmente, sobre los supuestos que refieren por utilizar una tarjeta hurtada, robada o falsificada se puede inferir que el sujeto activo será una persona distinta a su titular; sin embargo, en los supuestos de que la tarjeta haya sido cancelada, revocada o no autorizada, parecería ser aplicable también para el titular de esta.

Ahora bien, es claro que este delito establecido en la legislación puertorriqueña da parámetros de sanción penal para el uso indebido de tarjetas de débito y de crédito y, al igual que la mayoría de las legislaciones, no deja abierta la posibilidad, al menos de un análisis literal de incorporar entre este ilícito el uso indebido de otros medios de pago electrónico distintos a las tarjetas de débito y crédito.

El principio de legalidad como garantía del Derecho Penal

En este apartado se analizó el principio de legalidad desde su origen, su significado y su aplicación dentro de legislación penal, como garantía fundamental de raigambre constitucional en Costa Rica, con el fin de tener una mayor comprensión en cuanto a qué conductas puede el estado en el ejercicio de su potestad sancionadora, perseguir penalmente y cuáles no.

En relación con el concepto de legalidad, refiere Velarde (2014) que es un principio fundamental, este establece que el ejercicio del poder público debe estar sometido únicamente a la ley y no a la voluntad de las personas, pues a partir de este principio, se establece seguridad jurídica.

Según relata García (2005) este principio vio su nacimiento a partir de la Revolución Francesa en el año 1789, ya que anterior a ello el poder era detentado únicamente por los monarcas y es a partir de este evento histórico que bajo las consignas de libertad, igualdad y fraternidad se construyera una sociedad en la cual no hubiera nada ni nadie sobre la ley. La Revolución Francesa marcó un antes y un después con respecto al poder del estado, el cual encontró un límite, la ley, por cuanto únicamente podrá realizar lo que expresamente le esté permitido. Ahora bien, fue gracias a dos autores Cesare Beccaria y Anselm Von Feuerbach, que el principio de legalidad es trasladado al derecho penal, pues el aporte del primero de ellos consistió en reducir la intervención arbitraria del estado, al enmarcar la potestad sancionadora del estado dentro de los límites fijados por ley, aunado a la premisa de que los ciudadanos puedan conocer sus conductas prohibidas por ley, para así determinarse conforme a esta, además, que no se le pueda sancionar por una conducta cuya prohibición fue posterior a la misma.

Por otra parte, Paul Johan Anselm Ritter Von Feuerbach es a quien se le debe la configuración típica penal del principio de legalidad, pues según le refiere Lamarca (2012) fue

quien estableció la máxima de este principio: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” que traducido significa no hay delito ni pena sin una ley previa; es decir, si una conducta no está tipificada como punible previo a la comisión de esta, no podrá ser objeto del derecho penal.

Una vez analizado el concepto del principio de legalidad en el derecho penal, se debe indicar que en este país se encuentra regulado de manera expresa tanto en el numeral 39 de la Constitución Política como en el artículo 1 del Código Penal los cuales refieren:

ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior...

Artículo 1º.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.

Es así como en este país el ordenamiento jurídico constitucional y legal establecen claramente que el principio de legalidad es un pilar fundamental en el derecho penal, de modo que de la redacción tanto del numeral 39 Constitución Política y artículo 1 del Código Penal se derivan los mismos postulados establecidos por Feuerbach, por cuanto ningún ciudadano podrá ser sancionado por un hecho que no se ha establecido como delito, y que los delitos deben estar tipificados de previo a la conducta.

En ese sentido, la resolución número 01739 – 1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos de la Sala Constitucional estableció:

(...) el principio "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*", recogido en el artículo 30 de la Constitución, el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley-sustancial o procesal-; unos y otras en función de las garantías debidas al reo; es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo...

De esta manera, este principio no solo está establecido en la Constitución Política sino también ha sido desarrollado por la Sala Constitucional; esta deja claro el fin del principio de legalidad en el derecho penal y es que no puede existir una causa penal, sin que previamente la ley no establezca como delito una acción y es acá donde además agrega que como parte de este principio se deriva la prohibición interpretación analógica o extensiva de la ley, pues si la ley no refiere una conducta como delito, no es posible extender otros tipos penales para adecuar esa conducta en ellos.

A modo de resumen, el principio de legalidad en el derecho penal costarricense como derecho fundamental, consagrado en la Constitución Política prohíbe la persecución penal, sobre acciones que previamente no se hayan establecido por el legislador como delito y de este principio se derivan otros, dentro de ellos, la prohibición de analogía y de interpretación extensiva de la ley, porque eso sería extender la ley penal a conductas que no configuren típicamente un delito; por ello, si el estado pretende penalizar esas conductas, deberá realizarlo el legislador por medio del procedimiento establecido por ley para tal fin y que no quede a discreción del juzgador.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

En este apartado se desarrollaron los componentes referentes al marco metodológico del trabajo de investigación como lo son el enfoque de investigación, el diseño, las técnicas de investigación, la población y la muestra.

Enfoque de investigación

Como parte del desarrollo de la presente investigación, con el propósito de generar conocimiento, se utilizó un enfoque de investigación cualitativo. Este según Guerrero (2016): “se centra en comprender y profundizar los fenómenos, analizándolos desde el punto de vista de los participantes en su ambiente y en relación con los aspectos que los rodean” (p.2).

En ese mismo sentido, Hernández, Fernández y Baptista (2014) mencionan que el enfoque cualitativo busca expandir los datos e información, se fundamenta en sí mismo, pues a partir del estudio de un fenómeno, el investigador desde una situación subjetiva forma su propia creencia, y a partir de ello, descubre, construye e interpreta una realidad. De esta forma, con esta investigación se hizo un acercamiento a los criterios de profesionales en derecho que se desempeñan en materia penal, sobre la tipificación del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido.

Diseño de investigación

El diseño utilizado como estrategia para recabar la información recolectada y analizada fue el fenomenológico. Este, según Guerrero (2016): “busca conocer los significados que los individuos dan su experiencia y lo importante es aprender el proceso de interpretación por el que la gente define su mundo y actúa en consecuencia” (p.5).

Asimismo, Hernández, Fernández y Baptista (2014) refieren que el diseño fenomenológico explora, describe y comprende lo que tienen en común, los distintos criterios de los participantes de un fenómeno en específico y, para ello, se describe y comprende dicho fenómeno desde el punto de vista de un individuo y desde la perspectiva colectiva. De esta manera, este trabajo de investigación comprenderá la realidad actual costarricense, en torno a la

adecuación dentro de los tipos penales existentes del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, a partir de la realidad de cada uno de los participantes.

Técnicas de investigación

Con el fin de tener un mayor acercamiento al tema de estudio, se utilizaron como técnicas de investigación la entrevista a profundidad, análisis de jurisprudencia, así como el uso de cuestionario, estos instrumentos; tal y como fue mencionado por Guerrero (2016) se aplican en la investigación cualitativa para la recolección de datos, los cuales se detallan a continuación:

Entrevista a profundidad.

La entrevista se puede entender como una reunión con interacción verbal por medio de la cual se intercambia información entre la persona que entrevista y el entrevistador. En el caso de la entrevista a profundidad, según Robles (2011) tiene como intención: “adentrarse en la vida del otro, penetrar y detallar en lo trascendente, descifrar y comprender los gustos, los miedos, las satisfacciones, las angustias, zozobras y alegrías, significativas y relevantes del entrevistado; consiste en construir paso a paso y minuciosamente la experiencia del otro” (p.40).

En ese mismo sentido, Ruiz (2015) señaló que la entrevista a profundidad es una interacción cara a cara entre el entrevistador y la persona entrevistada, la cual conlleva una inmersión en el fenómeno que se estudia por parte del entrevistador, este debe lograr fluidez en la entrevista, mientras trabaja en los puntos de inflexión, las contradicciones, los silencios y evasivas del entrevistado, a la vez, profundiza las razones de esas conductas.

En este trabajo de investigación, esta técnica se utilizó con el objetivo de tener un acercamiento a profesionales en derecho, quienes laboran en materia penal, para que desde su experiencia, formación y criterio, se pudiera comprender y profundizar en cuanto al uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido y su tipificación en la normativa penal actual de Costa Rica.

Análisis de jurisprudencia.

Otra técnica de investigación utilizada es el análisis de jurisprudencia, tal y como fue señalado por Hernández, Fernández y Baptista (2014):

Una fuente muy valiosa de datos cualitativos son los documentos, materiales y artefactos diversos. Nos pueden ayudar a entender el fenómeno central de estudio. (...). Le sirven al investigador para conocer los antecedentes de un ambiente, así como las vivencias o situaciones que se producen en él y su funcionamiento cotidiano y anormal (p.415).

De esta manera, el análisis de jurisprudencia emitida por Los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre lo resuelto en casos, donde los hechos delictivos hayan versado sobre el uso indebido de tarjetas; permitió conocer cómo se ha tratado y cómo se ha interpretado en Costa Rica, aunque de manera no vinculante, la tipificación de estas conductas en la normativa penal.

Cuestionario.

Finalmente, también se utilizó como técnica de investigación el cuestionario. Este, según García (2003):

...consiste en un conjunto de preguntas, normalmente de varios tipos, preparado sistemática y cuidadosamente, sobre los hechos y aspectos que interesan en una investigación o evaluación, y que puede ser aplicado en formas variadas. Asimismo, tal y como lo refiere Guerrero (2016) esta es una “técnica que se utiliza mayormente en investigaciones cuantitativas, pero que pueden ser de gran utilidad para investigaciones cualitativas. (...) y son utilizados para obtener las opiniones de grupos numerosos que podrían colaborar invirtiendo tiempo mínimo.

Con la utilización de esta técnica se aplicaron cuestionarios a distintos profesionales como jueces, fiscales y defensores con preguntas de opción múltiples con ello se obtuvieron distintos tipos de respuestas sobre la tipificación del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en casos particulares como lo son en cajeros automáticos, por medio del uso de internet y en establecimientos comerciales, en los casos de pagos normales y pagos rápidos.

Selección de la Población y Muestra

Según refieren Hernández, Fernández y Baptista (2014), citando a Lepkowski, “la población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones” (p.174).

La población que se estudió en la presente investigación y sobre la cual se generaron los resultados consistió en jueces penales, fiscales del ministerio público, defensores públicos y abogados litigantes, pues estas son personas que, dentro de su desempeño profesional, están inmersos al conocimiento de causas penales en las cuales media el uso indebido de tarjetas para su comisión y, bajo esta premisa, cuentan con experiencia en este tema dentro de su ejercicio profesional.

Asimismo, dentro de los criterios de inclusión, se cumplió con las especificaciones requeridas y antes mencionadas, pues estas personas son abogados u abogadas que se desempeñan propiamente en materia penal como jueces, fiscales, defensores y querellantes, y como criterios de exclusión se consideraron personas que no aceptaran participar, que no contaran con el tiempo requerido para colaborar o que su participación interfiera en el secreto profesional.

Ahora bien, con respecto a la muestra, se debe indicar, tal y como fue referido por Guerrero (2016) que, las muestras corresponden a las personas sobre las cuales se pretende recolectar los datos, sin que necesariamente representen una estadística de la población de estudio.

En esa misma línea Hernández, Fernández y Baptista (2014) señalaron que dentro de la investigación cualitativa la muestra puede comprender un: “grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia” (p.384); asimismo, indicaron que “Las primeras acciones para elegir la muestra ocurren desde el planteamiento mismo y cuando seleccionamos el contexto, en el cual esperamos encontrar los casos que nos interesan. En las investigaciones cualitativas nos preguntamos qué casos nos interesan inicialmente y dónde podemos encontrarlos” (p.384).

Para este trabajo la muestra fue elegida por conveniencia, conformada de la siguiente manera: se realizaron un total de seis entrevistas a profundidad aplicadas: dos a jueces penales, a dos fiscales de Ministerio Público, a un defensor, y a un abogado querellante, quien además es especialista en Derecho Informático. Se aplicaron un total de doce cuestionarios, los cuales se destinaron tres a cada uno de los intervinientes del proceso penal antes mencionado, que no correspondieron a las mismas personas entrevistadas.

De esta manera, con la muestra elegida, se recolectaron datos desde la óptica y realidad de diferentes profesionales que intervienen en el proceso penal, ello permitió analizar resultados en torno a la adecuación dentro de los tipos penales actuales de Costa Rica, de las acciones delictivas que impliquen un uso indebido de tarjetas para las transacciones de pago rápido en establecimientos comerciales.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este apartado, como parte del análisis de resultados de la presente investigación se procede a exponer un análisis jurisprudencial realizado, a partir de sentencias emitidas tanto por Tribunales de Apelación de Sentencia Penal como por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, lo cual corresponde al primer objetivo de la investigación. Asimismo, se exponen los resultados tanto de las entrevistas a profundidad como de los cuestionarios aplicados, los cuales darán el contenido al segundo y tercer objetivo.

De esta manera, para responder al primer objetivo planteado cuya finalidad es *Identificar como se han tipificado en Costa Rica los hechos ilícitos relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito*; se realizó un análisis de sentencias emitidas por Tribunales de Apelación de Sentencia Penal como por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se realizó una búsqueda en Nexus. PJ; esta es una página electrónica del Poder Judicial de Costa Rica, por medio de la cual se puede tener acceso a sentencias de Tribunales Superiores como a las de las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, se procedió a realizar una búsqueda, en la que se fijaron como parámetros, los votos emitidos por Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y Sala Tercera, cuyos marcos fácticos se hayan desarrollado mediante el uso indebido de tarjeta de crédito y débito. Finalmente, se efectuó la división en tres categorías de análisis, establecidos por “Tipos de uso indebido” a saber: retiro de dinero en cajeros automáticos, por medio de plataformas digitales y el uso de internet y compras en establecimientos comerciales, y se determinó cual fue el criterio de tipicidad de los redactores, así como de la resolución impugnada que motivó el conocimiento en apelación o casación respectivamente, lo que permitió arribar a los siguientes resultados:

Como primera categoría de análisis se seleccionaron tres resoluciones judiciales, en las que los imputados utilizando tarjetas bancarias de forma indebida, mediante el retiro de dinero en cajeros automáticos. Lo anterior se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro 1: Análisis de Jurisprudencia

Analizado por	Resolución Numero	Fecha	Tipo de Uso Indebido	Criterio de Tipicidad	Criterio de Tipicidad de la Resolución impugnada
Sala Tercera de la Corte	00763 - 2006	18 de agosto del 2006	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Hurto Agravado	Fraude informático
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago	00701 - 2015	30 de octubre del 2015	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Fraude Informático	Hurto Agravado
Sala Tercera de la Corte	01076 - 2020	28 de agosto del 2020	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Estafa informática	Estafa informática

Fuente: Elaboración propia, 2021.

Con respecto a la resolución número 00763 - 2006 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, los hechos tenidos por acreditados consistieron en que la persona imputada, sustrajo de la cartera de la parte ofendida su tarjeta bancaria y claves de esta, posteriormente con estos objetos sustraídos se apersonó a un cajero automático donde realizó retiros de dinero en efectivo, y en razón de ello el Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante sentencia número 287-2005 de las trece horas cinco minutos del dieciocho de mayo del dos mil cinco, declaró a la persona imputada autor responsable del delito de Fraude informático, sentencia la cual fue impugnada mediante recurso de Casación y como conocida por Sala Tercera de la Corte quien resolvió lo siguiente:

Al realizar el análisis jurídico penal, el Tribunal afirma que la encartada hizo uso indebido de la tarjeta – al sustraerla de la cartera de la ofendida – así como de los datos del sistema de cómputo para ingresar a su cuenta, sea la clave o pin de esa tarjeta. Esa acción la considera constitutiva del delito contemplado en el artículo 217. bis del Código Penal, el cual dispone: Se impondrá prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema” A juicio de esta Sala, la conducta tenida por probada – sustracción de la tarjeta de débito, obtención de la clave de ingreso, y uso de la tarjeta para conseguir en el cajero automático, dinero de la cuenta de la ofendida –, no es propia de dicha ilicitud, en vista de que P no manipuló los datos del sistema, ni influyó en su procesamiento.

El análisis realizado por los magistrados se fundamenta en que la redacción del delito de fraude informático, la acción realizada consiste en influir en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, esto aunado a que, para el manejo de los sistemas informáticos se requiere de conocimientos técnicos por ello no es cualquier persona la que pueda cometer estos delitos. De esta manera, se destacan las conductas para la comisión de un delito de fraude informático, las cuales consisten en la manipulación de los datos de entrada, de programas y de los datos de salida; es decir, requiere de algún manejo de los datos o los programas, que afecte el proceso de los datos del sistema, por lo cual el utilizar la tarjeta bancaria de la víctima, para apoderarse de manera ilegítima de dinero ajeno, por medio de un cajero automático, sin modificar ni alterar la información que este contenía, no configura un delito de fraude informático, pues no se indujo a error en el procesamiento o el resultado de los datos del sistema.

Por otra parte, la resolución referida señaló que la acción llevada a cabo por la persona imputada consistió en apoderarse ilegítimamente de una suma de dinero, propiedad de la parte ofendida, utilizando para ello la tarjeta de débito sustraída y su clave, de manera que tarjeta fue el instrumento de acceso al dinero de la ofendida, la llave que liberó las defensas que lo protegían, razón por la cual el tipo penal aplicable es el delito de hurto, ya que el numeral 208 del Código Penal sanciona a quien se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, conducta que se

agrava de conformidad con el numeral 209, inciso 3 del código Penal, por cuanto en los cajeros automáticos, el dinero se encuentra guardado dentro del aparato y la entrega de este se produce tras la introducción de la tarjeta en la máquina y el ingreso de la clave; es decir, la tarjeta constituye la llave que al ser introducida en la máquina, permite activar el mecanismo para dispensar el dinero, esta cumple con la misma función de una llave metálica, por lo cual se está en presencia de un delito de hurto agravado.

Asimismo, en contraposición con este criterio, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago mediante la resolución número 00701 – 2015 refirió lo siguiente:

Sobre esos hechos probados en particular, los jueces concluyeron, en lo que más interesa, que los mismos se subsumían en el tipo penal del hurto agravado (artículo 209 inciso 3) del Código Penal), para lo cual equipararon una llave verdadera a la tarjeta electrónica utilizada por la encartada para sustraer, en cuarenta y tres ocasiones, de cajeros electrónicos, el dinero de la ofendida. (...) Este Tribunal de Apelación tiene conocimiento de la posición de mayoría sostenida por la Sala Tercera en algunas de sus resoluciones, con la cual se equipara el uso de una tarjeta electrónica para sustraer dinero ajeno de un cajero electrónico, con el de una llave común, para así subsumir aquel comportamiento real en el tipo penal del del hurto agravado previsto en el artículo e inciso de ley citados. No obstante, lo anterior, tal posición de mayoría de la Sala Tercera -dicho sea con el respeto debido- no es compartida por esta Cámara de Apelación...

En la sentencia indicada el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago funda su criterio indicando que el equiparar una tarjeta con una llave, no es acorde con el principio de legalidad penal, pues los tipos penales deben ser interpretados y aplicados de manera restrictiva, atendiendo estrictamente su literalidad y no “estirándolos” mediante interpretaciones analógicas. Refieren los Juzgadores (por criterio de mayoría) que no es posible en la actualidad equiparar el concepto de llave al de tarjeta electrónica, porque estos son objetos de plástico a los cuales se les adhiere algún dispositivo electrónico (un chip o una banda magnética); ello permite el acceso e incidencia en sistemas informáticos como los que poseen los cajeros electrónicos. Si bien las tarjetas permiten el acceso al dinero que resguardan los cajeros automáticos, no puede equipararse como una llave, la cual, utiliza un mecanismo mecánico para su funcionamiento,

mientras la tarjeta vincula la información de su chip o banda magnética, con el sistema de cómputo del cajero.

Aunado a lo anterior, la cámara de apelación refirió que el artículo 209 del Código Penal, fue regulado el siglo pasado, en la década de los setentas, donde era imposible que el legislador pudiera prever la invención de las tarjetas electrónicas o de los mecanismo computarizados que vinculan los cajeros automáticos, por lo cual al analizar el contexto social e histórico, no se pudo pensar que una tarjeta bancaria fuera equiparada como llave y por ende un motivo de agravación del hurto, pues si ese hubiera sido el deseo del legislador, así lo hubiera establecido en el numeral y no fue así.

Ahora bien la sentencia 00701 – 2015 expuso que el artículo 217 bis del Código Penal se refiere al tipo penal de la denominada “estafa informática”, el cual establece modalidades de ejecución típica que encuadran perfectamente en las acciones realizadas por la persona imputada, a saber, utilizar de forma indebida la tarjeta bancaria de la parte ofendida para retirar dinero de una cajero electrónico; sin embargo, para la fecha de los hechos dicho tipo penal aún no había entrado en vigencia, pero sí se encontraba vigente el delito de fraude informático, el cual presentaba distintas modalidades aplicables al caso en concreto, de estas se destacan el uso indebido de datos, influir en el procesamiento y resultado de los datos de un sistema de cómputo, el cual lleve una intencionalidad de procurarse un beneficio patrimonial, por ello el hecho es configurativo del delito de fraude informático, por cuanto los hechos ocurrieron con anterioridad a la promulgación del delito de estafa informática, vigente a partir de 6 de noviembre del 2012.

Finalmente, la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 2020-01076 de las trece horas y veinticinco minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte refirió:

En la estafa informática el bien jurídico tutelado es el patrimonio, razón por la que la actividad fraudulenta del agente se relaciona con la manipulación del sistema informático para obtener un beneficio patrimonial antijurídico, de ahí que la utilización del cajero automático dándole órdenes para que dispensara tractos de dinero específicos (...), son el medio empleado por los imputados para alcanzar su finalidad delictiva de lesionar el patrimonio ajeno.

Consideró la Sala de Casación que el tipo penal de estafa informática alude a la utilización de datos falsos para incidir en el procesamiento de estos por parte de un sistema y lograr así el beneficio patrimonial indebido, esta acción la realizó la persona encartada, al hacer uso de una tarjeta falsa de la parte ofendida en varias ocasiones, para influir en el procesamiento de datos del sistema informático del cajero automático del emisor de la tarjeta al que le dio órdenes de dispensar el dinero, razón por la cual dicha acción encuadra dentro del tipo penal es estafa informática.

Del análisis de las sentencias, se logra extraer como un mismo supuesto, dígame utilizar de forma indebida una tarjeta bancaria para retirar dinero en un cajero automático, lo cual ha generado que a las personas imputadas se les condene por delitos distintitos como lo han sido hurto agravado y la vigente estafa informática que derogó el fraude informático, en estas los juzgadores de manera fundada, establecieron criterios para la exclusión de los tipos penales distintitos.

Referente a la segunda categoría después de una búsqueda de resoluciones judiciales, en las que, como medio para la comisión del hecho, se utilizaran tarjetas bancarias de forma indebida por medio de plataformas digitales y el uso de internet, se ubicó una resolución judicial, esta se visualiza en el siguiente cuadro:

Cuadro 2: Análisis de Jurisprudencia

Analizado por	Resolución Numero	Fecha	Tipo de Uso Indebido	Criterio de Tipicidad	Criterio de Tipicidad de la Resolución impugnada
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José	01627 - 2013	24 de julio del 2013	Por medio de plataformas digitales y el uso de internet	Fraude Informático	Hurto Agravado

Fuente: Elaboración propia, 2021.

En esta resolución que data al año 2013, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, conoció en alzada el recurso de apelación la sentencia 416-2013 del Tribunal Penal del Primer circuito Judicial de San José, mediante la cual declaró a la persona

imputada como autor responsable de un delito de hurto agravado en grado de tentativa. Los hechos sobre los cuales se amparó esa sentencia consistieron en que el imputado se impuso del número de la tarjeta de crédito del ofendido y a partir de ello, logró realizar compras en distintas empresas de Estados Unidos; sin embargo, el ofendido se percató y denunció a la policía, lo que permitió detener el imputado, al momento de retirar parte de los bienes comprados.

Sobre la base de hechos anteriormente indicados, el Tribunal Penal del Primer circuito Judicial de San José, dictó una sentencia condenatoria por el delito de hurto agravado, de conformidad con el artículo 209 incisos 1, 2 y 3 del Código Penal, porque se consideró que la persona encartada no manipuló los datos del sistema de cómputo, sino que únicamente utilizó el número de la tarjeta de crédito, como una especie de llave o clave, para apoderarse de cosas muebles para adquirirlas de diversas empresas; esta calificación legal no fue compartida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, pues se consideró que los hechos son configurativos de un delito de fraude informático, previsto en el artículo 217 bis del Código Penal sobre el particular refirieron lo siguiente:

Efectivamente, no es necesario para la comisión de este delito, que la persona se encuentre frente a la computadora y altere los datos, basta con que se introduzca datos a un sistema informático, como ocurre en este caso, que el encartado, con los datos de la tarjeta de crédito ajena, los utilizó para hacer compras electrónicas, alterando de esa forma los mecanismos informáticos, al punto que, logró comprar bienes haciendo creer falsamente que era titular o autorizado sobre esa tarjeta de crédito para disponer de los fondos (...). De acuerdo con la redacción de la norma en el Código Penal vigente, la acción del sujeto activo consistirá en influir el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, a través de varias conductas que han de incidir en el proceso de los datos del sistema. Influir en el procesamiento o resultado de los datos será manipular la información, alimentar el sistema de forma irregular, actos que incidirán en el proceso de los datos, es decir, en la realización de las instrucciones de un sistema.

De esta manera, amparados en el fundamento anterior, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en la resolución 416-2013 estableció que la acción de la parte encartada al comprar de manera electrónica bienes, para ello utilizando para el pago de esto los números de la tarjeta de crédito ajena a la cual se le cargó el costo, y de esta manera introdujo

información que alteró el sistema, por cuanto el número de la tarjeta al ser utilizada de esta manera, al igual que una clave, tiene la capacidad de autorizar cargos en el sistema informático y ello da como resultado la compra de productos, por esta razón los hechos encuadran en el delito de estafa informática.

Es así como del caso particular de la sentencia 416-2013, se desprende como una conducta como utilizar de forma indebida una tarjeta bancaria por medio de plataformas digitales y el uso de internet, fue interpretada por el Juzgador como una conducta que encuadre en un tipo penal u en otro, no obstante, para la fecha de los hechos aún no se encontraba vigente el actual delito de estafa informática que incluyó nuevos supuestos de comisión, como lo fueron los verbos “manipule o influya en el ingreso (...) de datos”; de esta manera, es posible encuadrar supuestos de hecho como el presente caso en este tipo penal.

Ahora bien, en relación con la tercera categoría de análisis, esta se estableció sobre usos indebidos de tarjetas de crédito y débito para realizar compras en establecimientos comerciales; al respecto, se eligieron tres resoluciones judiciales, las cuales fueron analizadas, esto se visualiza en el siguiente cuadro:

Cuadro 3: Análisis de Jurisprudencia

Analizado por	Resolución Numero	Fecha	Tipo de Uso Indebido	Criterio de Tipicidad	Criterio de Tipicidad de la Resolución impugnada
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José	00617 - 2017	26 de mayo del 2017	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa	Estafa Informática
Sala Tercera de la Corte	00498-2019	25 de abril del 2019	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa	Estafa
Sala Tercera de la Corte	01076 - 2020	28 de agosto del 2020	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa informática	Estafa Informática

Fuente: Elaboración propia, 2021.

La resolución número 00617 – 2017 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, conoció y resolvió en segunda instancia sobre el recurso de apelación planteado por la defensa técnica de las personas imputadas, contra la resolución 371-2016, de las once horas, del nueve de noviembre de dos mil dieciséis, el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, por medio de la cual se condenó tres de los encartados por los delitos de estafa informática.

Los hechos que sustentaron la sentencia condenatoria por el delito de estafa informática y que fueron objeto de apelación consistieron que los encartados se presentaron a la Tienda PLS de Plaza Lincoln, en este lugar adquirieron mercadería y utilizaron como medio de pago una tarjeta de crédito verdadera, que previamente había sido sustraída a su legítimo poseedor. Al respecto, el Tribunal de apelación refirió lo siguiente:

(...) el delito de estafa informática regulado en el numeral 217 bis del Código Penal, lo que tipifica es la manipulación y alteración de un sistema informático con el objetivo de obtener un beneficio patrimonial antijurídico por el agente activo. (...) Tal conducta no implica en modo alguno la manipulación o alteración del sistema financiero de los entes bancarios relacionados con la tarjeta de crédito, sino, únicamente, significó la utilización indebida de una tarjeta de crédito por parte de una persona que no era su titular, es decir, lo que se dio fue un engaño o ardid que produjo un beneficio patrimonial antijurídico para el agente activo de la conducta...

De esta manera, se puede apreciar como el tribunal de alzada, no comparte la calificación legal otorgada en sentencia de primera instancia, pues según su criterio, al utilizar de manera indebida una tarjeta bancaria para realizar pagos en establecimientos comerciales, por medio de un datáfono no conlleva a la manipulación o alteración del sistema financiero bancario; de esta manera, esta acción encuadra típicamente en el delito de estafa, tipificado en el numeral 216 del Código Penal, por cuanto el sujeto activo por medio de engaño o ardid, induce a error al dependiente del comercio quien cree que quien adquiere los bienes es el titular de la tarjeta, por lo cual realiza una disposición patrimonial al permitir el pago, causando un perjuicio patrimonial hacia el verdadero titular de la tarjeta.

Sobre esta misma línea de pensamiento, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución 00498-2019 se señaló lo siguiente:

De modo que, lo esencial, es determinar la influencia que ejerció el justiciable en el resultado de los datos del sistema bancario de las distintas entidades que emitieron la tarjeta mediante la utilización fraudulenta que hizo de ella, con el propósito de adquirir ilegítimamente bienes a través de una transacción no autorizada por el tarjetahabiente (...). De manera que fue un tercero, influido por el inculpado de que su identidad correspondía al tarjetahabiente, la persona que manipuló el datafono para transmitir, al banco emisor de la tarjeta de crédito, la información de que su titular solicitaba la transacción correspondiente para el pago de un bien, cuando ello no era así. Ese engaño que sufrió el dependiente del comercio es el propio de una estafa pura y simple, no de la informática, en virtud de que la manipulación del sistema informático lo efectuó una tercera persona que actuó sin dolo defraudatorio. En este asunto, la conducta acreditada es el engaño que realizó el justiciable hacia el dependiente del establecimiento comercial, al hacerle creer falsamente que era el titular de la tarjeta de crédito cuando no lo era, para así poder utilizar dicho instrumento como forma de pago de distintos bienes, pero sin modificar ni alterar la información que contenía dicha tarjeta, pues ella era original, por lo cual la conducta tenida por cierta no se adecuan al tipo penal de estafa informática.

Es así como en la referida sentencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia fue clara en compartir la calificación de estafa otorgada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José y esta fue ratificada el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, considerando básicamente que utilizar indebidamente una tarjeta auténtica como medio de pago por quien no es su titular, conlleva a un ardid o engaño, propios del delito de estafa y no a no una manipulación o alteración de los sistemas informáticos del banco emisor de dicha tarjeta y por ende, dicha acción no es configurativa del delito de estafa informática.

Ahora bien, pese a los criterios anteriormente expuestos, la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 2020-01076 de las trece horas y veinticinco minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte refirió, también conoció hechos que consistieron en que la persona imputada se presentó al local Comercial IESA, lugar donde utilizó una copia de una

tarjeta bancaria propiedad de la ofendida e intentó realizar varias compras, y para ello hizo creer a la dependiente del comercio que era él el verdadero dueño de la tarjeta, por lo cual ejecutó dos transacciones y estas salieron denegadas. De esta manera, la persona acusada intentó obtener un beneficio patrimonial antijurídico por la adquisición de bienes, lo cual conlleva a la comisión de un delito de estafa informática, según el siguiente fundamento:

Para arribar a esta conclusión, se debe partir de la configuración misma del tipo penal de estafa informática que está regulado en el artículo 217 bis del Código Penal: “Se impondrá prisión de tres a seis años a quien, en perjuicio de una persona física o jurídica, manipule o influya en el ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos de un sistema automatizado de información, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos, programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico, o bien, por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial o indebido para sí o para otro”.(...), la estructura del tipo penal, hace alusión precisamente a la utilización de datos falsos para incidir en el procesamiento de los mismos por parte del sistema y lograr así el beneficio patrimonial indebido, y esto es precisamente lo que hacen los encartados. (...), en cuanto al imputado Alejandro Papadopolo Moya y en relación con los hechos por él cometidos el 29 de enero del 2013 en el local comercial IESA según la descripción fáctica tenida por acreditada y los razonamientos aquí esbozados, se desprende que la conducta delictiva realizada se ajusta también a un único delito de estafa informática...

En este sentido, al analizar el caso en particular, este presenta un elemento importante que lo diferencia de los anteriores y es el hecho de que la tarjeta utilizada de forma indebida para realizar pagos en un establecimiento comercial, corresponde a una tarjeta falsificada; sin embargo, la acción realizada por la persona imputada fue la misma de los casos anteriores, dígame utilizar de manera indebida una tarjeta bancaria para realizar pagos en establecimientos comerciales; con esta acción hizo creer al dependiente no solo que era el titular de la tarjeta, sino también, que esta era verdadera, lo que indujo a error al comercio, quien aprobó la realización de una disposición patrimonial; sin embargo, el perjuicio no se dio ya que la tarjeta fue denegada.

Lo cierto del caso es que este fue el criterio no solo del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que recalificó lo hechos a delitos de estafa informática, sino también de la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual compartió dicho criterio.

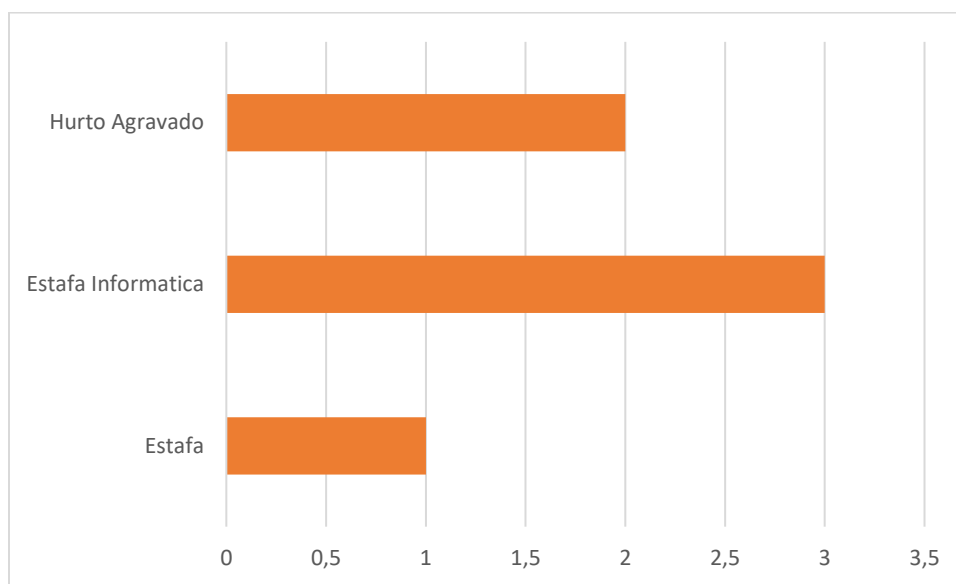
De las sentencias categorizadas como usos indebidos de tarjetas bancarias para compras en establecimientos comerciales, se extrae la idea cómo para un mismo caso se tienen criterios de tipificación distintos, dígame estafa o estafa informática. Esta circunstancia de igual manera sucede en casos similares, donde se debate si utilizar una tarjeta ya sea de crédito o débito para realizar un pago en un establecimiento, encuadra o no en los supuestos de influir, manipular o alterar datos de un sistema automatizado de información o, por el contrario, dicha acción es propia del delito de estafa; lo cierto es que este debate permite la obtención de condenas por distintos delitos, donde los hechos acreditados son similares.

Ahora bien, una vez indicado lo anterior, para dar respuesta al segundo y tercer objetivo se realizaron seis entrevistas a profundidad y se aplicó un total de doce cuestionarios, en los que participaron profesionales en derecho que desempeñan distintas funciones en materia penal, a saber, jueces, fiscales, defensores públicos, abogados querellantes.

Es así como para dar contenido al segundo objetivo, el cual pretendió determinar el criterio de profesionales en derecho que laboran en materia penal, sobre la adecuación del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, a los tipos penales actuales de Costa Rica, se analizaron los resultados de los instrumentos aplicados.

De esta manera, se procedió a realizar entrevistas a profundidad, se contó con un total de seis personas entrevistadas, quienes cumplieron con los parámetros establecidos para tal fin. De manera inicial, se le consultó a cada uno de los entrevistados acerca de qué delito configura según sus criterios, la acción de utilizar de manera indebida una tarjeta de débito o de crédito en cajeros automáticos para retirar dinero. El resultado obtenido en este primer supuesto fue variado, si bien la mayoría consideró que el tipo penal al que se adecua la conducta es el de estafa informática, también se consideró que la acción encuadraba en el delito de hurto agravado y estafa, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indebido de Tarjetas en Cajeros Automáticos



Fuente: Elaboración propia a partir de entrevistas a profundidad, 2021.

Analizado lo anterior, se denota que tres de los entrevistados consideraron que en el supuesto referido nos encontramos en presencia de un delito de estafa informática, específicamente el Entrevistado 6 refirió:

(...) tenemos que tomar en cuenta que finalmente cuando una persona se presenta a ante un cajero automático primero tenemos que analizar cuál es la naturaleza de este sistema informático.

Nos encontramos ante un sistema informático que tiene el fin de permitirle a la persona gestionar los dineros electrónicos que se encuentren en su cuenta... (Entrevistado 6, 2021).

Según lo manifestado por el Entrevistado 6, es interesante como señaló que dentro de este sistema informático como lo es un cajero automático, se manejan datos personales sensibles de carácter socioeconómico, a los cuales se puede acceder por su titular, utilizando como autenticación la tarjeta que mantiene datos personales por medio de banda magnética o de chip, e ingresando un código de manera tal que se puede acceder a la información, esta es exclusiva para el dueño de la tarjeta, de manera que si esta acción es realizada por una tercera persona sin autorización de su titular, en principio se estaría ante un delito de suplantación de identidad; sin

embargo, si con esta acción se retira dinero, existe un beneficio patrimonial, esto hace que la acción por concurso aparente de normas, encuadre en el delito de estafa informática, por cuanto sí se influye sobre el sistema mediante un uso indebido de datos, ya que se utiliza de manera ilegal los datos de identificación y de autenticación del titular y con ello se comete una estafa informática.

Ahora bien, refirió además el Entrevistado 6, que si bien existen criterios, incluso de Sala Tercera que vinculan esta acción a un delito de hurto agravado, ya que se equipara la tarjeta con una llave, es una comparación muy burda, pues este análisis deja de lado que las tarjetas bancarias son sistemas muy complejos y en la actualidad cuentan con miniprocesadores que se comunican con otros sistemas informáticos, ello permite que el titular pueda interactuar con su cuenta bancaria y realizar distintos tipos de transacciones como pagar un recibo, puede ser hacer consultas, transferencias a otras cuentas, por lo cual no es procedente simplificar todas estas capacidades a una simple llave; de esta manera el único escenario donde de acuerdo a la legislación vigente, se está en presencia de un delito de hurto, es que se utilice una llave tradicional y se vulneren las medidas de seguridad físicas del cajero automático y se logre sustraer el dinero en efectivo

Sobre esa misma línea de pensamiento, el Entrevistado 5 manifestó:

(...) influir en el ingreso de datos en un, en una base de datos informáticos, por definición el cajero automático eh dada las reglas de la experiencia se entrelaza con base en datos informáticos en sistemas operativos que manejan bancos a nivel centralizado y en consecuencia si una persona influye directamente ingresando datos que en prima facie son personales y en consecuencia influye en ese ingreso de esos datos haciendo entender al sistema bancario que quien está actuando es el titular del del tarjetahabiente pues, eh yo de primera entrada salvo situaciones excepcionales pensaría en la estafa informática (Entrevistado 5, 2021).

De lo referido por el Entrevistado 5, se destaca no solo que al realizarse una conducta por medio del cual se dé un apoderamiento de patrimonio ajeno sin contar con la autorización de su titular, por medio de una tarjeta bancaria y su clave en un cajero automático, es configurativo de un delito de estafa informática, pues se influye en el ingreso de datos del sistema bancario,

haciendo creer que se es el titular de la tarjeta, y esta acción logra que el imputado se apodere de ese patrimonio ajeno; por esto se descarta equiparar la tarjeta con una llave y por ende adecuar la conducta a un delito de hurto agravado, haciendo una analogía que resulta insuficiente; tomando en cuenta que los avances de la tecnología, y propiamente la privacidad de datos extendidos a un ámbito informático, estos tienen tutela más contextualizada en los elementos típicos del delito de estafa informática.

Lo anterior es también compartido por el Entrevistado 2, a pesar de ser claro que para él no existe una lista taxativa en la que se pueda a prima fase, englobar todas las conductas y así tipificarlas, porque es necesario establecer los elementos circundantes, para poder definir la intención finalística y así adecuar la conducta típicamente a un delito. Al respecto, expresó:

(...) que alguien llegue y utilice una tarjeta y saque dinero y fondos ya sea de débito o que o que esté utilizando eh condiciones crediticias eh podría configurar eh en principio un delito de sustracción en el sentido amplio, un hurto, un robo o bien una estafa informática que es precisamente la intención legislativa con la reforma del 217 bis. (Entrevistado 2, 2021)

De esta manera el Entrevistado 2 hizo referencia a que para poder determinar los aspectos de tipicidad de una conducta, se deben analizar: la intención finalística del sujeto activo y las cuestiones circundantes al hecho principal, ya que esto puede determinar si se está frente a un delito u otro; sin embargo, si bien para este supuesto La Sala Tercera muchos años, atrás dio una conceptualización jurídica al equiparar la tarjeta con una llave, para ese tiempo no se enfrentaba en una realidad en la cual estuviera presente la ciberdelincuencia o maneras digitales de cometer delitos como estafas informáticas. De esta manera estos antecedentes y estos criterios jurisprudenciales fueron los que impulsaron la reforma del artículo 217 bis del código penal, el cual contiene una serie de verbos rectores, elementos normativos y supuesto de hecho, para contener el fenómeno del ciberdelito en las estafas y de esta manera no se tuviera que recurrir al análisis elongado al equiparar la tarjeta con una llave, y encuadrarlo en la figura de hurto agravado.

Ahora bien, contrario a las posiciones anteriores, dos de los entrevistados refirieron que cuando una persona se presenta a un cajero automático a retirar dinero en efectivo utilizando una

tarjeta que no le pertenece, sin el consentimiento de su titular, se está en presencia de un delito de hurto agravado. Sobre el particular en Entrevistado 3 fue claro en indicar que la tipología del delito va a cambiar, dependiendo de la forma cómo es obtenida esta tarjeta de crédito, pero para el siguiente caso en específico refirió:

(...) yo por ejemplo no sé, vivo en la misma casa y voy a mi papá, a mi hermano le agarro la tarjeta y la voy a utilizar a escondidas y que se yo, mi familiar tiene la tarjeta eh el número de pin por ahí y yo lo agarro, a mí me parece, me parece que creo que de alguna mane eh manera la jurisprudencia lo ha hablado de que es un hurto agravado y por tanto la tarjeta y el pin son como un tipo de, de llave de acceso, de *password* que me da acceso a ese dinero y ahí estaríamos hablando de un hurto porque yo la estoy sustrayendo digamos, yo estoy llevándomela para poder no sé, sacar dinero digamos en un cajero electrónico... (Entrevistado 3, 2021)

De esta forma el Entrevistado 3 fue claro al determinar que la forma de cómo se obtiene la tarjeta es uno de los factores que puede determinar en qué delito encuadra la conducta, pero en relación con el criterio en el cual se establece que utilizar de forma indebida una tarjeta de débito o crédito para retirar dinero en un cajero automático, es configurativo de un delito de estafa informática, no lo comparte ya que no se está engañando, ni alterando la información del sistema, no se está ingresando datos falsos, pues se están utilizando datos impuestos al sujeto activo pero de manera ilícita, entonces el hecho delictivo se da en ese momento y no cuando se retira el dinero.

Con un criterio similar el Entrevistado 4 expresó:

(...) la realidad me dice que actualmente eso se califica como una estafa informática; sin embargo, por el tema este de la naturaleza del ardid verdad si me voy como a lo, a la naturaleza de de la norma eh de la estafa propiamente y pues yo pienso que es más eh adecuado calificarlo como un hurto verdad agravado... (Entrevistado 4, 2021)

De lo especificado por el Entrevistado 4, es bastante interesante que si bien se decantó por adecuar dicha conducta a un delito de hurto agravado, a pesar de tener claro que equiparar una tarjeta con una llave es una interpretación analógica, lo cual es prohibido en materia penal, pero por otro lado considera que no es procedente establecer que se está ante un delito de estafa

informática, porque al hablar de estafa se debe contar con un ardid, pero el sistema del cajero automático no se puede engañar, por ello se descarta que haya un delito de estafa informática. De esta manera los dos criterios cuentan con puntos débiles al tipificar las conductas; sin embargo, consideró que el criterio más adecuado es el que ampara dicha acción como delito de hurto agravado.

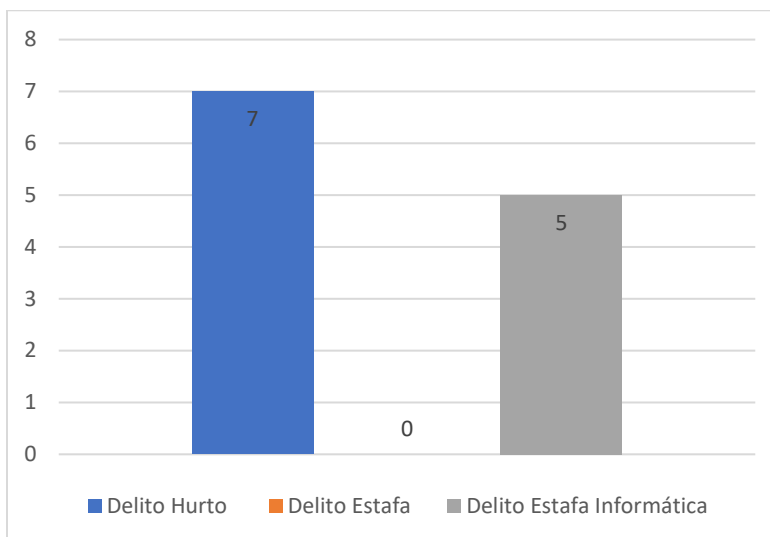
Finalmente, en relación con este primer supuesto de uso indebido de tarjeta el Entrevistado 1 refirió lo siguiente:

(...) cuando las compras se hacen con la utilización de la tarjeta de manera indebida se hace de forma física por parte de la persona en un establecimiento o bien también en un cajero automático eso sería propio de una estafa pura y simple, la estafa del artículo 216 del código penal... (Entrevistado 1, 2021)

Es así como a criterio del Entrevistado 1 en el supuesto bajo análisis en el cual el sujeto activo, al utilizar de manera indebida una tarjeta para retirar dinero en un cajero automático, está engañando directamente al banco, no se está modificando la información sensible de un sistema informático, sino que la única utilización de la tarjeta hace pensar al banco que se trata del propietario de la misma y por ende se está frente a un delito de estafa; en este sentido, descarta la adecuación de la conducta a un delito de hurto agravado, por cuanto la jurisprudencia equiparó la tarjeta con una llave. Esto es un criterio erróneo porque al centrarse en el contexto histórico en el que se reguló el hurto agravado, este tipo de tarjetas no existía y, por consiguiente, no se podría tratar de analizar que la finalidad del legislador fue abarcar algo no existente, como eran las tarjetas bancarias.

Finalmente, se pudo establecer que del primer supuesto de hecho el cual consiste en utilizar de manera indebida una tarjeta de débito o de crédito en cajeros automáticos para retirar dinero, según criterio de las personas entrevistadas se podría estar en presencia de los delitos de estafa informática, hurto agravado o estafa; es decir, ante la diversidad de criterios sobre un mismo supuesto circunstancia que, no solo ocurrió en la jurisprudencia analizada, sino que también se viene a ver reforzado con el resultado de los cuestionarios aplicados. Esto se visualiza en el siguiente gráfico:

Gráfico 2: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indebido de Tarjetas en Cajeros Automáticos

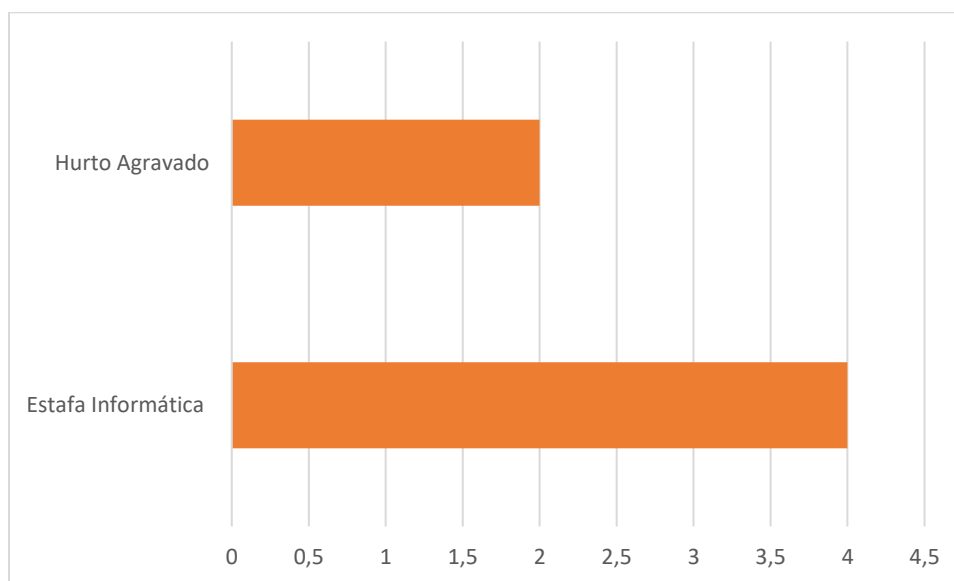


Fuente: Elaboración propia a partir de los cuestionarios, 2021.

De esta manera, se evidencia que la diversidad de criterios generada a partir del análisis de un mismo supuesto de hecho. En el caso particular de los cuestionarios, de un total de doce aplicados, siete personas consideraron que dicha acción era configurativa del delito de hurto, mientras cinco personas consideraron estar en presencia del ilícito de estafa informática.

Verificado lo anterior, se procede a analizar el segundo escenario planteado en las entrevistas a profundidad, en el cual el supuesto de hecho consistió en hacer un uso indebido de una tarjeta de débito o de crédito para realizar compras o pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso del internet. Al respecto, las respuestas de las seis personas entrevistadas en su mayoría indica una tendencia a considerar que dicha acción configura un delito de estafa informática, y una segunda corriente minoritaria consideró la comisión de un delito de hurto, tal y como se puede visualizar en el siguiente gráfico:

Gráfico 3: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indebido de Tarjetas en Plataformas Digitales



Fuente: Elaboración propia a partir de entrevistas a profundidad, 2021.

De esta manera se puede observar que cuatro de los entrevistados consideraron estar en presencia de un delito de estafa informática. Sosteniendo esta posición, el Entrevistado 1 refirió lo siguiente:

(...) existe una corriente de hecho de los estudiosos de este tipo de delitos informáticos, que es a lo que vamos de hecho, vamos a ver que es delito mayor los delitos informáticos particularmente esta utilización de la tarjeta para poder realizar compras, en comercios o eh eh, vamos a ver eh en comercios electrónicos en este caso, se denomina como carding, que es cuando específicamente las, las personas delincuentes se imponen de la información sensible de esa tarjeta como tal, llámese entonces por ejemplo su pin o código de seguridad, el número completo de la tarjeta, la fecha de vencimiento y el código de seguridad, una vez contando con esta información los delincuentes ingresan hacia páginas de venta de bienes o de servicios... (Entrevistado 1, 2021)

De esta manera lo referido por el Entrevistado 1, en el supuesto cuando se utiliza una tarjeta por medios digitales, se está en presencia de un delito de estafa informática, por cuanto la acción del sujeto activo consiste en imponerse de información sensible, la cual se encuentra en las tarjetas, y con esta información inciden o modifican datos en un sistema informático, para

obtener un beneficio al realizar las compras, esta conducta propia de delitos de estafa informática se encuentra establecido en el numeral 217 bis del código penal.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el Entrevistado 2 indicó;

Ahí estaríamos de nuevo en la, en el esquema del 217 bis porque hay una manipulación a través de sistemas informáticos de la meta data de las páginas o los sitios web o de los portales con una intención finalística que es obtener un rédito económico o un beneficio patrimonial antijurídico como lo dice la doctrina o como lo establece el propio tipo penal 217 bis... (Entrevistado 2, 2021)

El Entrevistado 2 fue bastante claro al referir que utilizar una tarjeta de débito o crédito de forma indebida por medio de plataformas digitales, es una conducta propia del delito de estafa informática, pues dicha acción se comete en la clandestinidad por el ciberespacio, utilizando de manera falsaria la identidad supuesta del tenedor de la tarjeta, cuando en realidad no es así, además, esta acción tiene un fin evidentemente patrimonial y por ende la conducta encuadra en el numeral 217 bis del código penal.

Refirió además el Entrevistado 2 que este tipo de acciones encuentran diversidad de criterios, donde algunos juristas podrían decantarse, como ha sucedido, por considerar la comisión de un delito de hurto agravado, al equiparar la tarjeta con una llave o, si existió violencia en el apoderamiento de la tarjeta, se está ante un delito de robo, e incluso algunas tendencias menos tecnológicas, consideran la comisión de un delito de estafa, pero considerar que se engaña al operador cibernético se cae en un absurdo; no obstante, lo que sí está claro es que en este tipo de temas jurídico penales la interpretación siempre es variada.

Con un análisis muy similar, el Entrevistado 5, consideró que también se está ante un delito de estafa informática por lo siguiente:

(...) la persona ingresó de forma directa datos eh para los cuales no tenía autorización legal y los hizo ver como propios en un sistema o en un software o en una base de datos independiente por lo cual nuevamente esa acción en caso de consumarse actuaría en demérito del patrimonio ajeno y sería mediante un engaño al falsear datos para los cuales no estaba autorizada... (Entrevistado 5, 2021).

Con esta acción, el sujeto activo comete un delito de estafa informática, pues de manera directa accede a un sistema informático, ingresa datos ciertos para los cuales no está autorizado y realiza compras virtuales; descarta la posibilidad de que exista un delito de hurto y además existiendo un tema de especialización con respecto a una estafa pura y simple, pues si bien este delito al igual que la estafa informática, tutelan el bien jurídico patrimonio; sin embargo, el ardid que utiliza delito de estafa informática tiene una especial característica y es que esta se relaciona con la influencia y la manipulación en bases de datos informáticas y es aquí donde se diferencia este delito de la estafa pura y simple.

Por su parte, el Entrevistado 6 consideró que en cuanto a este supuesto existe una variante en la modalidad delictiva, pues en este caso particular para cometer una estafa informática, no es necesario apropiarse de la cuenta, por las escasas medidas de seguridad vinculadas con una política de cero fricción en el este tipo de transacciones, solo basta con tomarle un fotografía a una tarjeta y es posible hacer compras en línea, de esta manera, pero con una modalidad distinta, también se está frente a un delito de estafa informática. Este refiere:

(...) yo ingreso datos, vea que es uno de los elementos del tipo penal, ingreso datos, me hago pasar por el titular, hago un pago y genero un beneficio económico para mí o para un tercero. Esa es la estafa informática, pero nuevamente será con acompañamiento de diferentes conductas delictivas informáticas... (Entrevistado 6, 2021).

Por ello, esta modalidad es constitutiva de un delito de estafa informática, el cual puede ir acompañado de otras conductas delictivas informáticas como violación de datos personales y de correspondencia, suplantación de identidad, instalación y propagación de programas informáticos maliciosos, entre otros; pero no se puede dejar de lado que es ante un comercio electrónico que se da el uso indebido de datos para suplantar la identidad del titular de la tarjeta y lograr hacer compras, por lo que se dan todos los elementos de la estafa informática.

Ahora bien, contrario a los criterios anteriores, dos de las personas entrevistadas refirieron que bajo este panorama se está ante un delito de hurto agravado. En ese sentido, el Entrevistado 3 refirió:

(...) eso sería hurto porque ellos no están engañando al sistema con nada, o sea la tarjeta me está dando toda la información, no estoy alterando el sistema ni, ni sacando información incorrecta, me parece que sigue siendo un hurto en este caso... (Entrevistado 3, 2021.)

En su posición, el Entrevistado 3 sostuvo que no se está en presencia de una estafa informática, porque los datos necesarios para realizar la compra son los que se encuentran en la misma tarjeta de crédito; es decir, simplemente el número de tarjeta, la fecha de vencimiento, el nombre completo y el número de seguridad insertado en la parte posterior de la misma y, con esto, es posible realizar la compra; es decir, no existe ninguna información por medio de la cual se esté alterando el sistema para poder engañarlo o alterar los datos.

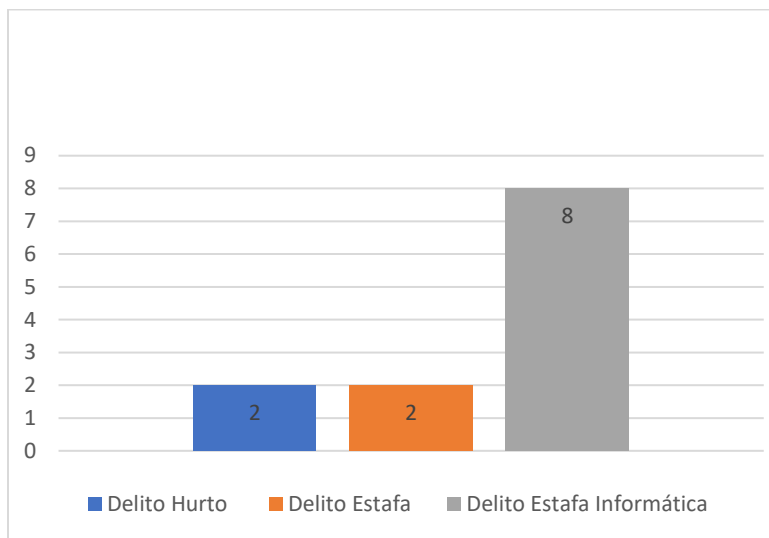
Finalmente, el Entrevistado 4 también consideró la comisión de un delito de hurto agravado en el supuesto bajo análisis, por lo siguiente:

(...) por tratarse de un desapoderamiento sin violencia ni fuerza verdad del patrimonio de una persona para generarme yo un beneficio, pues yo diría que lo que más se parece a esa conducta que sé que se pretende tutelar en mi criterio sería el hurto. (Entrevistado 4, 2021)

El entrevistado 4 sostiene su criterio y lo fundamenta en que no puede aceptar la teoría de que la acción configure un delito de estafa, pues no existe un engaño a una persona que conlleve a un perjuicio antijurídico; claramente, al utilizar datos de la tarjeta e incorporarlos a un sistema este asume que es titular; por esto, aplicando el principio de espacialidad, la conducta parecería encuadrar en un delito de estafa informática, pero por cuanto no se da este ardid hacia la persona al engañar a otro sujeto, se descarta la aplicación de este tipo penal y por ende la conducta debería ser calificada como un hurto.

Analizadas las entrevistas a profundidad, se observa que en el supuesto de utilizar una tarjeta de débito o de crédito para realizar compras o pagar servicios por medio de plataformas digitales encontró dos criterios distintos en cuanto a su tipificación circunstancia, la cual también fue evidenciada tanto en el análisis jurisprudencial realizado, como en los cuestionarios aplicados, los cuales arrojaron el siguiente resultado:

Gráfico 4: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas por Medio de Plataformas Digitales

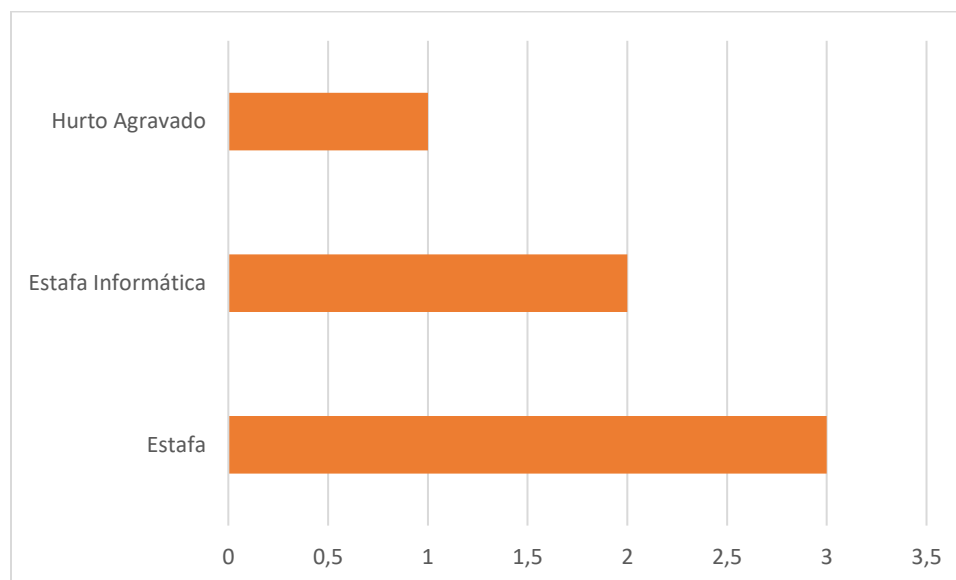


Fuente: Elaboración propia a partir de los cuestionarios, 2021.

De la aplicación de cuestionarios, queda en evidencia que también existen distintos criterios de tipificación en cuanto a la calificación jurídica aplicable al supuesto de hecho sujeto de análisis; en este caso particular, se denota que predominó la creencia de considerar que se está en presencia de una estafa informática, pero no se descarta la aplicación del delito de hurto agravado e incluso da un parámetro, descartado en las entrevistas, y es la aplicación de un delito de estafa.

Visualizado el escenario anterior, se arribó a un tercer supuesto, este consiste en la utilización indebida de tarjeta de débito o de crédito u otro instrumento de pago electrónico similar como forma de pago presente en establecimientos comerciales. De esta manera, como resultado de las entrevistas a profundidad, predominó el criterio de que dicha acción es constitutiva de un delito de estafa pura y simple; sin embargo, también están presentes criterios distintos de tipificación, tal y como se puede observar en el siguiente gráfico.

Gráfico 5: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indebido de Tarjetas en Establecimientos Comerciales



Fuente: Elaboración propia a partir de entrevistas a profundidad, 2021.

Sobre el particular, en relación con la idea de que esta conducta encuadra típicamente en el delito de estafa establecido en el numeral 216 del código penal, el Entrevistado 3 señaló:

(...) una estafa, porque yo me estoy haciendo pasar por un tercero y estoy simulando hechos, estoy simulando que soy esa persona y estoy eh tendiendo a engaño a la persona eh firmándole y presentándole una tarjeta o una cédula, en eso mu, en ese caso que que me dices pues yo tengo que mostrar alguna cédula (...) me estoy haciendo pasar por otro, entoe estoy simulando hechos falsos para llevar un ardid para llevarte a error y hacerte creer que yo soy el tarjetahabiente y por lo tanto tener un beneficio patrimonial y jurídico y perjudicar al dueño de la cuenta, eso sería una estafa (Entrevistado 3, 2021).

Bajo esta premisa, el Entrevistado 3 considera que en este supuesto se encuentran todos los elementos de tipicidad del delito de estafa, por cuanto el sujeto activo por medio de ardid se hace pasar por el titular de la tarjeta, con ello induce a error al dependiente del comercio, y por lo tanto se genera un beneficio patrimonial antijurídico, que representa un perjuicio para para el dueño de la cuenta; además, el Entrevistado 3 fue claro en indicar que no se está en presencia de un delito de estafa informática porque no se está alterando información del sistema informático,

ni en los datos, ni en el procesamiento, únicamente realizó un engaño al hacerse pasar por el dueño de la tarjeta.

El Entrevistado 1, sostiene un criterio similar y refirió:

(...) eso es propio también del delito de estafa, del 216 del código penal eh, ahí a quien se le induce a error a quien se le engaña, es específicamente a la persona que realiza la venta, eh ya sea al comerciante o eventualmente a la persona encargada de realizar la ventas como tal y el perjuicio se lo ocasiona evidentemente pues a la víctima verdad... (Entrevistado 1, 2021)

De esta manera, es el sujeto activo quien se presenta en el establecimiento comercial y hace las compras, utilizando para ello una tarjeta ajena, y con esto logra inducir a error al comerciante, generándole un perjuicio al titular de la tarjeta. Esto, según el Entrevistado 1, no produce mayor discusión con respecto a si se está en presencia de un delito penal u otro.

Siguiendo esta misma corriente de pensamiento, el Entrevistado 5 fue bastante convincente en referir que el supuesto es configurativo del delito de estafa y establece lo siguiente:

(...) el sujeto activo se hace pasar por el tarjetahabiente con independencia del tema de la cédula porque en el marco del caso habría que ver cómo es posible, verdad, que presentando la cédula coincida con la persona física que está ahí, al mismo tiempo se induzca a error respecto a la identidad del tarjetahabiente, yo lo calificaría de la estafa tradicional y que en razón del monto, eh, habría que valorar si es menor o mayor (Entrevistado 5, 2021).

Con este criterio, el Entrevistado 5 descartó la aplicación de otro tipo penal, al menos en el supuesto tradicional; sin embargo, en otros panoramas, como cuando la tarjeta es falsificada o clonada, o si se introducen datos falsos en una tarjeta verdadera, estos podrían ser elementos diferenciadores los cuales provocarían que la conducta encuadre en una estafa informática.

Ahora bien, una segunda corriente consideró que el utilizar de manera indebida una tarjeta como medio de pago en establecimientos comerciales, es configurativo de un delito de estafa informática. Al respecto, el Entrevistado 6 señaló:

(...) usted llega a un comercio usted, llega a un acuerdo entre cosa y precio y deciden qué método de pago van a utilizar, ya sea su tarjeta bancaria, que no es otra cosa que una tarjeta que le permite a usted identificarse ante el sistema bancario internacional vinculado con las compras y ventas por tarjetas de crédito, como el titular de esta cuenta que le permite hacer una transacción (Entrevistado 6, 2021).

Es muy interesante el análisis realizado por el Entrevistado 6, quien refirió que la tarjeta es un instrumento que permite al sujeto activo identificarse ante el sistema bancario, vinculado para compras y ventas e información captada en un POS, este es un procesador diseñado para ese tipo de transacciones, el cual cuenta con una medida de seguridad que no es la más adecuada; ello facilita a los delincuentes explotar esas facilidades en los sistemas de autenticación, pero en este caso, la titularidad de la tarjeta se acredita mostrándola. Esta tarjeta hace el proceso informático, pues su chip cuenta con medidas de seguridad que permiten vincularla con la cuenta bancaria a la cual está ligada. Si bien existe un proceso análogo, por medio del cual el dependiente acredita la identidad del tarjetahabiente, a quien en efecto se engaña pero en realidad es el sistema informático, pues es vulnerado, por no contar con las medidas de seguridad adecuadas. Asimismo, quien gestiona el dinero electrónico en las cuentas, es el sujeto activo al que se tiene acceso a través de la tarjeta de crédito, por lo tanto quien tiene el control es el sistema informático y no la persona.

Por otra parte, el Entrevistado 6 fue claro en manifestar que, bajo esta dinámica, se da un híbrido, porque se vulnera el sistema informático, pero también se engaña al dependiente quien cumple una función accesoria, esto en efecto configura un delito de estafa, pero por principio de especialidad y en virtud de que también se dan los supuestos de la estafa informática, esta última desplaza a la primera.

Con un criterio similar, el Entrevistado 2 expresó que dicha acción es configurativa del delito de estafa informática por lo siguiente:

(...) el uso indebido y el uso de datos falsos, falsos no es solo en la falsedad, se da en el contenido material del objeto material del objeto, del delito, y en el contenido falsario a través de lo que la, lo que la doctrina francesa llama la “*mise en scène*” quiere decir la puesta en escena de la persona que se hace pasar por aquella persona que debería ser la titular del delito, la titular de la tarjeta, corrijo. Entonces eso va a influir en el procesamiento de datos, a través del uso indebido o del carácter falsario utilizando la tarjeta de crédito que luego a su vez, va a ser aplicada de manera informático, generándole un rédito al imputado o a otro tercero que también puede verse beneficiado, ahí estamos por lo menos, para mí, claramente, frente a una estafa informática... (Entrevistado 2, 2021).

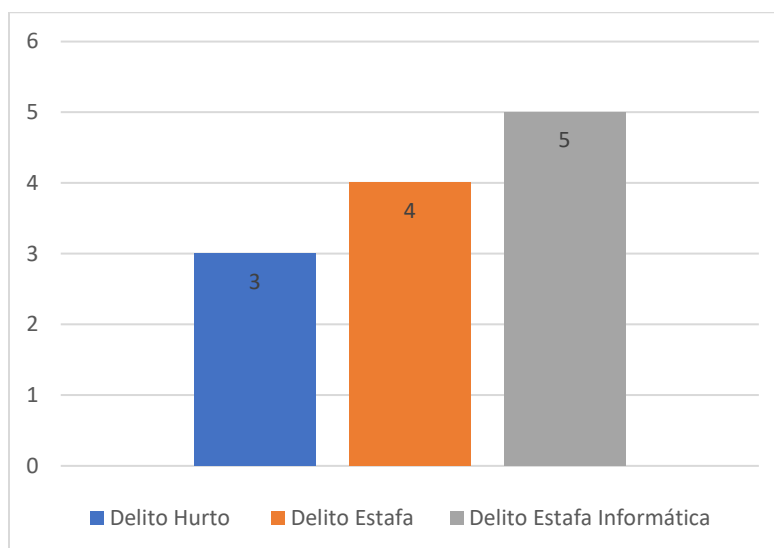
De esta manera, lo sostenido por el Entrevistado 2 descarta la aplicación de un tipo penal distinto al de estafa informática, esto en razón de que, si bien para la comisión del hecho se da la participación de una tercera persona, dígame el dependiente del comercio quien es engañado; esto debe analizarse desde la figuras como la participación, porque este sujeto actúa como un instrumento no doloso, quien no forma parte del plan delictivo, ni como coautor ni como un cómplice porque está siendo instrumentalizado; pero esta persona permite el acceso a los sistemas informáticos para la cobranza de un servicio y por consiguiente, se configura un delito de estafa informática.

Finalmente sobre este mismo supuesto, el Entrevistado 4 consideró que la acción tendiente a utilizar de manera indebida una tarjeta como forma de pago en un establecimiento comercial, es configurativa de un delito de hurto agravado, pues fue claro en indicar que sería bastante razonable hablar de un delito de estafa triangular, pero como se está engañando al dependiente del comercio, este está siendo instrumentalizada y no al dueño de la cuenta a la cual está ligada la tarjeta; en este sentido, no es posible adecuar esta conducta a un delito de estafa, aunado a que no existe una interacción directa por parte del sujeto activo con un sistema, por esto también se descarta la aplicación del tipo penal de estafa informática, porque tomando en cuenta que todos los tipos penales analizados cuentan con fundamento para su adecuación, la diferencia está en que la pena del hurto es bastante menor, comparada con los demás supuestos.

Una vez verificados los resultados de los criterios de las personas entrevistadas en cuanto a establecer qué delito se configuraba al utilizar de forma al indebida una tarjeta de débito o de

crédito u otro instrumento electrónico similar, como forma de pago presente en establecimientos comerciales, se observó disparidad en cuanto a los tipos penal; este fenómeno también se vio reflejado al analizar los reculados de los cuestionarios aplicados, tal y como se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 6: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas en Establecimientos Comerciales



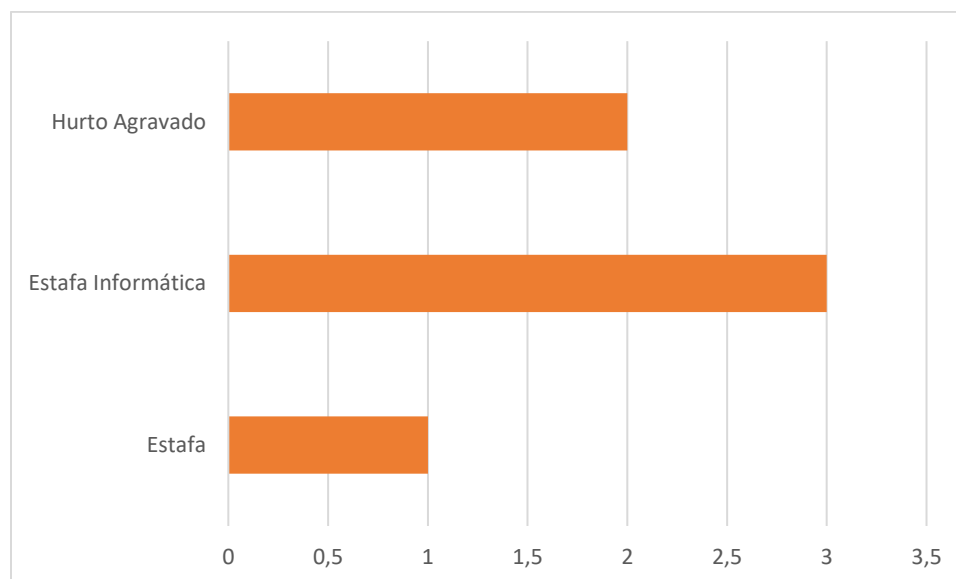
Fuente: Elaboración propia a partir de los cuestionarios, 2021.

Se puede visualizar que, de los cuestionarios aplicados, a diferencia de las entrevistas a profundidad, predominaron las consideraciones donde se establecieron que, en el supuesto bajo análisis, se está en presencia de un delito de estafa informática, pero también hubo criterios que adecuaron la conducta a los tipos penales de estafa y hurto; se denota acá, al igual que en el análisis jurisprudencial, la diversidad de criterios de tipificación con respecto a un mismo supuesto de hecho.

Una vez analizados los instrumentos que permitieron dar contenido al segundo objetivo, en respuesta a lo planteado en el tercer objetivo con el fin de analizar si el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido encuadra típicamente a la normativa penal actual de Costa Rica, lo cual se evidenció con la aplicación de los instrumentos, de estos se detona que, en efecto, dicha acción sí es constitutiva

de un delito penal. En lo que respecta a las entrevistas a profundidad, al igual que los supuestos planteados con anterioridad, existieron distintos criterios de tipificación sobre el mismo supuesto de hecho. Esto se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 7: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indevido de Tarjetas para Pagos Rápidos



Fuente: Elaboración propia a partir de entrevistas a profundidad, 2021.

De lo referido se puede visualizar como en este nuevo supuesto, a criterio de los entrevistados predominó la creencia que utilizar de forma indebida una tarjeta de débito o de crédito en un establecimiento comercial, pero bajo la figura de pago rápido, configura un delito de estafa informática, particularmente, el Entrevistado 6 manifestó:

(...) lo que viene a probar este tipo digamos de normativa reciente es que digamos el carácter accesorio de la función del dependiente y que el sistema de autenticación y el sistema de gestión de sus fondos se encuentra en control del sistema informático, entonces deja todavía más claro que nos encontramos ante estafas informáticas. (Entrevistado 6, 2021)

De esta manera, el Entrevistado 6 ampara su criterio analizando que en los casos en los cuales, se utilice una tarjeta dentro de la modalidad de pago rápido, al no existir una interacción con el dependiente con el fin de comprobar la identidad del sujeto activo, se deja más en evidencia que el sistema informático tiene el control de la transacción, por esta razón cualquier

uso indebido de la tarjeta de débito o crédito, será configurativa de un delito de estafa informática, tomando en cuenta que las tarjetas, son sistemas informáticos pues procesan información que, al vincularse con el POS, generan una conexión única y ello permite aprobar la transacción. Esto es completamente coincidente con definición de sistema informático del Convenio Europeo sobre Ciberdelincuencia y, en este supuesto, se está ante una estafa informática. Los procesos de compra a nivel global por medio de sistemas informáticos se realizan con ayuda de los dependientes, quienes no tienen el control de estos sistemas, porque no son los humanos quienes hacen la verificación de fondos, sino únicamente cumplen con un protocolo de seguridad.

Sobre este mismo supuesto y con un criterio similar, el entrevistado 2 expresó que si bien existe un escenario muy distinto cuando se realiza una transacción de pago rápido, lo cierto del caso es que la estafa informática requiere el procesamiento y el uso indebido de datos, lo cual puede ocurrir en distintos escenarios, pues el tipo penal tiene un supuesto de hechos y un núcleo central sobre el cual se va a revisar la conducta y después de ellos determina de qué forma circunstancial ocurre esta conducta; es decir, las condiciones modales varían, pero estas siguen encuadrando dentro del delito de estafa informática.

En relación con este mismo supuesto de hecho, el Entrevistado 5 indicó:

(...) si no se hace ingresar en error a una persona física eh ya sea porque se le hizo ingresar en error o porque se instrumentalizó si fuera el supuesto, es uno igualmente que aquí no existe sino que la persona directamente influyendo, en este caso no en el ingreso de datos porque lo que hace es presentar el dispositivo sea la tarjeta o la pulsera, pero sí en el procesamiento de alguna forma puesto que ella activamente y conscientemente sabe que la tarjeta no es propia o que la pulsera no es propia y la muestra como tal ante el sistema pues entonces lo que procedería en ese supuesto es la estafa informática (Entrevistado 5, 2021).

El Entrevistado 5 consideró que si la variable de una transacción es de pago rápido, los hechos no configuran una estafa, sino una estafa informática, pues acá no se induce en error a una persona dependiente, no hay una interacción con este, en el sentido de acreditar la identidad del portador de la tarjeta. Ahora bien, con respecto al criterio de que no hay una manipulación del

sistema, la conducta se debería adecuar a un hurto. En este sentido, el Entrevistado 5 consideró que este es un criterio anacrónico, porque asumir que no existe una influencia en un sistema electrónico, cuando es a través de un sistema automatizado mediante el cual se está influyendo de manera directa en este; es desconocer la especialidad del delito de estafa informática sobre el delito de hurto. Estas son dos normas que tutelan el bien jurídico patrimonio, pero una de ellas también tutela la privacidad de disposición informática por lo cual, desde una perspectiva de análisis de protección al bien jurídico, el delito de hurto por especialidad es desplazado por el de estafa informática.

Contrario al criterio anterior, el Entrevistado 4 sostuvo que la acción es configurativa de un delito de hurto agravado, porque para este caso particular, no solo no se engaña al dueño de la cuenta, sino que tampoco se engaña al dependiente del comercio, pues no se tiene la obligación de identificarse, por ello estableció la tipificación de la conducta de acuerdo con lo siguiente:

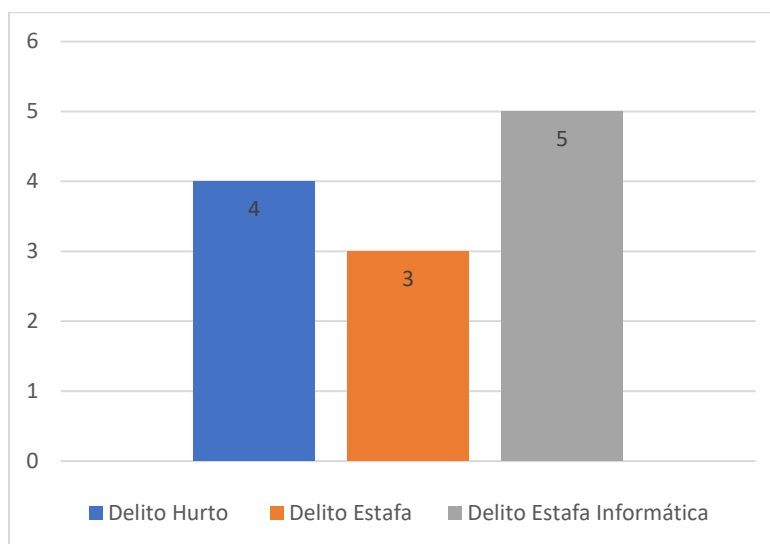
(...) se podría tratar de un hurto verdad eh agravado por la utilización de la tarjeta, porque di pues no deja de ser una una sustracción patrimonial verdad, eh le genera u un perjuicio a la persona a la persona ofendida sin violencia ni fuerza entonces por ahí uno podría pensar que existe que existe un hurto... (Entrevistado 4, 2021)

Aunado a lo anterior, el Entrevistado 3 refirió que en este supuesto, se debe de descartar un delito de estafa por cuanto no existen los requisitos de seguridad y no es posible realizar un engaño; esta dinámica es jurídicamente muy similar a comprar en efectivo, por esto lo que hace el sujeto activo es hurtar o sustraer el número de la cuenta del ofendido, sin que exista tampoco un delito de estafa informática y, por ende, es un delito de hurto.

Finalmente, en este supuesto, por medio del cual de manera indebida se realice un pago rápido en un establecimiento comercial, el Entrevistado 1 tuvo un criterio distinto a las demás personas entrevistadas, pues acá aún persisten los supuestos que adecuan la conducta a un delito de estafa, porque indistintamente de los métodos de pago utilizados y relacionados con la cuenta del ofendido, como lo son las tarjetas u otros instrumentos de pago electrónico, a saber brazaletes, sticker, teléfonos, entre otros, no hacen diferencia en torno al tipo penal al cual se ajuste la conducta; es decir, se está en presencia de un delito de estafa.

Ahora bien, con el fin de determinar si el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido encuadra típicamente en la normativa penal actual de Costa Rica, según el criterio de las personas a quienes se les aplicaron los instrumentos, además de las entrevistas, se cuenta con el resultado de los cuestionarios aplicados, de los que se deriva la información visible en el siguiente gráfico.

Gráfico 8: Criterio de Tipicidad sobre el Uso Indebido de Tarjetas para Pagos Rápidos



Fuente: Elaboración propia a partir de los cuestionarios, 2021.

De esta manera, al observar los resultados tanto de los cuestionarios como de las entrevistas a profundidad, es posible establecer que la utilización indebida de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, es una acción configurativa de delito penal; sin embargo, al igual que los demás supuestos analizados, en los cuales media un uso indebido de tarjetas de débito o crédito; los criterios de tipificación son completamente variados, porque si bien la tendencia mayoritaria es considerar que se configura un delito de estafa informática, también están presentes criterios en los cuales se considera que se comente un delito de hurto o de estafa.

Como parte de este análisis, es importante tomar en cuenta también, de cara a la realidad en torno a los distintos criterios de tipificación de las conductas en las cuales medie un uso indebido de tarjetas, reflejado en el estudio de la jurisprudencia, en los cuestionarios aplicados y

en las entrevistas a profundidad, de manera que, a la luz del principio de legalidad, tres de los entrevistados consideraron dicha acción como violatoria del principio de legalidad.

En ese sentido, el Entrevistado 3 manifestó que sí afecta el principio de legalidad el tratar de encajar conductas novedosas dentro un tipo penal genérico, pero es necesario que, cuando surja una nueva forma de defraudar y más aun con la economía digital por analogía; estas se deben asimilar a las formas actuales y esto es socialmente tolerable, para no crear un margen de impunidad, porque es imposible que las normas se creen con la misma velocidad con que surgen las acciones delictivas nuevas. Esto dejaría un espacio temporal en el cual no se sancionen estas conductas; por ello, necesariamente se debe de permitir esta flexibilidad, sin afectar groseramente el principio de legalidad, porque si la conducta no está en la norma, se deben analizar los principios básicos que logren adecuarla objetivamente a una norma vigente. Por ello, el Entrevistado 3 consideró que sí era una opción válida crear nuevos tipos penales para establecer supuestos de hecho específicos a las conductas analizadas, por cuanto estas tienden a separarse de otros hechos delictivos con circunstancias específicas y muy concretas y podrían generar tipos penales particulares más afines al principio de legalidad.

Por su parte, el Entrevistado 6 expresó que la parte procesal y con más razón la parte imputada debe, por lo menos, tener una idea de cómo se van a aplicar las normas y a qué pena se expone, por cuanto en materia penal, es la libertad de las personas lo que se encuentra vinculada, y los juzgadores tienen un deber prohibición de la interpretación analógica y amplia, al existir un incorrecto debate regulatorio, si en efecto se lesionan los derechos de las partes.

Ahora bien, el Entrevistado 6 acerca de la creación de nuevos tipos penales más específicos al uso indebido de tarjetas, mencionó:

(...) es lo más adecuado porque tenemos que entender que la comprensión del tipo penal de la estafa informática, bien no es tan sencilla, de hecho me parece que es un tipo penal complejo de su, digamos en su análisis y digamos que se, se le escapa de las manos al lego en derecho e inclusive al especialista en derecho que no maneja temas informáticos, entonces, este, vemos que deberían haber normas que sean un poquillo un poquito más fáciles de entender... (Entrevistado 6, 2021)

Es muy interesante lo mencionado por el Entrevistado 6, este es claro en referir que el tipo penal de la estafa informática es complejo, pues tiene elementos que requiere de alguna manera, el conocimiento informático; por ello contar con tipos penales específicos, daría seguridad jurídica a quien estudie la ley, ahora bien otro aspecto de importancia señalado por el Entrevistado 6, es que si bien el delito de estafa informática encuadra en todos los supuestos de hecho analizados al uso indebido de tarjeta, este nos da una pena mínima de 5 años de prisión por lo cual, evidentemente, no es un tipo penal adecuado para ese tipo de conductas; se deben tener normas especiales con sanciones específicas de acuerdo con la conducta, al definir parámetros como montos defraudados, por lo cual por un tema de política criminal, se requieren reformas.

En esa misma línea, el Entrevistado 4 relató que al analizar, a la luz del principio de legalidad, los supuestos en los que se utilice de manera indebida una tarjeta; ello corresponde a una conducta atípica, pero por una cuestión de política criminal y de opinión pública es sancionada penalmente, porque aunque se tenga razón que ni la estafa informática describe la conducta, y por prohibición de analogía no se podría interpretar como agravante del hurto, al equiparar la tarjeta con una llave, es poco probable que un Tribunal la resuelva como tal porque existe un compromiso de no permitir que acciones como las analizadas no sigan pasando. Tomando en cuenta el hecho de que las conductas analizadas parecen no encuadrar de manera correcta en ninguno de los tipos penales, consideró el Entrevistado 4 que de previo existen parámetros objetivos que determinen necesidad, sería preciso establecer nuevos tipos penales y además que estos cuenten con penas proporcionales a dichas acciones.

Por su parte el Entrevistado 1 consideró que, conforme vaya avanzando el tiempo, se van a requerir reformas, no solo en delitos relacionados con el uso indebido de tarjetas, sino en todos los delitos y más aún a los de índole informático, pues dentro de los bienes jurídicos valiosos de las personas, hoy en día, los datos contenidos en el plástico de las tarjetas, se traducen en dinero para los delincuentes. Ello genera nuevas formas de delinquir, por ende, los delitos penales deberán ser fortalecidos y ser más específicos cada vez, para que contengan, de forma clara y precisa, las acciones que se pretende regular, para evitar la comisión de estos delitos.

A pesar de lo anterior, el Entrevistado 1, en contraposición a lo referido por los otros entrevistados, considera que el hecho de que existan distintos criterios de tipicidad en cuanto a las conductas, no violenta el principio de legalidad, porque existen varios delitos de índole

informático que se pueden adecuar a las distintas conductas por lo cual no hay afectación al principio de legalidad.

En esa misma línea de pensamiento, el Entrevistado 2 aclaró que el principio de legalidad tiene varias acepciones, la primera de ellas la refiere como garantía, de manera que la ley debe ser escrita, creada bajo el procedimiento establecido por ley y anterior a la comisión del hecho, de manera que la multiplicidad de criterios sobre un hecho es la que posibilita llevar asuntos a sede casacional. Por lo cual la interpretación de una norma por sí misma no afecta el principio de legalidad, salvo que sea extensiva o analógica; en este caso, sí podría afectar dicho principio.

Ahora bien en cuanto a considerar necesaria la creación de tipos penales específicos para los usos indebidos de tarjetas, el Entrevistado 2 consideró que los tipos penales deben ser creados, mediante una técnica legislativa correcta y únicamente para proteger bienes jurídicos indispensables, por cuanto la estafa informática engloba todos los supuestos analizados, por lo cual no consideró necesario hacer que emerjan nuevos tipos penales, porque las formas modales de los usos indebidos de tarjetas podrán variar con el paso del tiempo pero se debe valorar que la conducta se subsuma dentro de los verbos rectores y el núcleo del tipo penal.

Finalmente, el Entrevistado 5 indicó que la problemática no la enfocaría desde el principio de legalidad sino más bien es una circunstancia de norma procesal, pues no se podría sostener que dos interpretaciones válidas y derivadas de la independencia judicial sean contrarias al principio de legalidad, sino más bien al de seguridad jurídica, ya que una misma acción en dos jurisdicciones distintas podría ser calificada de manera distinta. Por ello esta situación deberá ser resuelta por la Sala Tercera mediante recurso de Casación y, de esta manera, respetar el principio de seguridad jurídica.

Por otra parte, refirió el Entrevistado 5 que nunca había suficientes tipos penales que calcen todos los supuestos de hecho, pero sí se requiere que estos tipos penales protejan de forma suficiente los bienes jurídicos. De esta manera, la creación de tipos penales debe ser exclusivamente ante la laguna normativa, dicha circunstancia no ocurre en los usos indebidos de tarjetas, pues el delito de estafa informática cumple con los requerimientos de idoneidad para un análisis de tipicidad y de protección de bienes jurídicos en el ámbito tecnológico, por ello sería innecesario crear normas nuevas.

De esta manera, realizado el análisis de los resultados obtenidos, se logró identificar cómo se han tipificado en Costa Rica los hechos ilícitos relacionados con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito, así como determinar el criterio de profesionales en derecho que laboran en materia penal, sobre la adecuación del uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido, a los tipos penales actuales de Costa Rica y poder establecer si el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido encuadra típicamente a la normativa penal actual de Costa Rica, según criterios de profesionales.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Una vez desarrollado este trabajo final de graduación, se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se lograron definir a partir de los objetivos planteados, el marco teórico utilizado y la aplicación de instrumentos de investigación, lo que permitió dar respuestas tanto al objetivo general como a los objetivos específicos propuestos:

- Realizado el análisis de sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en sus distintos modos de ejecución, como lo son el retiro de dinero en cajero automático, para adquirir bienes o pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso de internet, o bien, para realizar compras en establecimientos comerciales, se logró identificar que sobre una misma conducta se ha resuelto de manera distinta, con respecto al tipo penal aplicable.

En ese sentido, hacer un uso indebido de una tarjeta de crédito para retirar dinero en un cajero automático se ha considerado un delito de hurto agravado, al equiparar la tarjeta con una llave; o bien, que se comete un delito de estafa informática, pues, al hacer uso de un cajero automático, se manipula un sistema informático con información obtenida de forma indebida y con ello se obtiene un beneficio patrimonial antijurídico. Esta misma circunstancia ha ocurrido en el caso de que la tarjeta se utilice por medio de plataformas digitales y el uso de internet, por cuanto se tienen distintos criterios de tipificación. Asimismo, al utilizar de forma indebida una tarjeta de débito o crédito en un establecimiento comercial, si bien existen criterios que ampararon la aplicación de un delito de estafa informática, también se estableció la comisión de un delito de estafa, fundamentado en que se induce a error al dependiente y no se influye, manipula o alteran datos de un sistema automatizado de información.

- Con respecto a los criterios sostenidos por profesionales en derecho que se desempeñan en el ámbito penal, en relación con la adecuación típica de los distintos usos indebidos de tarjetas de crédito y débito dentro en los delitos penales actuales de Costa

Rica; se encontró que en los diferentes supuestos analizados, estas conductas se pueden encuadrar en los delitos de hurto en su modalidad agravada, estafa o estafa informática. Ahora bien, específicamente sobre el uso de tarjetas en establecimientos comerciales, los profesionales que consideraron que en efecto existe una manipulación en los datos de un sistema informático, se decantaron por la adecuación en una estafa informática. Los profesionales que consideran la existencia de un ardid por parte del sujeto activo por inducir a error al dependiente del comercio, porque lo hace realizar una disposición patrimonial la cual conlleva a su vez un beneficio patrimonial antijurídico; la determinan como una estafa pura y simple. Por su parte, un tercer grupo fundó su razonamiento en que, al existir una acción en detrimento del patrimonio ajeno sin violencia contra las personas ni fuerza sobre las cosas, se comete es un delito de hurto.

- Con respecto a si el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales para las transacciones de pago rápido encuadra típicamente a la normativa penal actual de Costa Rica, fue posible establecer según los resultados de los instrumentos aplicados a profesionales, que estos consideraron que para este caso específico se pueden configurar los delitos de hurto, estafa o estafa informática, por ello se determinó que tal conducta en efecto es constitutiva de un delito penal.
- Finalmente, para responder a la pregunta de investigación planteada: ¿Cómo tipificar dentro de la normativa penal vigente de Costa Rica el uso indebido de tarjetas de crédito y débito como instrumento de pago electrónico en las transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales a partir de abril del 2020?; realizado el análisis de los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, se encontraron criterios distintos y excluyentes entre sí, esta misma circunstancia ha ocurrido en todos los supuestos en los cuales ha versado un uso indebido de tarjetas, pero a pesar de ello, se concluye que se está en presencia de un delito de estafa informática.

Ahora bien, fue referido que el delito de estafa informática establecido en el numeral 217 bis del código penal establece dentro de sus elementos típicos, manipular o influir sobre los datos de un sistema automatizado de información, lo cual significa que un sistema informático, mediante el uso indebido de datos, cuyo fin conlleva a un beneficio

patrimonial antijurídico. Asimismo, según el Convenio de Budapest, ratificado por Costa Rica en el año 2017, se establece que un sistema informático es un dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados entre sí, con tan siquiera uno de ellos permita la ejecución de un programa.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando que la información bancaria de una persona referente a los fondos que maneja en su cuenta bancaria o en su tarjeta de crédito se encuentran en un sistema automatizado de información; es decir, en el sistema informático del banco y que para acceder al mismo, dentro de las múltiples formas posibles, se puede hacer por medio de un terminal de punto de venta POS y un dispositivo de pago presente, como lo puede ser una tarjeta bancaria, las cuales en la actualidad son sistemas bastantes complejos pues poseen miniprocesadores que se comunican con otros sistemas informáticos al vincularse con los POS; en efecto son el medio idóneo para acceder e interactuar con el sistema automatizado controlador de la cuenta bancaria, y por ende se está influyendo sobre los datos de este sistema informático, mediante el uso indebido de los mismos, al no contar con el conocimiento ni el consentimiento del titular de la cuenta. Esta misma circunstancia ocurriría si se utiliza cualquier instrumento de pago electrónico en sustitución de la tarjeta.

Ahora bien, se descartó la aplicación de un delito de estafa, por cuanto este tipo penal requiere para su configuración, de un ardid por medio del cual se logre inducir o mantener en error a otra persona para que realice un acto dispositivo y genere un perjuicio económico. De tal manera, para que ocurra tal circunstancia debe existir una interacción interpersonal, en la cual medie un engaño; por ello, en los casos en los cuales se realice una transacción de pago rápido, al no existir la posibilidad de identificación del tarjetahabiente, no es posible establecer la existencia de un engaño al dependiente.

Por otra parte, el delito de hurto tutela el bien jurídico patrimonio, al sancionar a quien se apodere ilegítimamente de una cosa mueble; sin embargo, el delito de estafa informática también tutela este bien jurídico, pero por especialidad, desplaza al delito de hurto, porque el beneficio patrimonial no se da por apoderarse de manera ilegítima de

bienes ajenos, por cuanto el sujeto activo no se apoderó de la cuenta bancaria, ni del dinero del ofendido, sino que cuenta con el dispositivo electrónico para influir en los datos del sistema automatizado de información bancaria y realizar pagos, aunado a que el delito de estafa informática también tutela la privacidad de disposición informática y el delito de hurto no.

Por lo anterior, el uso indebido de tarjetas de crédito y débito en establecimientos comerciales como instrumento de pago electrónico para las transacciones de pago rápido, encuadra típicamente en el delito de estafa informática, esto a pesar de que no es el tipo penal adecuado, lo cual se desarrollará en el acápite de la propuesta.

RECOMENDACIONES

Además de las conclusiones que se expusieron con anterioridad, se procede a indicar las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda al Poder Judicial y Colegio de Abogados brindar capacitaciones referentes a temas de delitos informáticos, tanto para jueces, fiscales y defensores públicos, porque, para conocer, tramitar, resolver o representar en procesos penales donde medie este tipo de delincuencia, se requiere de un conocimiento especial, ligado a temas de tecnología.
- Es necesario que profesionales en derecho que se desempeñan en materia penal, investiguen y se capaciten con temas relacionados a delitos informáticos, por cuanto este tipo de delincuencia va en aumento y, conforme avanza la tecnología, existirán nuevas formas de delinquir; por consiguiente, el profesional en derecho debe poseer el conocimiento para afrontar esa nueva realidad.
- Se sugiere a las universidades tanto públicas como privadas, adecuar sus planes de estudio con el fin de que, desde los estudios de grado, se imparta un curso de derecho

informático, por cuanto hoy la tecnología está presente en todas las actividades humanas y por ende, los futuros profesionales deben estar preparados para esta realidad.

- Se recomienda al Ministerio Público fijar políticas de persecución penal establecidas a partir de parámetros objetivos y conocimiento especializado, con el fin de tener una misma línea en cuanto al criterio de tipificación, cuando los hechos investigados versen sobre el uso indebido de tarjetas de débito, crédito u otros dispositivos de pago electrónico.
- Se insta a las partes procesales, cuando se les resuelva en sede de apelación asuntos en los que versaron usos indebidos de tarjetas de débito, crédito u otros dispositivos de pago electrónico, y no se comparta la calificación legal sostenida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal; para que se proceda a accionar el recurso extraordinario de casación amparados en motivo de precedentes contradictorios, con el fin de que la Sala Tercera, unifique criterios en cuanto a este tipo de criminalidad y se tenga además de un criterio actual y seguridad jurídica para las partes procesales.
- Para futuros trabajos de investigación en esta temática, se hace importante profundizar, no solo en cuanto a posibles violaciones al principio de legalidad, sino también al principio de seguridad jurídica, cuando exista diversidad de criterios sobre el mismo supuesto de hecho que han generado sentencias firmes y contradictorias.

CAPÍTULO VI: PROPUESTA

En este acápite se desarrolla una propuesta de solución al problema estudiado, el cual consistió en la respuesta a la pregunta: ¿Cómo tipificar dentro de la normativa penal vigente de Costa Rica el uso indebido de tarjetas de crédito y débito como instrumento de pago electrónico en las transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales a partir de abril del 2020? Para ello, se realizó un proceso investigativo dentro del cual se analizaron sentencias judiciales de Tribunales de Apelación de Sentencia y Sala Tercera; además, se realizaron entrevistas y se aplicaron cuestionarios a profesionales en derecho que se desempeñan en materia penal.

Una vez realizado el análisis de resultados, se pudo determinar que existe diversidad de criterios en cuanto a tipificar dentro de un delito u otro, supuestos en los que medien un uso indebido de tarjetas de débito o crédito; es decir, sin el conocimiento ni el consentimiento de su titular. Ahora bien, respecto a qué calificación jurídica otorgarle a la acción que conlleva utilizar una tarjeta de forma indebida en un establecimiento comercial para una transacción de pago rápido, la respuesta es que configura un delito de estafa informática, por cuanto al hacer un análisis de este tipo de tarjetas, no se puede desconocer que son todo un sistema informático, este contiene datos, los cuales permiten por medio de un terminal de punto de venta, acceder al sistema automatizado de información. Este, asimismo, controla la cuenta bancaria de su titular y logra acceder a esa información; por ello, en efecto se está influyendo sobre los datos de este sistema informático, mediante el uso indebido de los mismos; por consiguiente, se está ante un delito de estafa informática.

Sin embargo, pese a que la aplicación de este tipo penal para el supuesto en el que medien transacciones de pago rápido no violenta de forma grosera el principio de legalidad, aunque de alguna manera este tipo penal no fue creado para este tipo de circunstancias, pues la conducta no encuadra de manera perfecta en el delito. Esto, sin duda, ha generado los distintos criterios que rechazan la postura de adecuar la conducta a un delito de estafa informática, lo cierto es que sí se violenta el principio de legalidad, porque como se indicó, de alguna manera esta conducta no está regulada, por ello queda a criterio del juez hacer interpretaciones analógicas y extensivas para adecuar la conducta a tipos penales existentes.

Ahora bien, la carencia de una norma penal específica para tipificar como delito los usos indebidos de tarjetas u otros medios de pago electrónico, han traído consigo incerteza jurídica, porque en la actualidad no existe convicción acerca del tipo penal aplicable para determinada conducta, pudiendo esta encuadrar en un delito de hurto agravado, estafa o estafa informática, dependiendo del criterio del juzgador.

Finalmente, un aspecto de gran importancia correspondiente a uno de los fundamentos por analizar en la presente propuesta, es que dentro de los principios fundamentales del derecho penal, existe un principio de proporcionalidad, este en sentido estricto refiere que debe existir una ponderación la cual debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; es decir, a menor gravedad de la conducta, menor consecuencia jurídica y a mayor gravedad, mayor consecuencia. Por esto, si un delito tutela el bien jurídico patrimonio, la pena por la comisión de la conducta debe tener parámetros de fijación acordes al perjuicio causado al patrimonio, tal y como existe en los demás delitos de carácter patrimonial.

Sin embargo, el delito de estafa informática establece para los supuestos en los que la conducta sea cometida contra sistemas de información bancarios y de entidades financieras como se da en los casos donde se hace un uso indebido de una tarjeta para realizar un pago en un establecimiento comercial, y fija parámetros de pena con un mínimo de cinco años y un máximo de diez; esto se traduce en que si el sujeto activo realiza un uso indebido de una tarjeta bancaria para realizar un pago en un establecimiento comercial, bajo la modalidad de pago rápido por una suma hipotética de cinco mil colones o incluso menos, este sujeto no podrá acceder ni a una medida alterna ni a un beneficio de ejecución condicional de la pena; a diferencia de una persona que, por ejemplo, cometa un delito de estafa por una suma millonaria, quien sí podría arribar a una conciliación, entre otros. Lo indicado sucede porque, en efecto, el delito de estafa informática no fue establecido para este tipo de conductas, sino que fue pensado para otro tipo de delincuencia más complejo.

Por los argumentos establecidos anteriormente, se propone que lo adecuado para eliminar las problemáticas evidenciadas, es la promulgación de un tipo penal específico para el uso indebido de tarjetas de débito, crédito u otro tipo de instrumentos de pago en los siguientes términos:

Uso indebido de tarjetas de débito, crédito u otro dispositivo de pago electrónico

Quien utilice de manera indebida una tarjeta de crédito o de débito, o mediante el uso de otro dispositivo de pago electrónico, no expedidos a su favor y sin la autorización de su titular, para adquirir bienes o servicios o retirar dinero en efectivo, será sancionado en la siguiente forma:

1.-Con prisión de seis meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base. La pena será de uno a cinco años, si la tarjeta de crédito o de débito u otro dispositivo de pago electrónico, es falso o alterado.

2.-Con prisión de uno a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base. La pena será de dos a diez años si la tarjeta de crédito o de débito o el dispositivo de pago electrónico, es falso o alterado.

Es importante señalar que, para la valoración de esta propuesta, en cuanto a parámetros de la pena, estos se fijaron, luego de un análisis objetivo realizado a los tipos penales que tutelan el bien jurídico patrimonio, atendiendo al principio de proporcionalidad. Por consiguiente, el tipo penal propuesto es el idóneo para combatir el tipo de delincuencia señalada, sin violentar derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. (1887). Código Civil, N° 63
- Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. (1970). Código Penal, N° 4573
- Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. (1949). Constitución Política De La Republica De Costa Rica
- Banco Central de Costa Rica. (2018). Reglamento del Sistema De Pagos. San José, Costa Rica.
- Banco Central de Costa Rica. (2018). Reglamento del Sistema De Pagos. San José, Costa Rica.
- Consejo de Europa. (2001). Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Budapest.
- Diccionario de la Real Academia Española. Edición Tricentenario, Actualización 2020.
Recuperado de: <https://dle.rae.es/>
- Escárte Andrade, N. C. (2015). Análisis del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito contenido en la Ley 20.009.
- Fiscalía General de la Republica. (2021). Disposiciones Generales Sobre el Abordaje Inicial en Causas por Estafa informática. Circular 02-ADM-2021, San José, Costa Rica.
- García Camarero, E. (2015). Sistemas automatizados de información y gestión de bibliotecas.
- García, A. (2005). La Flexibilización y Desformalización del Derecho Penal: Una Critica Posible Desde el Derecho Penal Garantista Del Estado de Derecho. Universidad de Costa Rica.
Recuperado de: <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/handle/123456789/1533>
- García, T. (2003). El Cuestionario como Instrumento de Investigación/Evaluación. Recuperado de http://www.univsantana.com/sociologia/El_Cuestionario.Pdf
- Gómez, A. (2017). Tratamiento jurisprudencial del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito. Ley 20.009. *Ars Boni et Aequi*, 6(1). Recuperado de <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=8&sid=27e3de20-66fd-4c5f-bedc-1aa4ff99cb5d%40sdc-v-sessmgr02>

- Guerrero, M. (2016). La Investigación Cualitativa. Revista mensual de la UIDE extensión Guayaquil, 1 (2), 1-9. ISSN 2477-9024. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5920538>
- Hernández, H. (2008). Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves. Política Criminal, 3(5). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712392
- Hernández, R; Fernández, C y Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. 6ta edición. México: McGraw Hill Interamericana Editores. Recuperado de: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Javato Martín, A. M. (2013). Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales. Recuperado de; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4498460>
- Lamarca, C. (2011). Principio de legalidad penal. Revista en Cultura de la Legalidad, p-p. 156-160.
- Mata y Martín, R. (2007). Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago. ISSN 1695-0194. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r5.pdf>
- Organismo de Investigación Judicial. (2021). Memoria Anual del OIJ 2020, San José, Costa Rica.
- Parra, J. (2016). Análisis de la penalización del cibercrimen en países de habla hispana. Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 8(1), 220-231.
- Poder Ejecutivo de la República De Costa Rica. (2010). Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, N° 35867-MEIC
- Rico Carrillo, M. (2013). Los desafíos del derecho penal frente a los delitos informáticos y otras conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos. Revista IUS, 7(31), 207-222. ISSN: 1870-2147. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293227561011>

- Robles, B. (2011). La entrevista en profundidad: una técnica útil dentro del campo antropológico. Escuela Nacional de Antropología e Historia, inah. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cuicui/v18n52/v18n52a4.pdf>
- Rodríguez, J. (2020). Una aproximación al delito de estafa en sus modalidades clásica e informática: De la estafa tradicional a las nuevas modalidades como el Phishing. Recuperado de [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/27015/Rodr% c3% adguezGarc% c3% adaJos% c3% a9David_TFM_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/27015/Rodr%c3%adguezGarc%c3%adaJos%c3%a9David_TFM_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Rodríguez, L. A. S. (2019). Perspectiva criminológica del crimen por computadora. Revista de Ciencias Jurídicas, 149. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/39571>
- Ruiz, J. (2015). La Entrevista en Profundidad y la Biografía. Revista San Gregorio. 1, 48-55. ISSN 1390-7247. Recuperado de: <http://www.revista.sangregorio.edu.ec/index.php/REVISTASANGREGORIO/article/view/115/69>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992). Resolución 01739-1992. Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (1996). Resolución 00580-1996. Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2005). Resolución 01219-2005. Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2006). Resolución 00763 - 2006. Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2020). Resolución 01076 - 2020. Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2020). Resolución 01076-2020. Costa Rica.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. (2017). Resolución 00617 – 2017. Costa Rica.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. (2016). Resolución 00450 - 2016. Costa Rica.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. (2021). Resolución 00447-2021. Costa Rica.


Tribunal de Casación Penal de San Ramón. (2007). Resolución 00547-2007. Costa Rica.

APÉNDICE A. DECLARACIÓN JURADA

Yo David Porras Meza, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 1-1434-0259 graduado en la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, hago constar que conozco las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, y ante la Universidad y ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi Proyecto de Graduación para optar por el título de Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Penal declaro solemnemente que mi proyecto de investigación titulado **EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA** es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos vigente y las normas éticas que toda investigación debe respetar de forma obligatorio. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los cuatro días del mes de octubre de 2021.

**DAVID
PORRAS
MEZA (FIRMA)**



Firmado digitalmente
por DAVID PORRAS
MEZA (FIRMA)
Fecha: 2021.10.04
20:05:59 -06'00'

APÉNDICE B. GUÍA PARA ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

GUÍA PARA ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA					
EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA					
Analizado por	Resolución Numero	Fecha	Tipo de Uso Indebido	Criterio de Tipicidad	Criterio de Tipicidad de la Resolución impugnada
Sala Tercera de la Corte	00763 - 2006	18 de agosto del 2006	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Hurto Agravado	Fraude informático
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago	00701 - 2015	30 de octubre del 2015	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Fraude Informático	Hurto Agravado
Sala Tercera de la Corte	01076 - 2020	28 de agosto del 2020	Retiro de dinero en cajeros automáticos	Estafa informática	Estafa informática
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José	01627 - 2013	24 de julio del 2013	Por medio de plataformas digitales y el uso de internet	Fraude Informático	Hurto Agravado
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José	00617 - 2017	26 de mayo del 2017	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa	Estafa informática
Sala Tercera de la Corte	00498-2019	25 de abril del 2019	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa	Estafa
Sala Tercera de la Corte	01076 - 2020	28 de agosto del 2020	Compras en Establecimientos Comerciales	Estafa informática	Estafa Informática

APÉNDICE C. CUESTIONARIO

CUESTIONARIO				
EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA				
Este cuestionario se realiza como parte de un Proyecto de Investigación para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de Las Américas. Por favor, lea cuidadosamente las preguntas y marque con una "X" la opción que usted considere correcta. La información que brinde será utilizada de manera confidencial y únicamente con fines académicos.				
Nombre				
Desempeño	() Fiscalía	() Defensa Pública	() Judicatura	() Ejercicio Liberal
Fecha:				
<p>1. Considera usted que utilizar una tarjeta de débito o crédito ajena, sin el consentimiento de su titular para retirar dinero en un cajero automático configura un delito de:</p> <p>a) Hurto b) Estafa c) Estafa informática d) Otro: _____ e) No configura delito</p>				
<p>2. Cree usted que utilizar una tarjeta de débito o crédito ajena, sin el consentimiento del titular para adquirir bienes y pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso de internet configura un delito de:</p> <p>a) Hurto b) Estafa c) Estafa informática d) Otro: _____ e) No configura delito</p>				
<p>3. Piensa usted que utilizar tarjetas de débito o crédito u otros instrumentos de pago ajenos, sin el consentimiento del titular para para realizar compras o pagar servicios en establecimientos comerciales configura un delito de:</p> <p>a) Hurto b) Estafa c) Estafa informática d) Otro: _____ e) No configura delito</p>				

4. El Banco Central de Costa Rica, a partir de abril del 2020 estableció como transacciones de pago rápido en establecimientos comerciales aquellas compras o pagos de servicios por montos iguales o inferiores a 30 mil colones, bajo este supuesto el comercio no debe comprobar la identidad del cliente, no debe exigírsele presentación de documento de identidad ni firma de boucher. Según lo anterior, cree usted que utilizar tarjetas de débito o crédito u otros instrumentos de pago ajenos, sin el consentimiento del titular para para realizar compras o pagar servicios catalogados como transacciones de pago rápido en establecimientos comerciales configura un delito de:

- a) Hurto
- b) Estafa
- c) Estafa informática
- d) Otro: _____
- e) No configura delito

¡MUCHAS GRACIAS POR SU COLABORACIÓN!

APÉNDICE D. GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD

GUÍA DE ENTREVISTA A PROFUNDIDAD				
EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA				
Entrevistador: David Porras Meza				
Persona Entrevistada				
Desempeño:	<input type="checkbox"/> Fiscalía	<input type="checkbox"/> Defensa Pública	<input type="checkbox"/> Judicatura	<input type="checkbox"/> Ejercicio Liberal
Fecha:	Hora de Inicio:		Hora Final:	
<p>1. ¿Se comete un hecho delictivo al hacer un uso indebido de tarjetas de débito o crédito en cajeros automáticos para retirar dinero?</p> <p>2. ¿Existe algún criterio distinto?</p> <p>3. ¿Se configura delito penal el utilizar de manera indebida una tarjeta de débito o de crédito para adquirir bienes y pagar servicios por medio de plataformas digitales y el uso de internet?</p> <p>4. ¿Existe algún criterio distinto?</p> <p>5. ¿Cuándo una persona utiliza de manera indebida tarjetas de débito, de crédito o u otro instrumento de pago electrónico para realizar compras o pagar servicios en establecimientos comerciales, comente un delito?</p> <p>6. ¿Existe algún criterio distinto?</p> <p>7. ¿Existe alguna variación en cuanto al delito que se configura si la transacción realizada en establecimientos comerciales es de pago rápido?</p> <p>8. ¿Considera usted que podría existir diversos criterios al tipificar esta misma acción?</p> <p>9. ¿Cuál es su opinión sobre el hecho de que existan distintos criterios por parte de los juzgadores en las conductas anteriormente analizadas a la luz del principio de legalidad?</p> <p>10. ¿Considera que sea necesaria una reforma legislativa en la que incluya tipos penales específicos para sancionar los usos indebidos de tarjetas de débito, crédito u otros medios de pago electrónico?</p>				

APÉNDICE E. TRANSCRIPCIONES DE ENTREVISTAS A PROFUNDIDAD

ENTREVISTA #1

Entrevistador: Eh buenas noches, Licenciado EAV, eh pues primero que nada, agradecerle, darle las gracias por sacar su rato, su tiempo, para atenderme con este, con esta entrevista, una entrevista semiestructurada a profundidad, esto con los requisitos que pues que requiero para el trabajo final de graduación, dentro de la maestría. Eh bueno, de manera inicial eh le hago conocimiento eh de la, del consentimiento informado que anteriormente le remití por correo electrónico el cual, pues usted me me informó que, que firmó, básicamente en el mismo declara usted que se le ha explicado pues la participación sobre el estudio denominado “El uso indebido de tarjetas de débito y crédito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación con la normativa penal actual de Costa Rica”. Así mismo, eh bueno, esta esta entrevista es grabada, tenemos que realizarla por medio de esta plataforma meet que es de Google, eh por medio de una videollamada la cual grabamos en virtud de que por las condiciones de la pandemia pues no es posible reunirnos, sin embargo, pues es una circunstancia que conoce la Universidad y autorizó. Así mismo pues los objetivos que tiene esto son meramente académicos, de igual manera todos los datos que y todo lo que conversemos por acá eh entorno a su criterio pues son confidenciales son utilizados únicamente para fines académicos y en vir, en caso que pues que exista la posibilidad de publicar algo sobre esto, pues eventualmente se le solicitaría a usted o se le consultaría cual sería, si sería su anuencia en que se haga respetando por supuesto cuál es su decisión con respecto a ello, eh básicamente le indico si si pues, si pues es de su interés y eh colaborar y acepta pues estos, estas condiciones que le acabo de indicar?

Entrevistado: No, si claro, con todo gusto, la idea la idea es precisamente eso, poder colaborar y y poder ayudar con las consultas que tenga.

Entrevistador: Perfecto, muchas gracias, si y esto claramente pues agradeciendo mucho porque en virtud que usted se desempeña en la fiscalía especializada de cibercrimen pues es un experto en este, en este tipo de materias, en relación como le indique pues el, estudio o el tema a investigar en sobre “El uso indebido de tarjetas de débito y crédito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación con la normativa actual” para esto bueno, es importante aclarar ciertos aspectos, el primero de ellos es que no es de interés al menos

en esta investigación la forma de como la persona eh, adquirió la tarjeta, es decir, cuando hablamos o definimos uso indebido es porque determinado sujeto utiliza una tarjeta sin el conocimiento, sin ol, sin el consentimiento de su titular y a partir de ello pues viene a generarle eh un perjuicio a su, a su, a a sus bienes verdad eh eh eventualmente le repito, no interesa si adquirió esa tarjeta de manera licita dígame un un mensajero, si la dejó en su casa olvidada o si se la prestó para para algún tipo de circunstancia o si fue de manera ilícita, dígame que la hurtó, la robó, por medio de un engaño eh pues logró acceder a la tarjeta o si por medio o o la halló o la retuvo indebidamente, independientemente de eso nos vamos a a basar es en la acción de utilizarla, ¿de acuerdo?

Entrevistado: De acuerdo sí.

Entrevistador: Ahora bien, eh bueno me gustaría que que usted nos indique o me indique básicamente cual es el criterio que tiene usted con respecto a hacer un uso indebido de esta tarjeta, ya sea tarjeta de débito o tarjeta de crédito específicamente en un cajero automático para retirar dinero en efectivo, esto utilizándose el pin que además fue previamente eh, o fue, se puso en conocimiento pues el sujeto activo para realizar pues este retiro, ¿cuál sería el criterio de tipificación?

Entrevistado: Ok, con esto David, hay una distinción que se hace eh práctica, no es aún teórica pero sin embargo si es práctica, que es que cuando las compras se hacen con la utilización de la tarjeta de manera indebida se hace de forma física por parte de la persona en un establecimiento o bien también en un cajero automático eso sería propio de una estafa pura y simple, la estafa del artículo 216 del código penal, mientras que la utilización de esa tarjeta eh, por medios electrónicos se define como una, como una estafa de índole informático, con la primera de esas que es con la que estamos centrados en esta, en esta consulta, eh ya adelanté que para mi criterio es una estafa pura y simple, no obstante, hay una jurisprudencia, la única jurisprudencia de hecho que regula esta situación y que es una jurisprudencia relativamente antigua, se basa en un criterio que anteriormente utilizaba también la, la, vamos a ver, los teóricos españoles eh, en relación al, al delito de de estafa como tal, y ellos se decantaban más bien por el hecho de que se trataba de un delito de hurto agravado y hacían una equiparación que fue lo mismo que se hizo en esta jurisprudencia de la sala tercera el hecho de equiparar la tarjeta a una llave, esto a en mi criterio si bien es respetable eh, para mi es erróneo, en virtud de que eh, vamos a ver, si nos centramos en el

espacio histórico en el cual se reguló el delito de hurto agravado y hacemos una lectura de los demás incisos que vienen a agravar esta conducta del hurto como tal, vemos que eh, se representan en cuestiones o valores que eran de interés para la, la sociedad distintos, muy distintos a los que regula específicamente la estafa como tal, entonces por esa situación es que se sostiene que no estamos en presencia de un delito de hurto agravado por el hecho de utilizar la tarjeta como una llave sino de una estafa en caso de que se haga como le dije anteriormente eh, una utilización de la misma de de carácter físico por parte de la persona o del sujeto activo en este caso la persona imputada.

Entrevistador: Entiendo entiendo, si básicamente eh, el criterio viene a definir o este criterio que, que al momento que el legislador o se previeron esas, a ver si le comprendo bien, se previeron pues estos agravantes, incluso la realidad nacional, no o, no no existían tarjetas pues, dentro del (no se comprende la palabra)

Entrevistado: Exactamente, era otro, de hecho no existían ni siquiera, entonces no podría eh entenderse o no podría tratar de analizar la posición o la finalidad del legislador, al hecho de que abarcara una cuestión que aún no existía, eso, eso no es propio no es de recibo.

Entrevistador: No es de recibo, ¿entonces básicamente su criterio es que esta acción configura un delito de estafa puro y simple?

Entrevistado: Un delito de estafa puro y simple exactamente, por que la persona lo que hace es darle uso a una tarjeta con la intención de engañar eh, a la persona que recibe eh ese plástico, esa tarjeta como tal, haciéndole pensar de que realmente eres él propietario de esta tarjeta.

Entrevistador: Pero bueno vamos a ver, si sacamos pues de, de la ecuación, una segunda persona engañada, sino que más bien el, pues este, el sujeto activo que se apoderó o que tiene o utilizó de manera indebida esta tarjeta, se presentó a un cajero automático, digitó la contraseña y retiró dinero en efectivo, ¿específicamente esa acción es de su criterio que es un delito de estafa?

Entrevistado: Sigue siendo exactamente un delito de estafa porque normalmente está engañando directamente al banco como tal, no, no está entrando de por medio eh, aun en este caso no está entrando de por medio la infor, la modificación de información sensible en un sistema informático como tal, ahí lo que se hace es únicamente la utilización de la tarjeta y eso hace pensar al banco que se trata realmente del propietario de la misma.

Entrevistador: Y es el banco quien accede a, por medio del mecanismo autorizado previamente, ya configurado a, a pues eh, eh a ser, a permitir el retiro del dinero.

Entrevistado: Exactamente.

Entrevistador: Perfecto si, eh vamos a ver y con respecto a, bueno, básicamente eh entiendo que existen pues este criterio de creer que es estafa, y este criterio de creer que es un hurto eh, ¿conoce usted si existe pues algún otro tercer criterio ya sea por parte de la jurisprudencia o la doctrina con respecto a este supuesto?

Entrevistado: No, únicamente al día de hoy subsisten estos dos criterios eh de parte de la fiscalía de fraudes nosotros estamos trabajando específicamente eh, en el hecho de tratar de enderezar este criterio, pero en relación más bien con el tema de las estafas informáticas, es el tema en boga actualmente, es un delito que está afectando a una gran parte a la población costarricense eh, únicamente para dar un número, el año anterior solamente en la provincia de San José por ejemplo, se recibieron en el OIJ cuatro mil denuncias de esta índole, esto a raíz de que las personas lamentablemente permanecieron más en la casa por el tema de la pandemia y es una situación que eh, no se ha detenido sino que ha continuado, si bien, talvez no como el año anterior pero eh continúan, los delincuentes y vamos a ver, buscan nuevas formas con la intención de poder engañar a las víctimas y posteriormente cuando han obtenido ya información sensible de esa víctima entonces ahí sí, incidir en los sistemas informáticos de los bancos.

Entrevistador: Entiendo, ahora eh, ubicándonos nuevamente dentro del uso indebido de tarjetas pero ahora específicamente a utilizar esta tarjeta por medio de un medio digital, una plataforma de accesos a internet, dígame digitando eh los números que están presentes en la tarjeta más los códigos, más el código que, que pues tienen estas tarjetas y la fecha de vencimiento, en cualquier tipo de plataforma para adquirir servicios o comprar bienes llámese Amazon, llámese cualquier tipo de servicio que se pueda comprar específicamente eh este supuesto, ¿qué delito considera usted que lo podemos encuadrar?

Entrevistado: Ok, con respecto a esto David, eh existe una corriente de hecho de los estudiosos de este tipo de delitos informáticos, que es a lo que vamos de hecho, vamos a ver que es delito mayor los delitos informáticos particularmente esta utilización de la tarjeta para poder realizar compras, en comercios o eh eh, vamos a ver eh en comercios electrónicos en este caso, se

denomina como carding, que es cuando específicamente las, las personas delincuentes se imponen de la información sensible de esa tarjeta como tal, llámese entonces por ejemplo su pin o código de seguridad, el número completo de la tarjeta, la fecha de vencimiento y el código de seguridad, una vez contando con esta información los delincuentes ingresan hacia páginas de venta de bienes o de servicios, que tenemos las dos modalidades y también tenemos la posibilidad de que lo hagan eh, particularmente y mayormente en el extranjero pero también lo han hecho en en compras eh inclusive de índole nacional, y no solamente de cuestiones privadas sino que también hemos denotado por ejemplo compras o pagos de servicios por ejemplo, a links, pagos de servicios relacionados a marchamo, pagos de servicios de, de particularmente de servicios públicos como sería electricidad o agua, alcantarillado esto. Esto ha permitido que esas personas teniendo esa información sensible de esas tarjetas hagan uso de la misma y ahí sí, y existe una incidencia, ellos inciden o modifican datos de cierta forma en un sistema informático y por esta razón es que nosotros consideramos que particularmente esta, este actuar es propio del delito de estafa informática del numeral 217 bis del código penal.

Entrevistador: Entiendo, comprendo, si acá, acá si pues hay una incidencia se, se manipulan datos y infieren en el resultado tal y como lo establecen los elementos del tipo

Entrevistado: Correcto exactamente, exactamente.

Entrevistador: Eh, con respecto a este mismo supuesto, ¿ha escuchado, sabe, conoce algún otro tipo de criterio que, que se incline por, por tipificar de alguna manera distinta este, esta acción?

Entrevistado: Con este particularmente no, eh la corriente de los juzgadores ha sido en este caso en relación al carding ha sido acceder a la tesis del Ministerio Público y particularmente porque en este asunto les es más fácil comprender el hecho de que eh, no hay un nexo anterior no hay por ejemplo una inducción y error de la víctima anterior como existen por ejemplo en las estafas informáticas relacionadas al timo de las llamadas en donde se engaña previamente a la persona ofendida, de ahí se obtienen sus datos sensibles y posteriormente se da la manipulación del sistema informático. En relación al carding es muy puntual, es únicamente eh la obtención de los datos por cualquier medio y posteriormente la manipulación o incidencia a un sistema informático para beneficio propio para poder realizar compras, entonces con ese no tenemos eh mayor problema en cuanto al hecho de que se determine que estamos en presencia de algún otro delito diferente al de estafa informática.

Entrevistador: Claro comprendo, ahora bien, eh bueno hablemos de un tercer supuesto verdad, el hecho que, que pues el sujeto activo de manera física o se presente, se apersona a un establecimiento comercial y utilice la tarjeta para pagar un servicio o, o bienes adquiridos ahí mismo es decir eh se, se presenta como si fuera el dueño o el titular de la tarjeta sin embargo pues es una tarjeta que no le corresponde, bajo esta premisa que, ¿que considera usted que, que se comete algún delito penal o, y cuál?

Entrevistado: Si, en relación, en relación a ese tipo de, de utilización de la tarjeta eh, cuando la persona delincuente como se dice en argot policial, frente directamente, va y hace compras con, con el plástico de la persona ofendida en algún comercio, eso es propio también del delito de estafa, del 216 del código penal eh, ahí a quien se le induce a error a quien se le engaña, es específicamente a la persona que realiza la venta, eh ya sea al comerciante o eventualmente a la persona encargada de realizar la ventas como tal y el perjuicio se lo ocasiona evidentemente pues a la víctima verdad, o bien eh tenemos la posibilidad por ejemplo en muchos casos de que las entidades financieras responden ante esa compra, ellos se enfrentan en esa compra y de tal forma entonces tendríamos en calidad de ofendido a una entidad financiera, y evidentemente verdad esto, esto genera un beneficio propio para las personas pues imputadas. Con esto lamentablemente en Costa Rica se ha sido pues, eh muy flexible con el hecho de la utilización de las tarjetas y los requisitos en comercios para poder eh demostrar que se es el titular de la misma eh, anteriormente se presentaba obligatoriamente la cédula acompañada de la tarjeta también como tal, pero ahora para compras eh y no tengo claro el monto creo que son menores a cuarenta mil o cuarenta y cinco mil colones por ahí, no es requisito el hecho de presentar la tarjeta, esto entonces ha significado o se ha producido en un incremento de ese tipo de estafas, en virtud de que las personas dependientes o las personas comerciantes no se toman el tiempo de confirmar el hecho de que la persona que realiza la compra sea en efecto el titular del plástico o de la tarjeta que se les presenta en ese momento.

Entrevistador: ¿Conoce usted criterios eh, si si este, si bajo este supuesto consideran ya sean juzgadores o doctrinarios se comete algún otro hecho delictivo?

Entrevistador: No, eh eh en este igual forma también, eh como es muy puntual, como es el hecho únicamente de presentarse pues con la tarjeta de otra persona, una persona ofendida ante un

comercio no existe mayor discusión en relación a si se estamos en presencia de algún otro delito distinto al de la estafa como tal.

Entrevistador: Entiendo eh, bueno vamos a ver, ahora que usted toca pues este tema es muy importante lo que usted manifiesta con en con forme, con respecto a los requisitos de los comercios para verificar la identidad, eh bueno le voy a comentar que el reglamento de pagos que establece el Banco Central de San José sufrió una modificación el año anterior, en abril del año anterior a partir de esa modificación, bueno esa modificación se motivó en varias circunstancias, una de ellas fue de cara a la pandemia para eh prevenir su propagación, se vino a hacer un análisis con respecto a la tecnología actual que se tiene, más del noventa y cinco por ciento de las tarjetas cuentan con un chip eh, para el pago sin contacto, al igual que el noventa por ciento de los datafonos es decir, tuvimos casi en su totalidad en, dentro del territorio nacional tecnología que permite por medio de radiofrecuencia que se realicen pagos sin contacto actualmente, incluso eh es tecnología que no está solo en las tarjetas de crédito y de débito sino que también en otros medios de pago electrónico, llámese celulares llámese pulseras eh eh, pues este tipo de, este tipo de, de instrumentos de pago pueden servir de esta manera, entonces de manera tal que se cuenta con esta tecnología y de cara a la pandemia se consideró que el ochenta por ciento de las transacciones en comercios eh son menores, por montos menores a treinta mil colones, y a partir de ello eh, se modificó el reglamento y se estableció que las transacciones menores a treinta mil colones como transacciones de pago rápido y al ser transacciones de pago rápido no solo el comercio no, no no tiene la no no tiene la posibilidad sino en definitiva no puede solicitarle al, al solicitarle al, pues a la persona que, que se presenta a realizar el pago no puede solicitarle cédula de identidad, no puede solicitarle ningún tipo de documento para acreditar su identidad o ningún tipo de, de pin o contraseña o datos o o instrumentos biométricos para acreditar que es la persona y menos aún puede exigirle la firma del baucher es decir, a partir de este panorama eh, la per el comerciante no tiene la posibilidad ni tampoco, ni tampoco puede exigir a que la persona eh que que se presenta al comercio a realizar la compra eh pues tenga el deber de identificarse, analizando este supuesto y analizando los elementos eh de, que se vinieron a establecer en el tipo penal de estafa para, por medio del cual es el criterio que ha venido, que se ha venido siguiendo y que usted me manifestó con respecto a de que el sujeto activo engaña al comerciante o al dependiente del comercio, eh considera usted que, o que considera, o ¿considera usted que este supuesto continúa aún bajo esta circunstancia que sea modalidad de pago rápido?

Entrevistado: Si, si si eh lamentablemente verdad eh este, esto que usted define eh nos ha puesto en un entre dicho a las autoridades, incluso eh, el tema va todavía más allá también porque eh, tampoco se les pide ni siquiera suscribir firmar el documento como tal el baucher, eso para las investigaciones eh nos resta un factor más de prueba eh, eventualmente nosotros si tenemos identificada a la persona o no otra, otra posibilidad para fortalecer más la causa era específicamente analizar la firma en el baucher con el departamento de grafoscopia como tal, pero eh eh, vamos a ver, la diferenciación que se pueda hacer respecto a métodos de pago relacionados a una tarjeta como lo serían eh los brazaletes o bien el sticker o, o el tema del teléfono como tal como elementos autorizados para igualar la tarjeta como tal no hace ninguna distinción entorno al tipo penal que se pueda perseguir en contra de esas personas y subsiste entonces el tema de la tipifi, eh tipificación perdón, por la estafa pura y simple.

Entrevistador: Claro entiendo, eh y vamos a ver, usted anteriormente mencionó con respecto a los criterios que tienen los juzgadores y propiamente que no ha existido controversia en el caso de, de hacer compras por medio de plataformas electrónicas porque ahí pues ellos si tienen muy claro eh cual es el cuadro fáctico y no hay problema, mayor problema en encuadrarlo dentro del tipo penal de estafa informática. Pero, si analizamos esta, esta acción de pago rápido por medio del cual, por medio del cual se puede realizar utilizando la tecnología y utilizando otros medios para que por medio de la radiofrecuencia se pase información al datafono y a partir de ello se pueda generar el débito en la cuenta del, de la persona afectada que será el titular de esa tarjeta o el titular de esa cuenta, eh ¿cree usted que podría existir de esto diversos criterios que podría generar que los juzgadores pues consideren en no encuadrarlo en una estafa como fue su criterio, sino pues pensar en una estafa informática talvez o en algún otro delito?

Entrevistado: Claro, co con esto David eh eh vamos a ver si le aclaro, en el hecho de que los casos ninguno es igual al otro verdad, son son cuestiones muy, muy subjetivas y en cuanto a posibilidades de investigación hay miles verdad en relación propiamente al caso como tal. Se me ocurre la posibilidad, por ejemplo de que se analice o se investigue ese determinado hecho en razón de que el imputado se presente al comercio y haga este pago en efecto por medios rápidos o el que sea, pero no haciendo un uso del, del método de pago rápido que realmente sea propiedad de la persona ofendida sino que él de previo por ejemplo, haya mediante medios electrónicos eh duplicado por ejemplo ese, ese método de pago rápido, que haya de cierta forma incidido en los

componentes eh que almacenan información por ejemplo de la, del brazalete como tal, haya obtenido esa información de ese brazalete y lo haya duplicado en un segundo brazalete, ahí eventualmente si podríamos estar entonces en presencia de un delito diferente como sería eventualmente el de estafa informática, eh de igual forma también eh, sabemos que los teléfonos se autorizan dentro de eh las aplicaciones de los bancos y se iguala también el aparato telefónico como tal a la tarjeta física, al plástico, de igual forma también si la persona imputada de cierta forma eh incidió en esta cuestión obtuvo esta información y la duplicó en un teléfono diferente al teléfono autorizado, teléfono de la persona ofendida, de igual forma también estaríamos entonces en presencia de otro delito también totalmente diferente como sería el de estafa informática o inclusive analizar en delitos más puntuales como sería por ejemplo el de sabotaje informático cuando se hace eh eh o se incide de cierta forma en un sistema informático, eh no eh no con intención eh obligatoria por ejemplo de obtener un, un beneficio de carácter patrimonial, podría hablarse inclusive de un concurso eventualmente de delitos pero eso sería muy puntual y sería analizarse en un caso particular y evidentemente si los medios de prueba dan la posibilidad de poner analizar esa, esa cuestión en particular cuando no se hace el uso de eh el método de pago rápido que está en poder de la persona ofendida.

Entrevistador: Entiendo eh bueno, todas estas conductas analizadas anteriormente eh eventualmente vemos que existen diversidad de criterios, ¿no cree usted que, que podría existir o, o analizar todas estas conductas dentro de un tipo penal u otro podría, como podría analizarse a la luz del principio de legalidad tomando en cuenta que este principio pues establece que lo que básicamente lo que no está descrito en la ley y de manera previa pues no puede ser perseguido penalmente porque simplemente no es delito, entonces eh venir a analizar o talvez decirlo de una manera coloquial estirar todas estas conductas para ver si nos encuadramos en un tipo penal o en otro eh, ¿cree usted, como como lo analiza usted de cara al principio de legalidad, se ve violentado o en definitiva no o la normativa que hay es suficiente?

Entrevistado: A mí me parece que no, a mí me parece que de hecho eh el legislador ha creado una gran cantidad, de hecho de de tipos penales relacionados a delitos de índole informático, delitos electrónicos y esto ha servido específicamente al en el tanto a la fiscalía se le ha facilitado el hecho de poder perseguir cuestiones que anteriormente no se hacían. Con lo que si hay que ser muy muy puntual es con el hecho de que por parte del Ministerio Público y también incluso este

lo que, lo que vamos a ver, lo que van a juzgar los tribunales son específicamente hechos y no, y no tipos penales, lo que se investiga lo que se sanciona son las conductas como tal, incluso en la fiscalía de de, inclusive en cualquiera de las etapas tanto en la etapa de investigación, en la etapa intermedia, e incluso llegando también a la etapa de juicio, lo con lo que llega son con calificaciones provisionales y con lo que se trabaja entonces es con un marco fáctico, con un cuadro fáctico que lo que viene a eh establecer es específicamente los hechos que se investigan. Entonces puede existir eventualmente la posibilidad de que la fiscalía califique algún delito ya sea como estafa o estafa informática de las que hemos conversado en esta entrevista y realice la pieza acusatoria con el marco jurídico perdón, el marco fáctico de cuál fue la acción que desplegó la persona imputada y eventualmente en el debate si logra acreditar en efecto eso hechos no obstante que el tribunal sancione entonces por un delito diferente ir investigando. Ahí eh, son dos posibilidades que el Ministerio Público comparta, la teoría o la tesis del tribunal o bien que el delito que se venía persiguiendo y era la tesis, la base de la tesis del ente fiscal sea eh eh pues con una mayor sanción y que entonces se apegue el mismo con la intención de poder ingresar esa sentencia hacia los intereses del ente fiscal, como digo son son posibilidades y lo que se investiga son eh específicamente hechos, de tal suerte entonces considero que no se da una afectación al principio de legalidad y hay que recordar eh que eh este, vamos a ver, nosotros nos fu fungimos los, los diferentes actores de materia penal bajo un sistema que es eh pues totalmente garantista, esto significa que desde la propia etapa de investigación y es obligatorio para el Ministerio Público el apegarse a la objetividad si se denota por ejemplo el hecho de que determinada conducta no encaja en ningún hecho ilícito, ningún delito, tendríamos entonces pues la obligación de proceder como corresponde que sería mediante el dictado de un sobrecimiento definitivo evidentemente una desestimación y esto no, tampoco no escapa el hecho de que la propia defensa de la persona imputada realice una función en ese caso fiscalizadora y que ante la no respuesta o ante la no eh conducta oportuna por parte del Ministerio Público él pueda acudir ante el juez de garantías quien eventualmente va a tomar alguna decisión y esto ocurre así durante las diferentes etapas, obviamente todavía más fuerte esta situación en la etapa intermedia, cuando se da una realidad de el la, la ejecución de esa función de garantismo propia del juez de etapa intermedia del juez penal y esto continua incluso también hasta la propia etapa de debate en donde también los jueces si bien ahí del tribunal aun así tienen esta obligación de fundir como jueces de

garantías, entonces considero que no, no existe de por medio algún tipo de violación ni al principio de legalidad ni eventualmente tampoco al de objetividad como tal.

Entrevistador: Claro, ¿son suficientes para usted los tipos penales que hay dentro de nuestro código penal o cree que eh que, que pues vendría aportar una mejora sustancial y es necesario una reforma legislativa que venga a establecernos tipos penales específicos para los usos indebidos de tarjetas?

Le comento que pues existen en otros países como España, como Chile que conforme ha cambiado pues la realidad nacional porque como lo refería usted, al momento de que por ejemplo, se estableció el hurto agravado el legislador no iba a imaginarse que en el año 2021 íbamos a tener tarjetas con, con la tecnología de pago sin contacto, entonces analizando este panorama del avance de la tecnología, considera usted que al menos estas conductas porque claramente pues como avanza la delincuencia eh perdón, como avanza la tecnología, avanzan nuevas formas de delincuencia tal como usted lo mencionó, pero específicamente para estas conductas de los usos indebidos de tarjetas que anteriormente pues analizamos, ¿será necesaria una reforma legislativa?

Entrevistado: La respuesta de eso David eh, yo firmemente creo que es que sí, si se va a requerir eh a conforme vaya avanzando el tiempo, eh reformas no solamente en este delito sino en la mayoría, de hecho delitos que se encuentran regulados tanto por el código penal como de leyes especiales, y más aún los relacionadas con el tema de delitos de índole informático, y esto por qué eh, vamos a ver, el bien más valioso que tenemos actualmente nosotros son los datos, es la información, de hecho las tarjetas como tal lo que representan es información y datos contenidos en un plástico y que mediante las bandas de índole electro electromagnético ahí respaldan información de ahora sí, el dinero que tenemos ahora nosotros administrado y guardado en una entidad financiera. Para los delincuentes entonces esta información y estos datos se traducen en dinero y la, las formas de comisión de delitos de ellos avanzan continuamente, esto se traduce entonces a que necesariamente a conforme se vayan eh vamos a ver, vayan haciendo nuevas formas de delinquir, los delitos necesariamente van a irse fortaleciendo y van a tener que ser más específicos cada vez, ir conteniendo de forma clara y precisa específicamente cuales son las acciones que se eh pretende regular y sancionar con esos tipos penales. Esto va a ocurrir así, va de hecho va a permanecer de esa, de esa forma, lo que si considero es que sería importante que

como nosotros los fiscales somos las y los jueces también de hecho somos las personas que trabajamos con los delitos como tal, es que a lo interno del poder legislativo, cuando se busca eventualmente promover algún tipo de ley, o algún tipo de modificación a alguna ley preexistente, es que se eche de mano precisamente de esos profesionales con la intención precisamente de que los tipos penales sean más fuertes y que eh al ser un tipo penal más fuerte esto va a significar específicamente el hecho de mayor protección a las personas administradas, pero si necesariamente los tipos eventualmente van a tener que ir mutando, van a tener que ir cambiando con la intención de ir mejorando cada vez más e ir buscando la forma de evitar específicamente la comisión de estos delitos.

Entrevistador: Ok perfecto, este bueno Licenciado EAV le agradezco mu mu, le agradezco mucho pues por su tiempo, muy respetables los criterios, abonado a que pues es en el campo en el que usted se desempeña y se desarrolla diariamente eh, de antemano reitero eh muchísimas gracias por su tiempo.

Entrevistado: Con todo gusto, para servirle.

Entrevistador: Y por, específicamente por colaborar me con esta entrevista, muchísimas gracias.

Entrevistado: Con gusto.

ENTREVISTA #2

Entrevistador: Buenas tardes Licenciado RGF

Entrevistado: Buenas tardes

Entrevistador: Eh bueno, previo a dar inicio le agradezco eh de antemano le agradezco mucho por prestarme pues este su espacio su tiempo para proceder con esta entrevista. Es importante pues indicar al algunas circunstancias de previo, el estudio que se pretende o lo que se pretende investigar en esta, en este en este trabajo final de graduación eh pues es relativo al el uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago real rápido perdón, realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación a la normativa actual penal costarricense. Esto bueno, la importancia que adquiere esta entrevista es básicamente determinar cuál es el criterio de profesionales con respecto a ciertas o ciertos supuestos de hecho para tratar de adecuarlos a, a

tipos penales específicos de nuestro código penal eh en ese sentido pues la idea que se pretende adquirir es específicamente cuál es su criterio, ahora bien, eh con respecto a con respecto a otras circunstancias que establece propiamente la universidad con respecto a, a requisitos y demás para proceder con la entrevista, bueno es necesario informarle que esta entrevista es meramente con fines académicos, es completamente confidencial no se van a, a exponer sus datos, sus datos ni nombre ni datos sensibles en caso de que, se pues quiera mostrar al público o algún tipo de publicación o demás pues previamente se va a solicitar pues su, su aprobación pues para que usted determine si si en efecto desea que esto sea así. Ahora bien, para aterrizar básicamente en el tema, eh me gustaría saber cuál es su criterio con respecto a, a ser un uso indebido con la tarjeta de débito o crédito propiamente en cajeros automáticos eh tengo también que indicarle que vamos a comprender uso indebido como aquel uso que realiza una persona con una tarjeta ajena, es decir no le pertenece, el titular es una tercera persona independientemente de cual fue la forma en como la adquirió, es decir si fue ilícita o lícitamente la manera de como esa persona tiene esa tarjeta, no nos vamos a enfocar en eso, el interés es únicamente determinar que la tiene y la utilizó en un cajero automático retiró dinero en efectivo, a según su criterio ¿cuál es el, a que tipo penal podría adecuarse esta conducta?

Entrevistado: Muchas gracias, Don David, bueno es que el análisis requiere un análisis eh como diría Zaffaroni, desde la tipicidad conglobante, todos los elementos que pueden circundar al hecho principal que vamos a determinar como delito y que nos va a dibujar cual es la intención finalística del imputado. Recordemos que en Costa Rica seguimos la teoría de el tipo complejo, entonces siempre hay que hurgar eh en las intenciones finalísticas de quién está cometiendo el delito, intenciones digamos de primer grado cuando estamos hablando de asuntos de dolo directo o o incluso de dolo eventual, pero usted sabrá que también hay otros tipos penales que tienen elementos su o, eh elementos subjetivos distintos del dolo verdad, que van van un poco más allá del dolo para decirlo de manera sencilla y son aquellos eh eh aquellos digamos construcciones de tipo penal que nos advierten eh insisto, más allá del dolo a una a una animosidad, a un estado anímico y que lo detectamos cuando por ejemplo los tipos penales indican por, para, con la intención de, entonces planteado así el el hecho mismo en términos de, digamos históricos o biomecánicos de que alguien llegue y utilice una tarjeta y saque dinero y fondos ya sea de débito o que o que esté utilizando eh condiciones crediticias eh podría configurar eh en principio un delito de sustracción en el sentido amplio, un hurto, un robo o bien una estafa informática que es

precisamente la intención legislativa con la reforma del 217 bis. Le explicaba al inicio que las cuestiones circundantes al hecho principal son, son vitales para determinar de nuevo la intención finalística y la tipicidad porque imagínese usted que alguien se meta a robar a la casa de alguien, lo vapulean lo golpean, se le llevan las pantallas, el vehículo y además se le llevan las tarjetas, eso ocurre en la mañana y luego en la tarde los sujetos que han hecho estas sustracciones que estamos frente a un robo eh agravado claramente eh utilizan las tarjetas que han sustraído, no hemos determinado por ejemplo como obtienen las claves, van a los cajeros automáticos y sacan dinero. Ahí tendríamos un enorme problema, si es eh un robo agravado lo que cometen en la casa y después en la fase de agotamiento del delito extienden ese comportamiento delictual y al sacar las tar, los dineros con en el cajero automático seguimos en presencia de un solo robo o bien cuando una hay ruptura de la primera acción en sentido físico y luego en sentido jurídico tendríamos una segunda acción que ya no es la de eh manipular el procesamiento de los datos que están informatizados en los sistemas bancarios, sino servirse de ello para obtener un un rédito patrimonial, ahí estaríamos por ejemplo en presencia de un segundo robo y sería un robo agravado porque la violencia que se usa en el eh suceso inicial es la que sirve de vehículo para obtener las tarjetas y luego utilizarlas, eso sería eh por ejemplo un escenario que no es lo mismo que alguien este atendiendo en un gimnasio por ejemplo eh sepa que la persona ha cancelado su mensualidad le deja la tarjeta, se entera que la persona ha dejado eh el plástico de las tarjetas y lo oculta no se lo advierte teniendo la obligación no se lo dice se deja la tarjeta y con esa tarjeta busca información que pueda tener incluso para copiarla va al cajero y saca dinero, ahí estaríamos me parece en presencia de un fraude informático en el sentido lato de, digamos de la definición jurídica. Mi posición en esto es que no hay una especie como digamos de listado o de recetario donde uno pueda englobar o tipificar eh prima facie todas las conductas, sino que hay que establecer los elementos circundantes para intentar definir la intención finalística y con ello eh poder encontrar tipicidad eh no se si la respuesta es clara o mas bien lo confundo más.

Entrevistador: No claro, eh le agradezco montones y comprendo muy bien específicamente eh cual es su criterio, comprendo que todas estas eh circunstancias que antecede en el hecho propio de la sustracción del dinero pues pueden formar parte de si es fase de agotamiento del delito o, o consumación de un nuevo delito. Eh básicamente bueno existe con respecto a este tema eh eh existe existen varios criterios, hay un criterio seguido incluso por la sala tercera, criterio de vieja data que determina que esta acción eventualmente podría configurar el incluso hay sentencias

condenatorias un delito de hurto agra agravado porque se viene a hacer un análisis de que pues la tarjeta puede ser un instrumento que puede ser equiparado como llave, tomando en cuenta pues eh que básicamente una llave es un instrumento que se utiliza con la finalidad de abrir algo para ob obtener o ingresar a lo que ese algo guarda y bajo este este análisis pues se ha logrado equipara y determinar que se puede utilizar una tarjeta para tener acceso a lo que el cajero guarda, es decir al dinero y a partir de ello pues podría configurarse un delito de de hurto agravado, ¿qué opina usted de esta, de este criterio?

Entrevistado: Bueno hay que entender que la la las, los pronunciamientos sobre todo en sede casacional eh primero no todos generan jurisprudencia tenemos la, el equívoco de digámoslo así, de para analizar un antecedente judicial con la jurisprudencia y la jurisprudencia si tiene una finalidad es la, es la nomofiláctica es decir, crear eh eh precedentes que permitan observar en unicidad los criterios, solo que llamamos el fin nomofiláctico o la uni la unificación de criterios materia casacional que dicho sea de paso es uno de los tres supuestos para eh para acudir a casación eh y la jurisprudencia siempre se maneja o se producen contextos históricos que también debemos leer. Esta eh utilización del criterio de de llave falsa es eh es una es una conceptualización jurídica que estableció la sala tercera hace muchísimos años, pero muchísimos cuando ni siquiera por asomo hablábamos de estafas informáticas eh de ciberdelincuencia o de algunos otras maneras digamos digitales de cometer delitos, eh se generó también una discusión bastante álgida en el entendido de que si es que la sala tercera estaba extralimitando el carácter interpretativo de sus facultades hasta hacer una analogía mala parte es decir, en contra de los imputados y dando eh la categoría de elementos normativo del tipo de llave falsa a una tarjeta de crédito. Bueno, esa discusión ya sería una discusión vetusta verdad bizantina que no tendría mayor importancia pero desde el punto de vista de los antecedentes es importante traerla a colación por lo siguiente, eh con la aplicación de esa de ese tipo de antecedentes o jurisprudencia fue lo que impulsó la reforma del 217 bis, reforma que viene impulsada incluso desde antes y de las primeras propuestas de eh, de la convención de Budapest y de todos los eh instrumentos de ciberdelincuencia que nacieron en el consejo de Europa. Y entonces si usted hace una, un análisis del expediente legislativo donde está la reforma 217 bis, si eso Don David lo contrasta con el contenido eh ideológico e instrumental de las eh, de los votos de la sala tercera que aludan a la llave falsa, se va a dar cuenta que hay una enorme sinonimia entre unas y otras, aterrizo el tema, esta jurisprudencia fue la que motivó la discusión legislativa y luego la enunciación de un

numeral 217 bis sobre los fraudes o las estafas informáticas sentido amplio, esto precisamente para que no se tuviera que recurrir a un análisis talvez muy elongado del del, del delito de hurto agravado a través de la llave falsa, y que esto no conculcara los derechos de las partes entonces finalizando, esa jurisprudencia no tendría eh me parece mayor vigencia pragmática al día de hoy porque precisamente lo que se intentaba eh tutelar, y punir con las interpretaciones jurisprudenciales que ya hemos conversado, son precisamente todos los campos de acción que establece el 217 bis con una serie de verbos rectores, de elementos normativos y de su supuestos de hecho amplísimos, aunque a la vez son concretos para de alguna manera contener el fenómeno del cibercrimen en las estafas. De forma que se sustu, se sustituyó legislativamente la interpretación jurisprudencial por el 217 bis, que es precisamente para eso, incluso usted puede leer el deli el de eh el libro del Doctor Francisco Castillo sobre eh estos delitos y ahí la exposición del motivo si el análisis doctrinal es exactamente el que le estoy indi indicando. Y esta posición que es la que yo comparto incluso está acompañada por votos del Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago.

Entrevistador: Claro entiendo, entonces podemos afirmar incluso que, que para el momento que el legislador estableció los agravantes del numeral eh 209 eh no existía una realidad como la de hoy, no existían tarjetas no pudimos creer o venir a interpretar de manera extensiva que el legislador iba a suponer que para el año 2010, 2021 iban a existir pues este tipo de tecnologías o tecnologías que incluso pues veremos a futuro.

Ahora bien, eh pasamos a un segundo escenario eh eh específicamente continuar esta utilización de una tarjeta de débito, crédito de manera indebida, pero ya en esta ocasión no, no para retirar dinero de cajeros automáticos sino para, ya sea para adquirir bienes o pagar servicios esto por medio de plataformas digitales, por medio de plataformas digitales y el uso del internet, básicamente eh para básicamente eh por poner un ejemplo, ingresar a la página de Amazon, digitar el número de la tarjeta, la contraseña, datos que son de de acceso teniendo la tarjeta física presente el papel plástico eh perdón el plástico y a partir de ello poder pues realizar esa compra o ese pago.

Entrevistado: Ahí estaríamos de nuevo en la, en el esquema del 217 bis porque hay una manipulación a través de sistemas informáticos de la metadata de las páginas o los sitios web o de los portales con una intención finalística que es obtener un rédito económico o un beneficio

patrimonial antijurídico como lo dice la doctrina o como lo establece el propio tipo penal 217 bis. En ese sentido el uso que se hace a través de un vehículo informático en el ciberespacio en la clandestinidad incluso eh utilizando en no pocos casos de manera falsaria la identidad supuesta del tenedor de la tarjeta cuando en realidad no se tiene, es una suerte de engaño en el sentido amplio que se hace precisamente para la atención de ese, de ese resultado antijurídico cuyo fin es eh patrimonial o aun y cuando no tenga verdaderamente un fin patrimonial sino el manejo de los datos para un efecto distinto, pero de carácter falsario estaríamos en presencia también del 217 bis.

Entrevistador: Del 217 bis eh, ¿cree usted que, pues este este tipo de acción podría eh inducir a que pues, exista algún otro criterio con respecto a la calificación legal o lo ha escuchado usted algún otro criterio, ha tenido, se ha impuesto de algún segundo criterio con respecto a esta a este, a este supuesto de hecho?

Entrevistado: Bueno es que es un tema muy complejo porque, el derecho penal por lo menos el derecho penal liberal que nosotros conocemos eh de finales de de del 1800 con los planteamientos de de Beling cuando se crea la forma tripartita del tipo penal verdad eh eh que es eh típico, antijurídico culpable esa esa manera por llamarlo así liberal y si quiere tradicional nos engloba eh en una manera jurídica bastante atada de como observamos la realidad, un poco complejo lo que le estoy diciendo o enredado pero que quiero decir, el derecho penal es bastante lento como doctrina, como estructura y como jurisprudencia frente eh a la forma vertiginosa a la que los seres humanos vamos desarrollando nuestras formas de vida eh quién iba pensar en el año 70, en el año 80, una ley de intervenciones telefónicas como la que tenemos de 1994, quién iba a pensar eh en el año 90, 95 cuando apenas iniciábamos utilizando aquellos sistemas por ejemplo, de Yahoo como buscadores de Netscape, cuando la gente eh se cibercitaba en chats como LatinChat cuando apenas se hablaban de unas cosas Don David que le llamábamos los Iris o Edis se llamaba electronical data interchange, que eran los primeros atisbos del comercio electrónico, lo que quiero indicarle es que el cambio de la, de la tecnología ha sido vertiginoso, y no solo el cambio de la tecnología sino que la tecnología y ese cambio han transformado de manera casi impensable y muy rápida la manera en la que vivimos y esto va a suponer entonces que como el tipo penal es es ilimitado por su interpretación y por la y por la previsibilidad que tiene de supuestos de hecho van a acaecer mil o dos mil o tres mil formas de comisiones delictivas eh o de

mas bien de actos irregulares que afectan a las personas que todavía no estén tipificados y va a depender también y esto no debería de ser así pero es parte de la condición humana de la interpretación jurídica que dependiendo del operador jurídico de la interpretación de la tecnología de la realidad que tenga así al mismo tiempo puede ser la hermenéutica que tenga respectos de los tipos penales, algunos podrán decantarse por el uso de la llave falsa, otros podrán decir que si existe violencia y posteriormente el uso de la tarjeta con la ocasión de esa violencia para beneficiar si es un robo o un robo agravado y otros que creo que somos la ah población minoritaria operadora del derecho penal creemos que eh es un fraude o una estafa informática en sentido muy amplio, muy amplio me refiero al “nomen iuris” el jurídico, ya habría que valorar cada verbo rector y y cada núcleo de la acción en los tipos penales de la de la estafa informática pero los que lo analizamos así entiendo que somos la, la minoría porque esto nos pone en un escenario en que si, si debo aparejarme a la pregunta que usted me hace, más bien contestándola afirmativamente, pues si va a haber una dos o tres o cuantas posibilidades jurídicas de interpretación. Yo conozco por lo menos cuatro, llave falsa, llaves de la figura del hurto en su modalidad agravada, eh la comisión de la estafa informática que es en la que yo creo eh por lo menos en los esquemas en lo que lo estemas hablando tampoco está en piedra, eh las figuras de de sustracción, en sentido estricto, robo, robo agravado y algunos un poco eh si se quiere más eh más fijados en tendencias menos tecnológicas todavía siguen hablando de la estafa, a llevando al punto a veces de lo absurdo de que si se engaña al al registrador, si se engaña al operador cibernético que está detrás de del escritorio, si se engaña a quien construye o alimenta la metadata en un sistema informático de tarjetas de crédito o en un sistema de comercio electrónico como Amazon, Airbnb, cualquier otro de esta naturaleza. Esos por ejemplo son o comulgan con la estafa pura y simple del 216, entonces sí, después de toda esta palabrería hay varias interpretaciones frente a un mismo fenómeno, la misma discusión que tenemos con el homicidio cuando ocurre para ocultar otro delito si es crimen y causa si hay unidad de acción y es crimen y causa, si es concurso material si no, eh si en un infanticidio se subsume la el abuso de patria potestad o no, en estos temas jurídicos y sobre todo jurídico penales eh la interpretación siempre es variada.

Entrevistador: Entiendo, en esta misma línea ahora que habla de la intervención de una tercer persona más allá de, del sistema como tal, sino pues la persona que manipula el sistema, eh si si analizamos otro escenario del uso indebido de este tipo de tarjetas, tarjetas de débito, tarjetas de

crédito eh en una circunstancia en la que el sujeto activo, la persona que posee esa tarjeta que no le pertenece en la cual no es titular se apersona, se presenta a un establecimiento comercial, llámese un super mercado llámese una tienda de venta de accesorios, utiliza esta tarjeta haciéndose de alguna manera pasar por él, por su titular, se presenta ante el dependiente como su titular, como el titular de la tarjeta y realiza alguna compra o pago de servicio, eh considera usted que eh existe algún tipo de variante según el criterio que ha venido sosteniendo con la estafa informática o ¿cree usted que, que podría configurar algún otro delito?

Entrevistado: No no para mí, lo tengo claro hace años, una estafa informática por dos eh situaciones eh el el uso indebido y y el uso de datos falsos, falsos no no es solo en, la falsedad se da en el contenido material del objeto, del delito, y en el contenido falsario a través de lo que lla, lo que la doctrina francesa llama la “mise en scène” quiere decir la puesta en escena de la persona que se hace pasar por aquella persona que debería ser la titular del delit, la titular de la tarjeta, corrijo. Entonces eso va a influir en el procesamiento de datos a través del uso indebido o del carácter falsario utilizando la tarjeta de crédito que luego a su vez va a ser aplicada de manera informática generándole un rédito al imputado o a otro tercero que también puede verse beneficiado, ahí estamos por lo menos para mí claramente frente a una estafa informática y es eh lo que generó la reforma legislativa que hace emerger el tipo penal del 217 bis.

Entrevistador: Claro, existe pues una corriente y como usted nos refirió anteriormente esta corriente es un poco más tradicional que pues cal eh eh vienen a a emitir el criterio que esto signifique que no hay como tal una manipulación de datos en virtud de que eh pues eh el sujeto activo por decirlo de alguna manera eh él induce a engaño a la persona dependiente y a partir de ello es la persona dependiente quien pues hace la compra hace hace pasa, utiliza la tarjeta en el datáfono y a partir de ello es que se genera pues un perjuicio patrimonial para una tercer persona. Es decir, hablaríamos de una estafa tripartita según procede este criterio, ¿eh cree usted que que pues esta circunstancia tal y como le comprendo no no, no da error o o en este momento con el tipo penal existente pues evidentemente se se descarta en su totalidad eh la aplicación de este delito de estafa?

Entrevistado: Tiene que tener algo claro, tiene que ver con las figuras de la participación, si viene un sujeto A, y sabe que tiene una tarjeta de don David Porras eh se hace pasar por David Porras, la ha obtenido incluso de manera ilegítima y hay un sujeto B que es el dependiente de la tienda

que cree que el sujeto A es don David Porras y entonces le permite el acceso a los sistemas informáticos para la cobranza de un servicio, para pagarle algún artículo o para darle un producto que le solicita, este sujeto que está en esta digamos relación en el medio entre el sujeto A qué se hace por pasar pues don David pues no lo es y el sistema informático para pagar o para darle un un producto o un artículo, este sujeto eh sería un instrumento no doloso y así lo define la doctrina, instrumento no doloso, entonces lo que hace es puentear la voluntad del sujeto activo a través de este instrumento no doloso, que no forma parte del plan delictivo como un coautor ni como un cómplice porque está siendo instrumentalizado para llegar a obtener aquella ventaja antijurídica que buscaba, de manera tal que el engaño que se hace es un engaño necesario para el cumplimiento del delito sin que esto conforte la estafa en sentido estricto. Porque recordemos que es una estafa informática y de por si debe existir un engaño, ese es el carácter estafoso que tiene eh el actuar del sujeto activo, en ese tanto eh sigo creyendo y podría descreer en algún momento y eso estaría bien, pero en este momento sigo creyendo que eso es una estafa informática.

Entrevistador: ¿Hablaríamos de una autoría mediata considerando que este, esta persona pues es, es utilizada como un objeto hablando específicamente de un objeto sin voluntad, hablando específicamente del dependiente?

Entrevistado: Bueno es poco complejo yo lo hablaba de instrumento no doloso, cuando hablamos de autoría mediata estamos hablando por ejemplo de las figuras del hombre de u del hombre de paja, el hombre de atrás, el actor intelectual, es decir aquel que no realiza los elementos típicos del tipo penal desde el punto de vista material pero que tiene el manejo intelectual, el dominio del hecho, el codominio funcional del hecho en la fase ejecutiva puede eh condicionar el plan ejecutivo de autor que puede ser previo, puede ser sucedáneo puede ser inmediato eso digamos es irrelevante, y todos los otros que se le adicionen o que se le hayan aparejado al plan podrían ser considerados participes, lato censo como lo llama, como lo llamaba Bacigalupo y en este supuesto no estaríamos en un escenario acá porque es un instrumento no dolo, es alguien que ni siquiera sabe eh que quien tiene por el frente, sujeto A viene con una intención criminal y precisamente ese desconocimiento del elemento eh delictivo y estafador es lo que le permite al sujeto A utilizar al sujeto B para obtener el rédito entonces descartaría la autoría inmediata, eh perdón mediata, es un autor mediato, eh perdón es un autor inmediato, él es el que tiene inmediatamente el manejo del plan criminal y la busca de la intención finalística pero requiere un

instrumento no doloso, por eso le hablo de instrumento y no de y no de alguna figura de participación propiamente.

Entrevistador: Entiendo, eh Licenciado RGF le comento, ahora al día de hoy a partir de bueno, analizando varias circunstancias, una de ellas eh la circun, la situación actual o a partir del año 2020 que se debió a la pandemia o debido a esta pandemia del covid-19 eh pues muchas instituciones optaron por realizar cambios, para tratar de evitar pues eh el contagio, dentro de estas medidas preventivas tomadas, el Banco Central de Costa Rica valoró que, al día de, para ese momento específicamente el mes de abril del 2020 la el, prácticamente el 90% de las tarjetas de débito y crédito contaban con tecnología contactless, ese tipo de tecnología permite pagos sin contacto por medio de la utilización de la radiofrecuencia, abonado a esto el 90% de los datáfonos que se utilizan en los diferentes comercios contaban con esta misma tecnología. De manera tal, que se vino a establecer, o se vino a realizar una modificación en el reglamento, reglamento de pagos en el Banco Central de Costa Rica para determinar como pagos rápidos aquellas transacciones que se realicen por montos inferiores de treinta mil colones, esto en cuanto a un estudio del tema determinó que el 80% de las transacciones en establecimientos comerciales son de este mismo, de este precio. A partir de ello se vino a realizar la disposición que las transacciones de pago rápido no se iba a requerir ni identificación del cliente, ni ninguna cedu, ni ningún tipo de cédula ni ningún otro tipo de de, de mecanismo de identificación y menos aún se iba a pedir al comercio pues solicitar firma del baucher o ningún tipo de de registro biométrico, en ese sentido pues existe una variación con respecto a la participación que se venga a gestionar al momento de realizar una compra es decir, ya ya el dependiente no no hace uso de la tarjeta como tal, no se la entregan pues para que pues la deslice por el datáfono sino que más bien eh, desde la distancia la persona que llega y se hace pasar por el dueño de la tarjeta, es la persona que que pues realiza toda esta toda esta to to toda esta transferencia de información por decirlo de alguna manera, ¿considera usted que este tipo de transacciones de pago rápido al utilizar de manera, de manera indebida una tarjeta ya sea de débito o crédito, podría encontrar algún cambio en cuanto a la tipificación o sostiene pues el mismo criterio en el supuesto anterior?

Entrevistado: Bueno son escenarios muy distintos, pero si uno va, es que el tema del derecho penal eh tiene una bondad y es que eh eso se llama el principio de competencia fáctica, nosotros solo nos regimos por los hechos y los hechos a la vez están limitados por el tipo penal. La estafa

informática requiere procesamiento, el uso indebido etcétera y todas las formas de comisión que establece el tipo penal, eso se puede hacer en una transacción de dos millones de dólares si la operación crediticia digital lo permite o una transacción de tres dólares o u, o una cajita feliz en McDonalds, eh más bien a nivel crítico uno podría plantearse si el Banco Central en una interpretación bastante extensa y hasta medio peligrosa de la buena fe negocial, permite eh tantas transacciones de este tipo que talvez viéndose en unidad, valga la cacofonía una no no es mucho pero bueno si si si el 80% se dan en las condiciones en las que usted me dice, imagínese en términos globales, macroeconómicos como como se afecta entonces, eh imagínese usted que un delincuente que ya tenga alguna profesionalidad, hasta puede ser hasta delincuente ocasional que sabe este escenario tan favorable de que no le van a corroborar la identidad de manera biométrica o física o de manera civil a través de del documento de identidad podría encontrar un huerto muy fértil para cometer delitos. Porque entonces resulta que ahora este sujeto A se va a hacer pasar por David Porras ya no va a haber un sujeto B por una disposición administrativa, para corroborar su identidad y entonces va a aprovecharse de esas condiciones para seguir estafando de manera informática, podría ser al comercio y al propio eh tenedor o titular de las tarjetas, es un cambio digamos en el ambiente de gestión de las operaciones del comercio electrónico establecidas por el ente rector al efecto que es el Banco Central y eso al mismo tiempo podría modificar desde el punto de vista modal la manera en la que los imputados cometen hechos, pero recuerde que el tipo penal tiene un supuesto de hecho, un núcleo central y ese núcleo es el que debemos revisar en cada conducta y después verificar la forma circunstancial en la que la conducta ocurre, te lo pongo ya eh eh claro, el homicidio es quien diera muerte a otro eh el tipo penal no podría establecer jamás ni por asomo y sería una pésima técnica legislativa si es que a alguien lo garrotean en la nuca si la muerte es por un balazo en la sien izquierda si es porque eh le hicieron RCP mal y de pronto lo quisieron matar ahí, si es porque alguien lo tira a un guindo etcétera, es la misma manera eh que es lo que genera, que es lo que protege el núcleo central del 217 bis de estafa informática y modalmente como se comete un delito, creo que esas condiciones modales son las que pueden variar con una decisión como la del Banco Central. Pero el núcleo central perdón, pero el núcleo duro el core como dicen los norteamericanos del tipo, es el que debemos revisar siempre y creo que, esa es la confusión que a veces a lo interno de la fiscalías y de los o de los órganos penales se hace y da al traste con la tipificación o que da el traste con

derechos de personas que por asuntos meramente civiles se les persigue después penalmente de manera infructuosa.

Entrevistador: Entonces seguido bajo el criterio que continúa siendo una estafa informática del 217 bis...

Entrevistado: Es correcto.

Entrevistador: Se cumple con los supuestos hechos

Entrevistado: Planteado así verdad, nunca me lo había ni siquiera conocía esa información para serle sincero.

Entrevistador: De acuerdo, bueno vemos como esta estas acciones, estas formas de uso indebido de la tarjeta eh pues usted tiene un criterio lo cual bastante respetable pero también vimos y usted conoce que existen otros tipos de criterios, ¿cree usted que pues esta diversidad de criterios con respecto a una acción si determina un tipo penal u otro pues no vendría a encontrar algún choque con el principio de legalidad establecido por nuestra constitución política?

Entrevistado: Bueno, es que el principio de legalidad tiene varias acepciones verdad, la primera forma del principio de legalidad es el principio de legalidad como, como garantía entonces esto está vinculado con la manera en que se construyen los tipos penales eh la la *lex scripta* es decir, que sea escrito el tipo penal verdad no es que a alguien se le ocurrió desde la ficcionalidad que había algún delito, la *lex stricta* es decir eh, que haya un procedimiento legislativo que cree la ley, reserva de ley, la *lex certa* que sea de acuerdo a la *lex anterior*, en la divergencia de criterios yo no veo afectación al principio de legalidad y esa fe, y y esa multiplicidad de criterios más bien es la que posibilita incluso llevar asuntos hasta la sede casacional para que después haya unidad de criterio a través de eh la *nomofilaxis* casacional podría haber afectación al principio de legalidad si la interpretación que hace el fiscal en etapa de investigación o sobre todo la interpretación que hace el juez a la hora de fallar sea extensiva, use una analogía *in mala partem*, ahí si podríamos afectar el principio de legalidad, pero la la sola eh divergencia de criterio, respecto a cómo debemos de interpretar una norma jurídico penal en sí misma no no afecta el principio de legalidad. En incluso pensarlo así, vaciaría el contenido de la la tercera causal de casación verdad que es la existencia de precedentes contradictorios porque contraponiendo los precedentes contradictorios, se genera los criterios unificadores.

Entrevistador: Claro comprendo, eh vemos como este asunto de la tecnología avanza día a día y tal tal y como usted lo mencionó, eh bueno al día de hoy existen conduc, o o al día de hoy pues no podemos ni tan siquiera in imaginar que tipo de conductas puede pueden existir a futuro y más con pues este montón de disposiciones por ejemplo, la disposición que tiene el Banco Central de venir a establecer, esto puede generar una nueva una nueva moda, una nueva forma de cometer delitos tal y como lo dijo usted eh, ¿cree usted que con respecto a este tema, específicamente el uso indebido de tarjetas sería necesario una reforma legislativa que establezca específicamente tipos penales?

Porque le comento, legislaciones como España, Chile tienen delitos específicos para el uso indebido de tarjetas y dependiendo de su modalidad ¿cree usted que es suficiente en la la normativa que tenemos actualmente o en efecto considera que sea necesario una reforma legislativa para establecer tipos penales más específicos?

Entrevistado: Mire, en mi experiencia como fiscal como jurista, mi experiencia como ciudadano que también algo aporta es en realidad limitada, yo podría darle una explicación académica o academicista pero creo que no no, no sería como como muy, como muy valiosa para para sus intereses, en términos de reflexión lo que si le puedo asegurar es que crear desde un sistema democrático de corte republicano más o menos liderar como el costarricense, normas penales a manera de industria eh cada vez que se percibe o que se percata que una situación de la convivencia social ya sea por la tecnología, por la economía, por la misma manera en la que nos relacionamos los seres humanos, tenga que protegerse a través de tipos penales, empieza a a desvariar eh bastante la finalidad del artículo 28 de la constitución que nos da un espacio de libertad verdad, de ahí el principio de lesividad. Los tipos penales deben ser única y exclusivamente para proteger bienes jurídicos indispensables, la emisión de tipos penales es algo que debe pensarse de manera honda eh eh profunda y con una técnica legislativa correcta, me parece que el diseño que es el legislador de la estafa informática congloba prácticamente todos los supuestos de hecho que usted me planteó y en caso de que otros operadores interpretasen diverso a lo que yo creo, se encontrarían también de nuevo otras figuras jurídicas aplicables y no entendería por lo menos desde mi poca experiencia en esto, la necesidad de estar haciendo emerger al sistema eh o o al ordenamiento jurídico tipos penales, única y exclusivamente porque las formas modales del uso de tarjetas de crédito o débito de los sistemas informáticos en este

sentido estén variando. Lo que tenemos que revisar es si están previstas dentro del núcleo de tipo penal y los verbos rectores.

Entrevistador: Perfecto Licenciado RGF, con esta pregunta finalicé, hemos finalizado, eh nuevamente le doy las gracias por su participación.

Entrevistado: Con todo gusto Don David.

ENTREVISTA #3

Entrevistador: Listo, eh don WSB buenos días, eh primero que nada agradecer enormemente haber dedicado su tiempo para pues poder atenderme el día de hoy y y que podemos realizar esta entrevista, es importante indicarle que pues dentro de los puntos importantes, esta entrevista pues tiene como único fin eh eh establecer conocimiento con respecto a un tema en específico, esto en virtud de que pues me encuentro realizando mi trabajo final de de investigación para optar por un grado de maestría dentro de la Universidad Internacional de las Américas entonces básicamente los fines son meramente académicos eh lo que se, se exponga y usted me comente el día de hoy acá con respecto a su criterio pues está bajo un principio de confidencialidad es decir, no, terceras personas no van a tener acceso, de igual forma si existiera la publi, posibilidad de realizar algún tipo de publicación o o que se conozca pues los resultados de esta investigación, de previo se le consultará a su persona si pues es su consenti, si si asiente o consciente pues el el hecho de que esto se publique, en caso de que usted indique que no es su decisión pues así se respetará.

Entrevistado: Estoy para servirte y es un gusto poder colaborar.

Entrevistador: Perfecto, el tema por el cual pretendemos adquirir conocimiento el día de hoy es: “El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación en la normativa penal actual de Costa Rica”, básicamente es es se debe al a a propiamente al criterio que usted tenga sobre ciertos supuestos de hecho que los iremos planteando eh en el transcurso de la entrevista, inicialmente pues es importante indicarle que vamos al menos de interés para esta investigación, lo que vamos a conocer como uso indebido de tarjetas de débito o crédito es el hecho que una persona ajena, es decir que una tercer persona que no sea el titular o dueño de la tarjeta, realice algún tipo de compra o utilice la misma en distintas circunstancias únicamente sin el consentimiento ni el

conocimiento de la persona titular. No es de interés para la investigación analizar eh como llegó a manos de esta persona, este sujeto activo esta tarjeta, es decir si la adquirió ya sea de manera ilícita, o de manera lícita, no es de interés acá únicamente determinar criterios en cuanto al utilizarla sin el consentimiento de la persona.

Entrevistado: Me queda claro David.

Entrevistador: Perfecto, muchísimas gracias ahora bien, para dar comienzo pues a la primer pregunta, básicamente eh me gustaría conocer su criterio en cuanto a a si se adecua a un tipo penal o no, el hecho de que pues un sujeto utilice una tarjeta de débito o crédito, se presente a un cajero automático y realice retiros de dinero en efectivo, esto claramente también al momento de adquirir la tarjeta se impuso el conocimiento del pin de seguridad de esa mi, de esa tarjeta, procedió al cajero repito y sacó dinero, ¿es configurativo de algún delito penal?

Entrevistado: Lo que pasa es que me estás indicando eh eh en la premisa de que no tome en consideración la forma en como esa tarjeta llega en posición de ese sujeto activo, y creo que si puedo hacer diferencia en como como llegó digamos, eh imagínese que eh esa tarjeta sea por ejemplo clonada por medio de un skimmer y demás y que este, yo utilizo como hay ta tantas bandas corealizadas internacionales que le roban la información de una tarjeta de crédito, la clonan y luego la utiliza, en ese caso a mi me parece que la utilización de de esa tarjeta si si devendría en un delito de carácter eh patrimonial eh de un fraude informático porque se está haciendo uso de una tarjeta extra extrayéndola de manera ilícita digamos y su utilización es este pues cumpliendo todos los elementos de, de un delito eh de, sería una estafa informática me parece a mi en esos casos, el uso de esa tarjeta este, va a generar un perjuicio patrimonial a la persona. Ahora si digamos, si la tarjeta es encontrada tirada en el suelo yo voy a a utilizarla en un en un local comercial o demás, en ese caso podría ser una eh apropiación irregular de de de del bien, osea yo me encuentro algo y yo voy y la utilizo conscientemente sabiendo que no soy el tarjetahabiente que no soy eh el dueño ni de la tarjeta ni de la cuenta corriente que está eh vinculada a esta y voy y hago uso de la misma, en ese caso este también podríamos hablar de una apropiación irregular, osea es un bien que yo encuentro con carácter económico y que a sabiendas de que no me pertenece, que yo no tengo ningún derecho sobre el mismo eh deay trato de de utilizarla de determinada manera para perjudicar eh patrimonialmente a la persona, este también podría ser, es que a mi si me parece que es importante la manera en como me impongo de, de esa

tarjeta eh si yo por ejemplo no sé, vivo en la misma casa y voy a a mi papá, a mi hermano le agarro la tarjeta y la voy a utilizar a escondidas y que se yo, mi familiar tiene la tarjeta eh el número de pin por ahí y yo lo agarro, a mi me parece, me parece que creo que de alguna mane eh manera la jurisprudencia lo ha hablado de que es un hurto agravado y por tanto la tarjeta y el pin son como un tipo de, de llave de acceso, de password que me da acceso a ese dinero y ahí estaríamos hablando de un hurto porque yo la estoy sustrayendo digamos, yo estoy llevándomela para poder no se, sacar dinero digamos en un cajero electrónico, entonces me parece que la forma como yo obtengo la tarjeta de crédito me va a generar diversas opciones de tipología en el código penal este, desde una estafa hasta un hurto, una apropiación irregular, podría ser y y eso también sería de los elementos que deben quedar acreditados subjetivamente en el tri en el tri en el expediente.

Entrevistador: Entiendo, analizando un supuesto hipotético en el que producto de un hurto, además dentro de las pertenencias sustraídas se sustrae una tarjeta de crédito o una tarjeta de débito eh dentro de eh o o anotado junto con esa tarjeta podemos tener el pin de seguridad, específicamente esta acción posterior al retiro dentro del cajero, ¿deberíamos subsumirlo dentro de la primera acción o se, o podríamos verlo como un hecho distinto?

Entrevistado: Desde el punto de vista del intercrímenes, habrían las dos posibilidades digamos, establecerlo como una consumación del hecho delictivo eh me pone un ejemplo muy concreto, eh el hurto de una billetera, también podría ser robo, yo te robo la la billetera y me parece que el utilizar esa tarjeta podría también verse como una consumación de este hecho delictivo, si la billetera tiene eh títulos valores tiene este, billetes y yo los utilizo eso no genera un hecho delictivo novedoso o o posterior a ese, entonces la consumación porque tenía como fin el perjuicio económico vendría haberse subsumido dentro de ese hecho delictivo. Podría decirse también y también habrían suficientes elementos para poderlo eh fundar de esa manera desde otra perspectiva que si podría eh estar hasta poder estar eh un hecho delictivo autónomo porque ya este, eso va a aumentar el perjuicio y aumenta el riesgo de de lo que se está dando que la tarjeta al no ser dinero líquido constante en efectivo requiere de una eh conducta eh dive diversa que ya tengo que ir a un cajero, tengo que hacerme pasar y que en ese tanto pues si podríamos estar hablando de que eh se trata de un hecho delictivo autónomo, diferente.

Entrevistador: Comprendo, este hecho delictivo según le según le, según le entiendo eh considera y incluso ah es de su conocimiento que ha sido tipificado como un delito de hurto agravado por cuanto se equipara eh la tarjeta con una llave.

Entrevistado: Con una llave especializada por la clave, el password que tiene.

Entrevistador: Correcto, eh existen y también otros tipos de criterios en que desapruaban esta teoría, o este criterio más bien eh y establecen que podríamos, esta acción podría encuadrar dentro de un tipo de estafa informática por cuanto los elementos del tipo, eh se introduce o se induce en la manipulación de resultados de un sistema automatizado información, dígame en un cajero automático y a partir de ellos se obtiene un resultado que es el retiro del dinero ingresando datos obtenidos de manera indebida que esto eventualmente podrían ser elementos objetivos del tipo penal de estafa informática, sin embargo eh, ¿cuál es su criterio en cuanto a ello?

Entrevistado: Esa última interpretación yo no estaría de acuerdo porque yo no estoy engañando ni alterando la información del sistema, el el sistema no no se va a alterar no estoy metiendo datos falsos, es un dato que con anterioridad yo me impuse de manera eh ilícita, entonces el hecho delictivo se da antes no al ahora, yo cuando voy a retirar eso, diferente sería que yo eh utilice un sistema informático para eh extraer digamos el el, la clave digamos eh lo mismo que hay sistemas para abrir un carro que tiene seguridad, también hay para, y y los han utilizado acá, que yo meto la tarjeta y esa tarjeta empieza a generar un montón de de claves, hasta que por por tanteo y error llega llega la clave, ahí si sería un delito informático pero si yo eh robo una una billetera y en la billetera deay el señor, la señora tiene también la clave porque tiene mala memoria como yo, entonces este ahí estaría siendo, osea yo me impuse de esa manera, de una manera diferente. Ahora vea este caso, este, es que por eso es que si creo que los antecedentes tienen mucho con el tipo penal, yo te robo la bi la billet bueno usted la tiene ahí, se la hurto porque me la está dejando fácil y me la llevo, deay me meto al cajero y yo no tengo la clave, entonces yo me meto a tu sistema informático, me meto a tu correo electrónico y que se yo, llego a tu a tu bodo bóveda digamos a algo como Dropbox o demás o o este LastPass que son eh aplicaciones que tienen claves y yo logro por algún sistema informático hackear eso, ahí estoy ante un delito informático y entonces ya hackeo y me meto a la información donde llego a la clave de tu tarjeta de crédito y voy y utilizo, es un delito informático, pero si yo me llevo la tarje, me llevo tu tu billetera y en tu billetera tienes la tarjeta y atrás uno de estos post-it con el amarillo

de esos que dice, que dice tu clave, ahí no estaríamos hablando de ningún, yo no estoy engañando, ni estoy haciendo, alterando la modificación del sistema ni de nada, osea yo estoy imponiéndome de esa información eh por medio de un robo.

Entrevistador: Entiendo, eh utilicemos esta misma tarjeta en un segundo supuesto, eh ya no se presenta al cajero automático a realizar dinero en efectivo sino que ya sea por medio de un computador, un teléfono celular, una tablet que cuente con acceso a internet, eh se procede a ingresar a alguna plataforma digital de pago o de compra y se adquiere algún servicio o algún bien se adquiriera se, se compre y como medio de pago se utilice esta tarjeta, tomando en cuenta ya que para este tipo de utilización de la tarjeta no es necesario tener acceso al pin sino únicamente la misma tarjeta nos muestra los datos del frente, fecha de vencimiento...

Entrevistado: Y atrás el número, hay un número ahí, de tres dígitos...

Entrevistador: Si, un código de tres dígitos y con esto se procede a realizar compras ya sea a nivel nacional o incluso en el extranjero eventualmente.

Entrevistado: Si, me parece que eso sería hurto porque ellos no están engañando al sistema con nada, osea la tarjeta me está dando toda la información, no estoy alterando el sistema ni ni sacando información incorrecta, me parece que sigue siendo un hurto en este caso.

Entrevistador: Correcto, entonces bajo este mismo criterio eh, ¿descartamos la aplicación de un delito de estafa informática?

Entrevistado: Si porque eh, los datos que me po, me piden a mi para comprar con una tarjeta de crédito, son los que están en la tarjeta de crédito, osea y ni siquiera tengo que pasarla ni nada, simplemente número de tarjeta, la fecha de vencimiento, el nombre completo y el número de atrás, ya con eso yo podría comprar, entonces...

Entrevistador: Incluso el criterio que avala pues esta posición refiere que el, que esta acción que realiza pues la persona imputada, el sujeto activo, es la misma que realizaría el ofendido, el dueño de la tarjeta si ingresara a la misma plataforma.

Entrevistado: Exactamente, no estoy, no hay ninguna información extra que yo esté alterando en el sistema para poder engañar el sistema o alterar los datos, osea no, estoy utilizando lo mismo

osea. Ahí entonces ya si uno se pone a hilar muy fino podría decir que podría haber una suplantación de identidad, también...

Entrevistador: También.

Entrevistado: Pero ya así como como poniéndose uno académico y decir, bueno pero yo estoy suplantando la identidad porque en realidad yo me estoy haciendo pasar por vos, eh eh tu tu yo digital es diferente, usted está hablando de tarjetas de crédito porque que pasa si usted me sustrae la, la firma digital, la tarjetita de la firma digital, ahí me puede quitar hasta las casas.

Entrevistador: Es muy posible, si correcto.

Entrevistado: Pero ahí usted necesita un Código, código que no está en la tarjeta, al menos no de manera eh común como en las tarjetas de crédito, ahí ya sería un supuesto diferente.

Entrevistador: Ya aplicaría un supuesto diferente si correcto bueno, eh vamos a ver, y analicemos un tercer escenario en el que ya la persona pues lo que hace es presentarse a un establecimiento comercial a comprar servicios, llámese una tienda, un restaurante y a partir de ello utiliza en el método tradicional, pensando en el método tradicional, método de pago por medio de un datafono, se desliza la tarjeta, se digitan el monto, hay una...

Entrevistado: Firma.

Entrevistador: Hay una firma al final, incluso previo a eso pues se debió acreditar la identidad de la persona usuaria mediante la la, muestra mostrando su cédula de identidad, en este supuesto en el que ya, ya vemos que participa una tercer persona, o una dígame tercer persona porque pues el dueño del titu, del titular de la tarjeta es una persona que pues va a estar presente dentro de esta, dentro de este análisis y ya tenemos el sujeto activo pero además de ellos una tercera persona que es el dependiente a quien le correspondió acreditar la identidad de en este caso el tarjetahabiente, verificar que si la persona que llegó a realizar el pago era la persona titular de la tarjeta y a partir de ello por medio de de del datafono poder eh aprobar la transacción ah, ¿ante que eventual delito podríamos encontrarnos en este supuesto?

Entrevistado: Estafa por la firma, me parece que ahí ya podría haber una estafa porque yo me estoy haciendo pasar por un tercero y estoy simulando hechos, estoy simulando que soy esa persona y estoy eh tendiendo a engaño a la persona eh firmándole y presentándole una tarjeta o

una cédula, en eso mu, en ese caso que me dices pues yo tengo que mostrar alguna cédula eh alterada para que para que, de alguna manera eh pase el filtro de del dependiente que me está haciendo, entonces tengo que mostrar una tarjeta, una cédula de identidad adulterada, adulterar la firma y y me estoy haciendo pasar por otro, entoe estoy simulando hechos falsos para llevar un ardid para llevarte a error y hacerte creer que yo soy el tarjetahabiente y por lo tanto tener un beneficio patrimonial y jurídico y perjudicar al dueño de la cuenta, eso sería una estafa.

Entrevistador: Claro se, vemos que en este supuesto están presentes eh todos los elementos objetivos que establece el...

Entrevistado: De estafa sí.

Entrevistador: el numeral 216.

Entrevistado: Pero es que me está generalizando mucho, y no me concuerda con mi realidad, a mi en todos los lugares me piden la cédula.

Entrevistador: Ya ya casi vamos con ese supuesto.

Entrevistado: Porque porque sí, porque es que yo creo que hay una reglamentación en cuanto a los montos.

Entrevistador: Si eh eso eso ya ya casi lo vamos a analizar.

Entrevistado: (risas)

Entrevistador: Sí (risas)

Entrevistado: Si porque es que es que, y es más, tu has visto yo yo un día saqué y me es sumamente útil, a mi me gusta mucho salir a caminar, hacer ejercicio, entonces yo me llevo una pulsera que me dieron en el Banco de Costa Rica, ¿las conoces?

Entrevistador: Eh las he escuchado y las he las he analizado acá pero no las conozco.

Entrevistado: Eh es una pulsera que tiene chip, el mismo chip de la tarjeta, entonces con esa pulsera yo me voy a caminar y yo me llevo la pulsera entonces ya cuando voy a caminar mucho me da sed, entonces yo voy a un establecimiento y paso eso como si fuera tarjeta y ahora, tiene un límite de treinta...

Entrevistador: Treinta mil colones.

Entrevistado: Treinta mil colones por día que yo puedo gastar, pero no me piden cédula, de hecho yo no llevo nada, entonces yo digo, aquí está voy a pagar con tarjeta, y yo pago menos de treinta mil colones y no me pide, no me piden cédula ni firma nada.

Entrevistador: Específicamente bueno, eh...

Entrevistado: Lo que pasa es que si a mi se me cae alguien la va a utilizar.

Entrevistador: Ya ya, si correcto ya casi vamos con ese punto, únicamente para finalizar eh en el supuesto anterior en el que si se solicita en el que si solicita...

Entrevistado: No me desorganice la entrevista (risas).

Entrevistador: (Risas) no no, vamos bien eso esa es la idea, esa es la idea.

Entrevistado: (Risas) En el supuesto anterior ok en el que yo tengo que firmar, en el yo presento una cédula ahí adulterada o algo...

Entrevistador: Exactamente, ya me estableció que para su criterio que pues pertenece a un tipo de, de estafa, ¿Por qué no podríamos analizar esto como una estafa informática?

Entrevistado: Si claro, si si si por qué? Ah no porque yo no estoy alterando nada, osea yo yo ahí no estoy, osea yo te estoy haciendo creer que yo soy Pedro Pérez el de la tarjeta, pero yo no estoy haciendo ninguna alteración a los sistemas informáticos, ni a los datos ni al procesamiento ni nada.

Entrevistador: Entonces no no no podemos...

Entrevistado: 216 estafa, mayor o menor dependiendo el monto.

Entrevistador: Perfecto, ahora sí, vamos a a tocar el punto de de la pulsera y como actualmente pues eh cambia la realidad, claro está que con los avances de la tecnología y la actualidad en la que vivimos, eh vivimos en un mundo de cambio y específicamente en el ciberespacio pues hay cosas que que que, que han cambiado muy rápido y por supuesto que...

Entrevistado: Y hay como una calcomanía también.

Entrevistador: Si eh, existen varios métodos de pago...

Entrevistado: Si si.

Entrevistador: Eh parte, parte de lo que se conoce hoy como pagos rápidos, esto obedece a varias circunstancias una de ellas lo que motivó un cambio sustancial al igual que en muchas instituciones, el Banco Central de Costa Rica optó por tomar medidas para evitar la propagación del covid-19. A partir de ello se hizo un análisis, un análisis que se vino a determinar que el 95% de las tarjetas para el año anterior que fué el, a partir de abril del 2020 que se hizo pues esta reforma, contaban con tecnología contactless que es para pagos sin contacto, se analizó que el 90% de los datafonos también contaban con este tipo de tecnología, entonces quiere decir que no necesitaba contacto, se vino a determinar también que más del 80% de las transacciones en comercios son por una cantidad igual o inferior a treinta mil colones...

Entrevistado: Ochenta por ciento!

Entrevistador: Ochenta por ciento...

Entrevistado: Hijuepucha!

Entrevistador: Entonces analizando todo esto y tomando en cuenta o en busca de evitar contacto físico, se determinó como pago rápido toda transacción en un local comercial de pago presente, inferior a treinta mil colones.

Entrevistado: Y no requiere firma?

Entrevistador: Y para ello no requiere y el, y el no requiere no es que no sea potestad del de del dependiente del comercio, sino que no puede hacerlo, tiene la prohibición de hacerlo, no puede solicitar cédula de identidad, no puede de alguna forma determinar quien es la identidad de la persona por ningún tipo, ni pin, ni ni...

Entrevistado: Pensé que era potestad y que no lo hacían por por agilidad.

Entrevistador: Ni características biométricas por ejemplo y, y más aun, no tiene, no puede solicitar firma del baucher, de hecho el baucher, la entrega del baucher es potestativo del cliente pero no puede existir la, la firma.

Entrevistado: Ok, pero vos y yo estamos de acuerdo en que nos ponen a firmar en más de un lugar.

Entrevistador: Eventualmente por desconocimiento de las personas.

Entrevistado: Eh si porque uuy, es más...

Entrevistador: Pero al menos...

Entrevistado: Aye Ayer fui a comer con mi esposa y y pagué veinte mil algo colones y me trajeron el baucher para firmar.

Entrevistador: Simplemente desconocimiento de todos los comercios o debe de serlo...

Entrevistado: Que interesante!

Entrevistador: Que el Banco Central estipuló eso...

Entrevistado: Aprendí algo muy interesante.

Entrevistador: El el Banco central estipuló eso y simplemente no pueden, entonces por eso el supuesto que usted sale a correr con su pulsera, no requiere llevar cédula de identidad...

Entrevistado: no no no y es una maravilla, pero yo pensé que era por eso, no porque era, porque en la tarjeta...

Entrevistador: Es por el banco, po po por el precio por la suma es inferior a eso, si ya podés pagar con el, con la con la, con la pulsera pero si es superior a treinta mil colones ya si se tiene un deber de determinar cuál es la identidad de la persona, entonces vemos acá como estamos en un supuesto distinto, que vino a cambiar pues las realidades de de la realidad nacional pero que también por una disposición administrativa eh viene a generar una una realidad muy distinta en los dos escenarios es decir, si se pagan veintinueve mil colones o si se paga treinta y dos mil colones. Bajo este escenario y tomando en cuenta que la acción realizada por el imputado básicamente es la misma, llegó con la pulsera de don WSB se compró un fresco y lo pagó en este caso el fresco no se le requirió identificación, si analizamos los elementos objetivos del tipo de estafa que fue donde usted según su criterio muy respetable lo adecuó en la figura anterior pero hacemos esta modificación en la comisión del hecho por cuanto actualmente para pagos rápidos no se requiere este tipo de verificación, ¿cree usted que podríamos estar ante una estafa informática?

Entrevistado: No no...

Entrevistador: Eh perdón, ¿ante un delito de estafa?, disculpe.

Entrevistado: No porque yo no estoy entendiendo, osea como no existen los requisitos de seguridad eh como te digo eh es diferente, ahí ahí no me parece que habría ningún tipo de estafa yo no te estoy enga es mas, como puedo engañarte si ni siquiera se, si ni siquiera es un requisito, osea eh la la la situación normativa que me refieres con montos menores de treinta mil colones me equipara esa tarjeta a a a un título valor a a una forma de pago inmediata osea, a a dinero en efectivo, que no requiere ninguna confrontación ni corroboración entoe eh, a mí me parece que ir a comprar con eso es como ir a comprar con efectivo, en jurídicamente hablando y si yo voy a comprar con efectivo lo que estás haciendo es hurtándome, osea me está sustrayendo dinero de de de mi cuenta, pero no no está engañando absolutamente a nadie, osea porque, deay como el único requisito es, es como un bien al portador digamos, osea como que yo tengo treinta mil colones en efectivo y los estoy gastando no me parece que haya ningún tipo de estafa informática.

Entrevistador: ¿Dentro de que tipo penal lo encuadraría? Si encuadraría en alguno.

Entrevistado: Un hurto, un hurto, yo lo diría como un hurto menor.

Entrevistador: Como un hurto menor.

Entrevistado: Bueno, no hay hurto menor solo hurto simple, hurto simple, que quedé con la...

Entrevistador: Vemos como todos estos supuestos, tienen algo en común, o dos cosas en común, la primera es la utilización de de una tarjeta de manera indebida y otra, otro común denominador de ellos es que han existido o existen criterios que encuadran dentro de un tipo penal, dentro del otro...

Entrevistado: Si está muy interesante.

Entrevistador: Se establece que que estamos en una estafa pero existe el criterio también que, que si hay una manipulación de datos, pero criterios muy respetables también dicen que no lo hay, todo este tipo de de esta esta estos criterios encontrados como, ¿cómo lo analiza usted de cara al principio de legalidad, tomando en cuenta que si una acción es simplemente no no está establecida como hecho punible simplemente por y de manera previa, simplemente no es delito, podríamos encontrar un roce, un choque con el principio de legalidad, específicamente que estas conductas eh puedan encuadrarnos dentro de un tipo penal u otro?

Además, tomando en cuenta que el criterio que establece o que o que defiende una tesis eh desvaloriza o o o contrapone la otra y así sucesivamente.

Entrevistado: Bueno, la forma de regular las estafas o todas las defraudaciones eh son tres no, eh una de números cerrados o sea yo voy a hacer una lista con todos los tipos de estafas que hay y fraudes que hay lo cual es imposible porque siempre hay nuevas y demás, entoe eso es muy seguro y muy certero porque yo sé que mi, mi comportamiento va a estar regulado en un tipo penal y si no está ahí, no me van a sancionar, el otro es abierto en tanto como tipo genérico, por ejemplo el artículo 216 del código penal eh, 216 si que establece los elementos generales de la estafa, que se debe dar un ardid, un error no se que, entoe eso me sirve para cualquier tipo de estafa entonces ese es el otro sistema como un tipo penal genérico que me sirva para todos los tipos de estafas, pasadas, actuales y futuras. Costa Rica tiene como uno intermedio porque si bien es cierto tiene, es genérico el 216, a partir de ahí establece el estelionato, administración fraudulenta, la estafa informática y un montón de tipos penales para tratarlo de cerrar; sin embargo, pues es una labor inacabada porque como dices siempre van a haber nuevas formas de defraudar y más con esta economía digital que el comercio digital crezca tan rápido, este, me parece que en ese sentido siempre va a haber una afectación al principio de legalidad cuando eh existan nuevas formas de defraudar que se parecen o por analogía podríamos eh asimilarlas a las actuales pero no son idénticas no, eh es algo que socialmente debemos tolerar porque de otra manera eh cada nueva forma de estafa eh va a a generar un área de impunidad porque no va a haber un tipo penal y la reacción normalmente de la asamblea y de los parlamentos en los países es imposible que que vaya a la misma velocidad que que las defraudaciones y dejaría ahí siempre pues un un eh espacio temporal donde eh ese tipo de estafas estén no sancionadas. Entonces, sí afecta el principio de legalidad el tratar de alguna manera de encajarlas esas conductas novedosas dentro de una genérica (no se por qué ha estado sonando así estos días) este y eh pero me parece que a al igual que el razonamiento que hace la sala constitucional con algunos tipos de contravenciones, que dice, pero es que son muy genéricas o me remiten a reglamentos y de más, pero es necesario porque la única manera de regular este bueno, las estafas por su naturaleza, por la constante modificación de los ardid me parece que debe necesariamente eh permitir una flexibilidad sin afectar directamente digamos o groseramente el principio de legalidad pero si debe ser flexible para decir, mire esta forma es novedosa no está en la ley pero eh si es este, tiene los principios básicos y por lo tanto el que se adecúa más típicamente de manera objetivo y

subjetiva es este tema eh esta afectación de alguna manera debe ser tolerada, esa flexibilidad de ese principio de legalidad en aras de poder sancionar esos hechos delictivos, salvo que ya sea algo totalmente fuera de los principios y demás que ya uno diga no esto ya es otra conducta que ya no está acá. Te lo hablo en términos generales porque cada cada hecho tenemos que verlo, no, esto si se me parece una estafa, esto si es muy semejante y y si encaja acá y si no encaja en la estafa informática, encajará en la estafa eh en un hurto algo así, osea habría que ver o en algunos casos pues deay eh no hay que forzar la norma y tenemos que hablar inclusive de atipicidad y sino de un ilícito de carácter civil.

Entrevistador: Un ilícito de carácter civil.

Entrevistado: Pero, esta materia creo que es inevitable que nos vaya a dar estas cuestiones, eh piense en cuestio eh en en situaciones también muy relacionado indirectamente con tu materia de criptomonedas este eh, transaccio transacciones sinpe con teléfono y de más pues nos van a dar áreas de sustracción no, perjuicios patrimoniales que no estén directamente sancionadas, el código procesal penal no vas a encontrar una transacción sinpe, una transacción eh digital o de tantas formas ahora que hay que hacerlo, eh criptomonedas que es algo no ilegal sino alegal en Costa Rica bueno, habría que ver si esa conducta se puede eh subsumir en una ya existente o no, pero si creo que la flexibilidad debe ser pronunciada sino quedaríamos con enormes lagunas de impunidad por una cuestión de técnica legislativa.

Entrevistador: Tomando en cuenta, analizando un poco derecho comparado le comento, hay otras latitudes España, Chile por ejemplo que analizando proble, problemáticas similares en su realidad social, eh se vieron en la necesidad de plantear reformas legislativas y establecer dentro de sus respectivos códigos penales delitos específicos para usos indebidos de tarjetas ya sea de una u otra forma, ¿cree usted que en Costa Rica eh sería necesario realizar pues algún tipo de reforma legislativa en el que se establezca propiamente delitos que sancionen los usos indebidos de tarjetas ya sea de crédito y también pues algún tipo o o instrumentos de pagos similares porque tal y como lo hemos visto actualmente eh ya dependiendo de la necesidad no se lleva la tarjeta si no que se lleva el brazalete, el sticker y demás entonces que incluya todas estas posibilidades?

Entrevistado: Me parece bien, me parece bien, Costa Rica siempre está en la vanguardia de la legislación informática, al menos en los, en el 2000 y de más eh era uno de los países con una legislación más, más moderna en ese sentido, lo que pasa es que pues también uno se tiende a

desactualizar rápidamente si no hace la modificación y de alguna manera como que nos gustó tener esa legislación moderna y luego nos sentamos en los laureles, eh pero no vería eh mal que efectivamente existiera un capítulo con estas situaciones que ya tienden a a separarse de de otros tipos de hechos delictivos, tienen eh circunstancias, tienen especificaciones muy concretas que podrían generar digamos tipos penales particulares que lo harían más a fin al principio de legalidad que es una cuestión de orde de orden constitucional, si estaría bien.

Entrevistador: De acuerdo...

Entrevistado: También con cierta generalidad, no osea tratar de, porque no vas a poner, osea si pones un artículo para no sé, por decirte lle llevarlo a lo absurdo osea, un artículo que sanciona por cuestiones sinpes, otros que no no, habría que buscar el común denominador a todos estos hechos y hacer un tipo penal que incluya todos estos pagos rápidos, con montos...

Entrevistador: Distintos...

Entrevistado: Bajos, determinados de no se que osea transacciones eh digitales este, que no requieren de comprobación no sé, pero buscar un común denominador porque no soy yo partidario de códigos interminables o de artículos sin fin osea de alguna manera tiene que ser algo que también nos sirva para los que tenemos ahora, pero sobre todo para los que no imaginamos, para los que en este momento tu y yo no suponemos que se puedan dar posiblemente dentro de un año porque esto va rapidísimo, entoe para que no haya que estar haciendo una una modificación, una reforma un adendum nuestra legislación cada seis meses.

Entrevistador: Entiendo si, y de esta manera pues tratar de, de que nuevas conductas o conductas futuras, no nos imaginamos en este momento no vengan a tener roce con el principio de legalidad.

Entrevistado: Exactamente, y quedan ya ahí en la medida de lo posible eh escritas.

Entrevistador: Perfecto, Don WSB le agradezco enormemente su espacio, su tiempo eh con esto finalizamos la entrevista de verdad muchísimas gracias.

Entrevistado: Fue un placer poder colaborar.

ENTREVISTA #4

Entrevistador: ¡Buenos días Licenciado JAPN!

Entrevistado: ¡Buenos días!

Entrevistador: Buenos días, bueno para comenzar eh quiero darle las gracias por, por sacar parte de su tiempo para atenderme y ayudarme pues con este trabajo final de graduación.

Entrevistado: Con gusto.

Entrevistador: Inicialmente bueno eh es de importancia indicarle que con respecto a esta entrevista pues tiene como único fin pues adquirir conocimiento esto en cuanto al tema que, del cual se realiza la investigación que es sobre, “El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápida realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación en la normativa penal actual de Costa Rica” y básicamente el conocimiento que se pretende adquirir en esta entrevista es ver cuál es el criterio de algunos profesionales en este caso desde desde su desde su profesión y el puesto en que se desempeña como defensor público, verificar cuál es el criterio que tiene usted bajo ciertos supuestos eh o a o o supuestos de hecho con respecto a la realización de usos indebidos de tarjetas de débito y crédito eh, para ello bueno como puntos importantes es es mi deber indicarle que los fines de esta entrevista son meramente académicos buscan es puedes adquirir el conocimiento necesario para plantear un para para llegar a o o o emitir conclusiones con respecto a la hipótesis que se plantea con respecto a este trabajo final de graduación siendo que los datos, sus datos y todo lo que pues veamos en esta entrevista es de manera confidencial. En caso que pues se requiera realizar algún tipo de publicación pues previamente se va a solicitar con su persona para que eh sea su persona quien da la anuencia si en caso que que, que no la dé pues no se realizará ningún tipo de publicación ni demás, ¿de acuerdo?

Entrevistado: De acuerdo.

Entrevistado: Ahora bien, es importante también indicarle eh al menos de interés para esta investigación vamos a determinar o entender como uso indebido de tarjetas de débito o crédito aquel uso que le dé una persona una tarjeta que no le pertenezca es decir, que el titular sea una tercer persona independientemente no es de interés para esta investigación como la adquirió, si la adquirió de forma lícita o de forma ilícita, si la hurtó, sí fue por medio de engaño que la la adquirió o como parte de sus funciones que por ejemplo un repartidor le correspondía pues hacer

entrega de la tarjeta y no la hizo, eso no es de interés de interés únicamente la persona tiene la tarjeta, no le pertenece y la utiliza, ¿de acuerdo?

Entrevistado: Okey.

Entrevistador: Bueno, para dar inicio propiamente con la, con la entrevista eh me gustaría saber cuál es su criterio con respecto al al realizar un uso indebido de una tarjeta ya sea de débito o crédito para realizar retiros de dinero en efectivo en cajeros automáticos básicamente, eh ¿cuál es su criterio en torno al tipo penal que podría adecuarse a esta conducta?

Entrevistado: Okey, bueno por experiencia eh sobre todo aquí en Pavas que han sido las las últimas ocasiones en las que he atendido asuntos de esa naturaleza, sé que el Ministerio Público suele como eh como te digo aquí en Pavas calificarlo como una estafa informática no. Ahora bien si yo me voy exclusivamente al análisis de la teoría del delito y me encasilló en lo de la tipicidad que entiendo es como lo que más importa para efectos de esta investigación, yo pues no estoy de acuerdo con esa calificación legal porque si hablamos de estafa tal vez es un asunto de nomenclatura nada más verdad, pero si hablamos de estafa inmediatamente uno sea cual sea la la dinámica que este tipo de delito refleje debería en principio contar con un ardid y a partir de ese ardid que la persona digamos que el sujeto activo se beneficia y patrimonialmente y la persona ofendida se vaya a perjudicar, entonces si existe un beneficio patrimonial y un perjuicio patrimonial evidentemente verdad a través de del retiro de dinero con eh utilizando una tarjeta que no eh no es mía verdad o sea evidentemente existe un perjuicio patrimonial, existe un beneficio patrimonial sin embargo eh yo por lo menos soy de mi criterio, de que al sistema no lo puedes engañar digamos de la forma en la que la estafa pide que que que que que típicamente se se haga ese engaño, se lleva acabo ese engaño desde la perspectiva de que yo esté engañando a una persona o haciéndole incurrir en error y ya a partir de eso pues le perjudica patrimonialmente, entonces como te digo la realidad me dice que actualmente eso se califica como una estafa informática sin embargo por el tema este de la naturaleza del ardid verdad si me voy como a lo, a la naturaleza de de la norma eh de la estafa propiamente y pues yo pienso que es más eh adecuado calificarlo como un hurto verdad agravado por el hecho de la de la utilización de la tarjeta que yo sé que hay una discusión jurisprudencial sobre qué pues el criterio mayoritario dice que no se debe hacer una equivalencia entre la tarjeta y una llave verdad, por una cuestión de de definición estipulativa ya no interpretativa y no estipulativas, pero eh yo por lo menos y me estás

preguntando por por mi criterio soy del criterio de que debería calificarse como hurto verdad, sí pienso que eh para otro tipo de de transacciones que tenían que ver con la utilización de tarjetas que no son más, sí debería pues existir un tipo penal que regule ese tipo de delincuencia porque a fin de cuentas di pues se le está perjudicando patrimonialmente a una persona de forma ilícita verdad sin embargo, no sé o sea no estoy seguro si definirlo como estafa calificarlo como estafa es adecuado por esto que te digo de del ardid.

Entrevistador: Okey, entonces según comprendo su criterio es que debemos adecuar esta conducta o al menos seguís el criterio en la que se adecúa porque sabemos que hiciste eh incluso sentencias condenatorias en las que pues se ha determinado que este tiempo de acción configura un hurto agravado sería al equiparar estas tarjetas con una llave.

Entrevistado: Sí, sí sí que inclusive tiene sus tiene sus eh su sus matices verdad porque si vos me ponés a a escoger entre la estafa informática tal y como está descrita y el hurto agravado tal y como está descrito de cara al supuesto al que estamos hablando en es en esta primera pregunta a mí me parece que se asemeja mucho más al hurto agravado sin embargo, uno tiene que reconocer también que en principio pues la ley penal en la ley penal está eh prohibido literalmente hacer interpretaciones analógicas verdad, entonces a mí me parece que inclusive el calificarlo como hurto agravado tendría ahí sus sus eh podría digamos tener sus cuestionamientos en cuanto a que bueno sí hay que interpretar restrictivamente en nuestra legislación penal y una llave es una llave verdad, eh no debería entonces uno hacer una equivalencia una analogía entre la llave y la tarjeta sin embargo uno también entiende que por una cuestión de interés público ese tipo de de conductas deben ser eh reguladas de de alguna forma verdad, entonces como te digo si a mí me pusieran a eh escoger entre una opción y otra escogería por eso que te digo el hurto agravado pero tal vez se pudiese pensar en eh adecuar una figura muchísimo más específica para ese tipo de comportamientos verdad que no sea ni la estafa informática verdad y las penas bastante altas que que eventualmente podrían ser aplicadas partiendo de que se está digamos entre comillas engañando a un sistema informático bancario verdad y que entonces vos tenés que aplicar el modelo digamos agravado de la estafa informática verdad, eh pero pues tal vez se podría pensar en en eh la necesidad de adecuar ese ese tipo de de comportamientos a otra figura para no tener que ni de manera rebuscada meterla dentro las informática verdad ni tampoco analógicamente a

meterla a través de analogía perdón, meterlo dentro del subsumirlo dentro del eh tipo penal del del hurto agravado verdad básicamente ese es ese es mi criterio.

Entrevistador: Eh parte de la segunda pregunta era saber si si si usted conocía que existía un segundo criterio con respecto a esto, ya me lo estás abarcando al decir que pues conocés que se, también existen criterios que adecuan esta esta conducta o la encuadran dentro del tipo penal de estafa informática, eh evidentemente pues esos criterios se contraponen, tenemos el criterio que ampara o que apoya el hurto agravado y el criterio que ampara y que apoya la estafa informática y esos criterios pues descartan por qué no debería en in en este encuadrarse dentro del tipo penal contrapuesto por decirlo de alguna manera eh le comprendo y tal vez usted me me aclara, ¿cree usted que ambos criterios pues también tienen sus debilidades en torno a que no dejan de tener razón del por qué no debería encuadrarse esa conducta en el otro supuesto?

Entrevistado: Sí claro, a mí me parece que que los dos criterios renquean y más o menos ya ya hemos ya hemos eh vamos a ver, medio peloteado al asunto. Sí a mí me consultan sobre cuáles son los puntos débiles de tipificar ese ese tipo de conductas dentro de la estafa informática, yo podría decirte que el tema de, de la descripción del ardid verdad es para mí lo lo principal porque mira digamos yo en sentencias he leído desde que no se le puede engañar a un cajero automático por ejemplo verdad, hasta que tampoco se la puede engañar a un dependiente de una tienda con el que vos llegués y pagués con la tarjeta que no es tuya verdad y me parece que todos eh digamos ese tipo de criterios eh digamos se encuentran su génesis en lo que te estaba comentando en cuanto a la naturaleza de del engaño verdad y que en principio pues si hablamos de estafa, debemos partir de que se debe cumplir con un tipo base verdad que es di pues el ardid, el beneficio patrimonial y el y el perjuicio patrimonial no .Ahora, vamos a ver tal vez el asunto era más claro cuando en lugar de estafa informática teníamos por ahí de 2011 me parece pero creo que la reforma fue como a partir de 2012, eh tal vez digamos se se podía diferenciar un poquito mejor cuando teníamos no estaba informática sino el fraude informático verdad, el legislador me imagino eh pues con toda la buena intención propuso esta reforma a través de de un proyecto de ley, se implementó y ahora en lugar del fraude informático tenemos la estafa informática en el 217 bis verdad sin embargo, para efectos de de, el llegar y determinar si cuando voy y saco con una tarjeta que no es mía eh dinero de de un cajero electrónico se trata de una estafa pues sí me estoy llevando dinero que no es mío y como tal es una conducta que debería ser ser, ser

sancionado de alguna forma verdad pero de ahí a que encuadre en la estafa pues me parece que no, ahora con respecto a lo del hurto verdad me parece que el punto en mi humilde opinión, el punto débil aunque parezca contradictorio más fuerte que tiene verdad, más más notable es el que estamos aplicando analogía estamos aplicando la la analogía y eh di pues en principio eso está prohibido realizarlo me entendés porque estamos haciendo una equivalencia si queremos verlo así, entre la llave y eh la tarjeta la forma en la que por lo menos la jurisprudencia porque en este momento doctrina así nacional no recuerdo pero por lo menos la jurisprudencia que ha criticado este tipo de calificación jurídica ha dicho que erróneamente antes se interpretaba que eh la llave era un elemento normativo del tipo verdad y que entonces se podía hacer como una especie de equivalencia entre la llave y la tarjeta sin embargo, la jurisprudencia más reciente yo creo que el calificar como estafa informática es el criterio mayoritario actualmente, ha dicho que no, que estaban equivocados los los los fallos anteriores y que eh la llave es un elemento no normativo sino eh descriptivo del tipo. Entonces para definir qué significa un elemento descriptivo y un tipo necesariamente tenemos que irnos a el lenguaje común de la de la sociedad en la que ese tipo pues de la sociedad perdón en la que desde la que ese tipo fo forma parte, entonces lo que la jurisprudencia más reciente por lo menos desde el año 2015 para acá si no me equivoco, ha dicho es que nadie se palabras más palabras menos nadie entiende llave hacer una equivalencia a tarjeta verdad que eh eh en el uso común del lenguaje nosotros, digamos el pueblo costarricense diferencia entre una llave y una tarjeta y que derivado de ello entonces hacemos la interpretación restrictiva del tipo, se debería calificar como hurto agravado por la utilización de llave cuando efectivamente se utilice una llave verdad o por lo menos un elemento que eh logre vencer digamos el el mecanismo de seguridad como lo sería un llavín verdad o sea de manera mecánica similar a cómo trabaja una llave y no vencer un mecanismo de seguridad de manera eh eh digamos más tecnología informática como lo hace una tarjeta entonces esos son los dos puntos ahí débiles que yo encuentro entre un tipo y otro.

Entrevistador: Perfecto muchísimas gracias ahora bien, bajo esta misma línea del uso indebido de una tarjeta de débito o crédito si cambiamos el supuesto, ya no es retirar dinero de un cajero automático sino que eh ya sea frente a un computador o un teléfono celular realizar compras a través de medios informáticos y el uso del internet dígame eh comprar algo en Amazon, eh adquirir cualquier tipo de bien o servicio para el cual lo que se necesita es tener visible o haber o haberse impuesto de los números de la tarjeta, no se requiere una clave de acceso como si se

requiere en el cajero automático sino que en este caso con los datos de la tarjeta y un número que traen y la fecha de vencimiento ya con eso se pueden realizar compras. Si el sujeto activo realiza esta conducta con una tarjeta no que no le pertenece, ¿cuál cree usted que podría ser el delito que comete esta persona?

Entrevistado: Okey eh bueno, evidentemente eh todas estas preguntas uno las las las contesta desde desde, no sé si el término correcto será trinchera pero si por lo menos desde el prisma eh a través del cual uno, uno ve la vida y evidentemente el ser defensor público te, tal vez te da una visión un poquito distinta a si estuvieras entrevistando un juez o un fiscal verdad a lo que voy es a que uno por cuestión de naturaleza o de costumbre verdad uno siempre va a tratar de llevar acabo el análisis de tipicidad de la manera más eh cercana al derecho penal mínimo verdad y al eh principio de especialidad verdad, entonces la respuesta va encaminada digamos en en la misma línea que la que la que la primera bueno por lo menos que las que te di con respecto al primer supuesto, a mí me parece que si es una conducta que se debe tutelar que se debe sancionar sobre todo ahora que la sociedad en general pone cada vez más bienes jurídicos en es en el ciberespacio verdad yo creo que eh ahora más que nunca manejamos menos efectivo verdad entonces las transacciones normalmente se hacen a través de de mecanismos como el sinpe o internet y todo esto verdad, entonces a mí me parece que si yo soy una persona que me dedico a quitarle el dinero a la gente a través de estos mecanismos evidentemente pues el estado tiene que hacer algo para sancionarme verdad, existen digamos ya existirían ahí a nivel criminológico otras formas de prevención pero trascienden a el tema el tema de este trabajo verdad entonces si me preguntan con respecto a si se debe sancionar o no, di pues yo pienso que sí, ahora como ahí tengo observaciones a cuestionamientos similares a las que hacía en cuanto al primer supuesto. A mí me parece que estafa estafa estafa eh no debería ser, verdad no debería ser, porque de nuevo yo no estoy engañando a una persona y a través de ese engaño le estoy quitando dinero verdad osea lo estoy estafando no, no lo estoy haciendo, si le estoy generando un perjuicio antijurídico de alguna forma inclusive digamos que se puede interpretar que me estoy haciendo pasar por ella verdad porque di la tarjeta tiene un titular y el sistema en el que yo incorporo los datos de esa tarjeta asumen que es el titular de la tarjeta el que lo el que los está utilizando verdad y no es así, entonces por ahí sí puede haber alguna conducta ahí defraudatoria verdad pero con respecto a la estafa de nuevo con respecto a si existe un ardid en el que yo, a una persona ofendida eh le haga incurrir en error y a través de ello a través de eso perdón, me generó un un beneficio patrimonial

pues técnicamente no existe verdad, entonces pues de nuevo eh si vos me ponés a pensar en cuál tipo penal me parece que debería tutelar ese tipo de comportamientos aunque suene redundante el único digamos por tratarse de un desapoderamiento sin violencia ni fuerza verdad del patrimonio de una persona para generarme yo un beneficio, pues yo diría que lo que más se parece a a esa conducta que se que se pretende tutelar en mi criterio sería el hurto. Sé que de nuevo jurisprudencialmente y sobre todo si ya se trata de plataformas informáticas se ha dicho que, básicamente que estoy equivocado verdad y que más bien si es una estafa informática porque a pesar de que no existe eh una relación personal con el sujeto ofendido y que a raíz de ello yo pues lo engañe y todo esto, si se incorporan datos, osea si manipulo de manera ilícita una plataforma informática verdad bancaria en este caso verdad y que aplicando el principio de especialidad inclusive eso es lo que eh tutela o describe la estafa informática en el párrafo segundo si no me equivoco verdad que es donde donde se agrava un poquito, un poquito la pena entonces de nuevo, objetivamente yo sé que eso está siendo calificado comenzar informática, sé que inclusive la reforma de la ley obedece a ese tipo de de asuntos verdad pero personalmente por el tema este de del ardid sobre todo verdad que yo lo veo desde una perspectiva como más personal verdad cuando uno llega y engaña a una persona, pues yo diría que más bien debería ser tutelado como debería ser calificado como como hurto pero deay pues, muchas personas pensarán que es como ya desfasada esa esa línea pero bueno, dado a lo que me estás preguntando como yo lo lo veo y pues básicamente ese es el, el criterio.

Entrevistador: Claro no, lo comprendo y y es que esos criterios tanto el, que usted aprueba como el que no comparte deay pues se encuentra fundamento en en criterios no sólo doctrinarios sino jurisprudenciales eh que que pues convensen al que, al que pues tome lectura de ellos porque ambos son, tienen fundamentos válidos. Ahora bien eh muy importante esto que usted menciona con respecto a la interrelación personal es decir, engañar a una segunda persona que según le comprendo no se puede hacer a una máquina según su idea y es aquí donde pasamos al tercer supuesto, una persona que utiliza una tarjeta de débito o crédito que no le pertenece pero esta vez se presenta un establecimiento comercial y llámese alguna tienda a comprar algún algún tipo de de tipo de instrumento, ropa deportiva etcétera, cualquier bien que se pueda comprar en un comercio y utiliza su tarjeta o utiliza más bien una tarjeta que no le corresponde, esto mediante el término tradicional de pago que es entregar al dependiente la la su tarjeta la tarjeta que no le corresponde esta persona pues realiza una verificación con cédula de identidad y demás y a partir

de ello pues es el dependiente quien aprueba eh pues este esta compra sea por medio de un datáfono, eh ¿considera usted que existe alguna variante con respecto a los criterios que has venido sosteniendo? o ya en este caso en virtud de que pues sí hay una relación entre dos personas donde una persona eh se presenta con una cédula y una tarjeta que no le corresponde, ¿si existe alguna variación con respecto al criterio de tipicidad?

Entrevistado: Okey, mirá eh te adelanto que el criterio este de cual tipo preferiría yo si el hurto o la estafa informática en esta respuesta se mantiene sin embargo, sin embargo, si hay una variante que me parece importante porque ya en este caso perfectamente podríamos estar hablando de, digamos para quien apoye que si existe una estafa yo reconozco que tendría, sería bastante razonable que se hable ya de una estafa triangular por ejemplo, similar a lo que pasa con el registro digamos que en lugar de, de ese supuesto en el que yo llego y le presento la tarjeta a un dependiente de una tienda, una farmacia que sé yo, digamos que se lo presente al Registro una escritura verdad y que bueno le genera un un un, un perjuicio patrimonial a esa persona no engañándola a ella sino engañando a el Registro, en este caso sería engañando a esa, a esa otra persona. Entonces el motivo muy puntual por el que yo me mantengo digamos eh o sostengo que igual estaríamos hablando de un hurto es porque si se da un engaño verdad porque estaría yo engañando a la persona que me está atendiendo ahí en la tienda en el comercio verdad que sé yo, el asunto es que propiamente no es la persona ofendida entonces yo soy yo ya estoy generando un perjuicio patrimonial a otra persona a un tercero verdad, pero eh no es propiamente engañando a esa persona ofendida que estoy obteniendo el beneficio eh patrimonial sino que estoy digamos instrumentalizando a la persona que me atiende en el comercio y la y di pues me genero ese beneficio patrimonial verdad comprándome algo, pagando un servicio entonces, eh yo te reconozco digamos el el, el defecto o por donde mi posición en cuanto a que se trata de de un hurto, podría renquear verdad podría di tambalearse con respecto a que ya si existiría un engaño a otra persona verdad sin embargo, yo te sostendría que se trata de un hurto de un hurto agravado porque no es esa persona ofendida en la que estoy engañando sino que es un tercero osea estoy sustituyendo la máquina o el sistema informático por otra otra persona bueno en lo, en lo que sí evidentemente sería una interacción distinta en la que puede haber con una máquina con un sistema, pero a fin de cuentas eh el fundamento base por el cual yo mantengo que se trata de un hurto y no de una estafa informática es que, no hay contacto directo con la persona ofendida verdad tal vez debí especificar eso mejor a a desde el inicio, no hay contacto directo con la

persona ofendida y por ello no la puedo no la puedo engañar directamente directamente a ella. Eh a mí me parece y sí estoy claro en que es una conducta claramente defraudatoria que la legislación penal tiene que irse actualizando y ese tipo de cosas tenían que ser tuteladas de alguna forma verdad y que bueno a raíz de ello se se reformó el Código Penal y se se habilitó o se implementó se puso en vigencia el tipo penal de estafa, de estafa informática sin embargo di pues mis consideraciones son palabras más palabras menos que tal vez el legislador a la hora de no sólo ponerle el nombre al delito sino de describir qué es lo que se debe realizar digamos para cumplir con esa conducta típica tal vez se pudo se pudo haber hecho u un poquito un poquito mejor inclusive eh como en algún momento te te comenté hay otros países en los que se ha hecho digamos una, sea en su momento hubo una discusión similar a esta a esta que estamos teniendo verdad y que me parece que es como eh el eje sobre el cual gira tu tu trabajo que me parece muy novedoso además, por lo menos eh en nuestro país, y se implementaron figuras como el hurto informático verdad que sí describe muchísimo mejor la, di el desapoderamiento verdad ilegítimo de de de, de algún bien patrimonial de una persona ofendida a favor mío como sujeto activo a través de la utilización pues ilícita ya sea de tarjetas bancarias o bien de plataformas informáticas verdad, eh en este momento recuerdo que la legislación colombiana creo que es el artículo 269 del Código Penal si no me equivoco es el 240 el que describe la estafa o el hurto perdón el hurto y es el 269 y el que habla específicamente de del hurto informático pero bueno, lo cierto es que habría que ver cuál fue el contexto histórico en el que allá en Colombia se determinó que había que poner en en , en uso ese tipo de de de tipos para ver si se parece a lo que estamos viviendo hoy acá verdad pero di pues me parece que aunque yo no esté de acuerdo con ello la realidad sí establece que al menos el criterio mayoritario sobre los tres supuestos de los que hemos hablado eh en esa entrevista van alineados a a calificar los eh comportamientos precisamente por principio de especialidad como estafa estafa, estafa informática, ahí la única contradicción que porque vamos a ver yo tampoco puedo tapar el sol con un dedo, a nivel de descripción del tipo las tres, los tres supuestos de de, los tres supuestos de los que hemos hablado sí parecieran ser mejor descritos en la estafa informática que en el hurto agravado porque el hurto agravado es como mucho más general verdad. La única razón por la que yo pues tengo ahí cuestionamientos en cuanto a por qué no es estafa es única y exclusivamente por esa definición de estafa verdad eh por lo del engaño del ardid que ya que ya habíamos conversado sobradamente verdad para no ser reiterativo, pero uno si está de acuerdo en que lo demás sí pareciera describirlo mucho mejor el

tipo penal de estafa informática ahí el único problema que yo encuentro es que le hayan puesto estafa, probablemente eso digamos si hubiese dado esa reforma y lo hubiesen dejado un fraude informático la la cosa no estaría como tan tan tan tan enredada verdad con respecto a si se debe calificar como uno como otro, pero bueno y básicamente esa es mi, mi posición.

Entrevistador: Esto, esto que usted menciona es muy interesante porque si analizamos de los tipos penales que tutelan el bien jurídico de propiedad, la estafa me parece es el único, por medio del cual el ofendido es la persona que por propia voluntad verdad inclusive en un error, pero por propia voluntad dispone o realiza una disposición patrimonial a diferencia del hurto a diferencia del robo otros tipos penales eh estelionato incluso la misma estafa informática e incluso eh si el el bien patrimonio sale a la esfera del del ofendido por una acción eh propia del imputado en este caso la estafa es diferente y le comprendo que su criterio para descartar en este supuesto en que la persona, en el que la persona se presenta a un establecimiento comercial es que básicamente no es el ofendido quien autoriza esa disposición patrimonial sino una tercer persona que funciona como instrumento.

Entrevistado: Sí claro, esa esa es digamos eh ese es como el el el punto medular de de mi posición porque además y aquí tal vez se me sale lo defensor verdad eh dado a que estamos hablando de ley de fondo verdad de sustantiva, deay pues también uno no debería eh olvidar que cuando hay una conducta que aparentemente puede ser tutelada de dos formas uno debería optar por la que sea más favorable la persona imputada verdad y a manera de eh penas verdad en cuanto a las penas di pues el hurto agravado ahí pues es muchísimo más favorable que las las penas que establece la el Código Penal para la estafa informática sobre todo si hablamos de la modalidad por así decirlo agravada verdad que tiene una pena mínima de 5 años, entonces también es un criterio que había olvidado había olvidado comentarte y que me hace pues posicionarme más hacia el tema del de de hacia la calificación de hurto agravado que de estafa informática con todas las observaciones que se le puedan hacer ahí con respecto al a la opinión verdad.

Entrevistador: Comprendo, eh siguiendo bajo este mismo, bajo esta misma dinámica de utilizar en un establecimiento comercial, un factor muy importante que vino pues a generar un cambio, eh la situación actual que vive la pandemia, si retrocedemos el tiempo un año atrás eh aproximadamente abril del 2020 el Gobierno, distintas instancias, distintas instituciones pues

trataron de generar políticas y realizar cambios en pro de evitar la propagación de, di pues de este virus, de esta pandemia, uno de ellos fue el Banco Central de Costa Rica con su reglamento de pagos, reglamento de pagos vino a hacer un análisis con respecto a que el el noven, actualmente o para esa fecha incluso el 95% de las tarjetas de crédito débito tenían tenían presente tecnología de pago sin contacto por medio de un chip basándose en tecnologías de radiofrecuencia pues podría traspasar datos sin necesidad de tener el contacto con el datáfono, datáfono que dígame para esa fecha más del 90% de los datáfonos instalados en comercios tenían ese tipo de tecnología, entonces existía la posibilidad de realizar un pago sin contacto en entendiéndolo como que pues no se tenía que deslizar la tarjeta por el por el datáfono, a esto se le sumó un segundo análisis y es que se verificó que más del 80% de las transacciones que se realizan en el país es por montos iguales o inferiores a treinta mil colones, se vino a terminar y a existir una modificación y determinar como pago rápido este tipo de transferencias, ¿cuál fue la variante? bueno la variante es que hoy en día y a partir de esa modificación los montos que sean iguales o inferiores a treinta mil colones el comercio no puede solicitar ningún dato de identificación llámese cédula de identidad, lla llámese ningún tipo de pin o contraseña y menos aún podrá solicitarle pues a la persona que que se presente al comercio la firma del baucher o que que que que tenga que firmar pues el baucher. Bajo este bajo este panorama ya son dos supuestos muy distintos si vas a un súper y pagás veintinueve mil colones y si te vas treinta y dos mil colones, por la diferencia que pues esta persona tiene la obligación o no de comprobar su identidad, bajo este supuesto, propiamente aterrizando en una transacción de pago rápido en un establecimiento comercial eh, ¿cuál es su criterio de tipificación? si considera usted que aún permanece este esta relación interpersonal, si aún podría existir este engaño hacia el dependiente o a o si por el contrario al no existir pues esta obligación eh simplemente es parte de un proceso en el que no tienen la verificación el comercio y no podría por ende existir un engaño, ¿cuál sería su criterio con respecto a ello, si hay alguna variante básicamente del supuesto anterior?

Entrevistado: Okey, bueno empiezo por por por decirte que el tema este de la política que decidió implementar a raíz de la pandemia el Banco Central yo no lo conocía osea eh eh lo estoy lo estoy conociendo hasta ahora que me lo comentás verdad, entonces eh teniendo apenas unos segundos verdad para para digerir digamos a esa esa nueva para procesar esa nueva información y poder darte una respuesta, yo pienso que sí habría una una variación importante verdad eh así como te digo sin sin sin darle muchísima vuelta al asunto únicamente tratando de darte una respuesta

ahorita en este momento, a mí me parece que sí podría haber una una diferencia importante en cuanto a la tipificación porque se relaciona también con lo que ya te había comentado con respecto a que vamos a ver, ahora según lo que lo lo lo que me contás no sólo no estaría, no existiría una relación digamos eh entre yo como sujeto activo y la persona ofendida verdad para engañarla y perjudicarla patrimonialmente sino que ya ni siquiera se podría interpretar que yo estoy engañando a la persona que me está atendiendo verdad porque no me está pidiendo absolutamente nada verdad, yo no le estoy prese presentado ningún documento falso yo no estoy confiando yo no estoy teniendo fe de que no me pida mis documentos de identificación, esa persona en suma según lo que me estás comentando de treinta mil colones hacia abajo no tiene la obligación de hacerlo entonces tampoco es que se puede achacar alguna imprudencia de esa persona alguna falta verdad de cuidado entonces me po me parece que sí podría haber una una variación. Ahora, con respecto a cómo se puede eh calificar esa conducta bueno definitivamente como estafa me parece que no verdad me parece que no, eh habría que ver si se puede interpretar que, que igual se podría estar se se podría tratar de un hurto verdad eh agravado por la utilización de la tarjeta, porque di pues no deja de ser una una sustracción patrimonial verdad, eh le genera u un perjuicio a la persona a la persona ofendida sin violencia ni fuerza entonces por ahí uno podría pensar que existe que existe un hurto verdad osea pero que hay apoderamiento evidente, ahí el asunto es como en qué figura se podría subsumir eh por el tema este de de de los cuestionamientos al engaño verdad o al hacer incurrir en error hacer actuar bajo error a la persona, me parece que estafa no eh pero la pregunta que que que, que me imagino te ha te ha surgido verdad a partir de eso porque eso es precisamente lo que me está pasando ahorita es si habrá necesidad de de implementar algún otro tipo penal verdad que describa esa esa conducta, eh encontrando estas lagunas que así pensando muy rápidamente como te digo verdad si sin meditarlo muchísimo eh encontrando esas lagunas uno podría pensar que sí, ahora habría que ver también qué tanta necesidad habría de hacerlo verdad, porque pensar en eh en una reforma a al Código Penal no sólo para eh di pues reformarlo sino sumarle un delito verdad o qué sé yo he sumarle un inciso al hurto agravado o un párrafo a la estafa informática que sé yo verdad, eh habría también habría también que ver la la la necesidad eh, cuando vos me me pediste hacer esta eh esta entrevista como para estar un poquito más aterrizado en cuanto en cuanto a la estafa informática propiamente me puse a buscar en los registros del Poder Judicial en planificación y estadística por lo menos al año para no hacer el asunto enredadísimo eh me puse a buscar para el

año 2020 que precisamente es el año que vos me comentás verdad, que debido a la pandemia pues se dio este cambio en cuanto a las políticas del Banco Central, sobre cuántas condenas por lo menos en el circuito en el que vos y yo trabajamos, que es eh el circuito judicial de bueno de San José pero sede en Pavas y también en San José centro, eh me puse a buscar como cuántas eh condenas por estafa informática había como para ver digamos de una manera meridiana por lo menos eh qué necesidad tal vez habría de de implementar nuevos tipos verdad y en realidad los eh digamos eh el total de casos que encontré no no no fueron muchos es más déjeme ver un toquesito para hablarte siempre eh en números concretos, no e yo de hecho pensé que iban a ser más y no, digamos vieras que en total se supone que sólo en el año dos mil eh veinte como estafa informática porque es di pues el tipo que el filtro me me permitió me permitió buscar únicamente, en total hubo 17 casos entre la los otros que terminaron en el Tribunal Penal de Pavas y el Tribunal Penal de San José, 6 de ellos fueron, esos datos luego te te los paso por correo electrónico para que los los tengás ahí por si si te sirven de algo, fueron 6 absolutorias, 6 eh sobreseimientos por reparación integral del daño y vamos a ver, una condena con la ejecución condicional, una condena por abreviado y se habla de un proceso de extradición con lugar que probablemente ese asunto evidentemente no tuvo sentencia acá sino que se envió la persona al extranjero, pero a lo que voy es a que pareciera que la demanda por lo menos si me limito única y exclusivamente que puede estar sesgado eso verdad eh si me limito única y exclusivamente a lo que pudo ser terminado tanto en el tribunal en San José como en el Tribunal aquí en Pavas, me parece que en 12 meses 17 casos son relativamente pocos yo pensé que iba a ser más verdad, entonces a lo que voy es a esto, tal vez sí sea necesario describir mejor el último el último digamos supuesto ya co como delito, el último supuesto por por el me preguntás el de eh entiendo llamado pago pago rápido pero el tema de la necesidad me parece que también es importante verdad porque puede que sea un hecho que requiera ser ser regulado pero no ocurra mucho por así decirlo verdad y entonces se pueda manejar de otra de otra forma inclusive tal vez no penal pero bueno ya eso sería eh empezar a hablar de temas que que que que trascienden la la, la investigación tuya pero osea, en síntesis me parece que sí, no lo describe bien el hurto tampoco lo describe bien la estafa la la estafa informática pero entre uno y otro de nuevo como como como como he mantenido digamos mi mi posición desde el inicio para bien o para mal me parece que entre uno y otro di pues debería el asunto ser ser eh tramitado como como un hurto agravado verdad, porque en la estafa di pues es que en este caso ni siquiera estamos hablando de de engaño

alguno verdad simplemente se está hablando de un uso indebido ilícito de la de la de la tarjeta pero no mediante engaño ni nada.

Entrevistador: Correcto bueno, vemos como a lo largo de estos distintos supuestos que ha sido de su conocimiento y que ha expresado el día de hoy acá, el hecho de que eh existan criterios que amparan y que también que descarta el hecho de encuadrarlo principalmente hemos hablado de la estafa, de la estaf de la estafa informática y del hurto y vemos que eso incluso le hago de su conocimiento que di igual no dudo que lo conozca, que han existido sentencias en un sentido o en otro es decir, si el hecho se comete en San José puede ser que al imputado lo condenen por hurto pero si se comete en Guanacaste puede ser que la misma acción pues eh se condene por un delito de estafa informática en el que ya usted mencionó son penas muy distintas, son penas muy distintas bajo este supuesto. Eh usted mencionó también algo muy importante sobre la no reforma eh perdón sobre la prohibición de analogía, si analizamos este su principio con el principio de legalidad conociendo que no que no está descrito y de manera previa en la ley de fondo llámese el Código Penal o en una ley especial simplemente no es delito, ¿cree usted que estas acciones podrían entrar en choque o cómo lo cómo lo analiza usted de cara al principio de legalidad específicamente esta circunstancia que que pues ambos y utilizo una palabra que usted indicó, ambos criterios renquean verdad, cómo cómo cómo lo analiza?

Entrevistado: Sí, si tenés razón porque si uno analiza las cosas ya no solo a la luz del de, de lo que hemos hablado sino de lo del principio de legalidad pues uno perfectamente podría indicar que es una conducta atípica verdad, eh por una cuestión de vamos a ver, no sé si llamarlo política criminal verdad porque no me parece que sea algo que que que se derive y que depende únicamente del Ministerio Público verdad, porque es el único órgano que debería tener en este país una política criminal, eh y te digo que no sé si es u un asunto de política criminal pero yo creo que a manera de de de opinión pública y la presión que todo eso pueda generar dentro de la administración de justicia yo dudo mucho por ejemplo que si yo voy como defensor a a graviteración a defender a una persona que incurrió en el último supuesto que vos me comentabas, que llega y hace uso de esta dinámica, más bien se ve inmerso en esta dinámica de de pago rápido y yo llegue a juicio a pedir bueno que llegue a audiencia preliminar a pedir un sobreseimiento porque lo que se está eh acusando no es delito o que el Ministerio público lo haga también para que para que una etapa intermedia o que yo llegue a juicio con una acusación

defendiendo a una persona en una acusación y solicite la absolutoria por atipicidad, yo por experiencia verdad por experiencia porque en realidad esto si sale como de de mi fuero interno no hay un iter lógico razonable que me permita explicarte porque creo es una cuestión ya muy muy muy subjetiva, yo por experiencia dudaría mucho no lo podría asegurar pero porque sería irresponsable de mi parte pero dudaría mucho que un Tribunal pues dicho en palabras comunes silvestre se la juegue a decirme, a sí es atípico por qué porque aunque se tenga razón con respecto a que ni la estafa informática verdad describen ese ese tipo de conducta ni por prohibición de analogía se podría interpretar que la tarjeta sirva como una llave verdad yo no creo que un tribunal se la juegue por lo que eso puede desencadenar verdad, porque la dinámica esta de pago rápido eh bueno hasta el momento no me ha tocado atender, es más defender a una persona que está siendo investigada por hurto agravado, por estafa informática y la conducta que se le reproche eh sea esa verdad de de del pago rápido honestamente no, pero sí por experiencia ya no en el trabajo sino como persona común y corriente si sé que utilizar ese tipo de de, hacer uso perdón de ese tipo de pagos es cada vez más normal verdad entonces es sólo cuestión de tiempo para que si la Fiscalía decide eh calificar ese tipo de conductas como hurto agravado como estafa informática es cuestión de tiempo únicamente que les llegue a algún algún cliente verdad que sea que sea investigado por eso. Entonces yo creo que al ser eh una dinámica cada vez una dinámica de pago cada vez más común lo que la experiencia le dice a uno es que las investigaciones por este tipo de de de de cosas verdad sean perdón serán cada vez más más reiteradas y mirá a nadie le gusta pasar por ese tipo de cosas verdad y uno no puedo olvidar que los jueces son personas también y que yo creo que dado al avance tecnológico que que que vivimos actualmente todo ese tipo de cosas que son completamente fuera de la descripción del tipo verdad, sí generan en la cabeza de de quien juzga como una especie de compromiso con no permitir que este tipo de cosas sigan pasando verdad, entonces yo creo que más allá de si se puede subsumir o no en el tipo verdad yo creo que terminarían condenando a la persona por ese por ese tipo de cosas obviamente yo no estoy de acuerdo con eso verdad obviamente yo no estoy de acuerdo con eso, pero dudo muchísimo que un Tribunal de juicio se la juegue a decir que que es atípico por la coyuntura que que vivimos, pareciera ser atípico verdad porque como te digo el hurto agravado no lo describe bien salvo que apliquemos la analogía y la estafa informática por lo que ya hemos hablado de sobra con respecto a a la naturaleza del tipo penal base digamos de de estafa, tampoco lo describe pero eh di pues actualmente me parece bastante razonable creer que,

que es una que es una conducta atípica ahí lo único como te digo sería ver que qué tan necesario es pero dado que es una política que se está implementando formalmente según lo que me comentás apenas desde el año pasado puede que inclusive las denuncias si es que se han presentado, deay pues todavía no no no no reflejen más que eso denuncias verdad, habría que ver cuáles son los criterios de la Fiscalía con respecto a ese tipo de asuntos si los asuntos llegan a juicio o audiencia preliminar para ver cómo es que se termina para ya tener un criterio un poquito más afianzado sobre la necesidad de un nuevo tipo penal verdad por ejemplo pero a mí me parece que haya necesidad de un tipo penal nuevo o no verdad eh osea me parece que es incierto pero lo que sí me parece necesario es esto que vos estas planteando en tu trabajo con respecto a que hay que discutirlo verdad, que que hay que discutirlo y hay que ver si llega a ser un problema tal que requiera que entonces se haga una reforma al Código Penal y eh se di pues se incorpore un nuevo un nuevo delito o una nueva conducta dentro del hurto o dentro de la estafa informática que describan esta modalidad de de pago eh que vos que vos, por la que vos me estás me estás preguntando verdad, entonces me parece que eh deay pues habría que ver qué tan necesario es verdad con respecto a si el asunto requiere ser tutelado por el derecho penal y no se puede manejar de otra forma verdad como por ejemplo digamos alguna política propia de de del Banco del Banco Central pero de nuevo ya eso trasciende digamos el objetivo de de tu trabajo y lo que sí me parece necesario es pues básicamente esto como lo estás planteando que es la discusión sobre un tema que di pues es bastante es bastante nuevo verdad.

Entrevistador: Okey, bueno básicamente ya para concluir entonces debería comprender yo que el hecho de que sí tenga matices de atípicas estas conductas y que un juez por una obligación sabemos que pues eh los jueces eh están sometidos únicamente a su criterio pero no dejan de ser seres humanos y como indica usted pues éstas son conductas que de alguna u otra manera se deben tutelar, eh a pesar de que podría ser atípica el hecho de que se planteé o o se imponga una sentencia condenatoria, ¿sí violenta el principio de legalidad, sí podría violentarlo?

Entrevistado: Sí claro, porque estaríamos condenando a una persona por un hecho que específicamente no está tipificado como un delito.

Entrevistador: Y cree usted que, bueno analizando que por supuesto usted lo indicó tomando en cuenta parámetros eh de si por ejemplo, qué tan necesario es dependiendo pues tratando de establecer parámetros objetivos en torno a la cantidad de denuncias que ingresan y el tipo de y y

la canti, básicamente la cantidad de de de casos que ingresan por este tipo de circunstancias, si es un caso que amerite la intervención del derecho penal, ¿sería necesario o no plantear una reforma legislativa que incorpore tipos penales específicos al uso indebido de tarjetas en cualquiera de todos sus distintas modalidades, esto por cuanto como lo vimos eh podría encontrar eh desperfectos o podría encontrar debilidades encuadrarlo en un tipo penal en otro?

Entrevistado: Sí, siempre y cuando sea y si si estoy de acuerdo con que eventualmente podría valorarse la la necesidad de una reforma legislativa eso sí, pero el asterisco es siempre y cuando se haya hecho el análisis correspondiente criminológico verdad, por laguna comisión de la Asamblea Legislativa que se yo verdad, eh que del que derive que ese tipo de conductas no se puede manejar de ninguna otra forma y que pues palabras más, palabras menos no queda de otra más que aplicar la forma de control social más pues digamos violenta que tiene que tiene el estado que ya es calificar una conducta como delito verdad y también si eventualmente fuese calificado como delito hay que tener en cuenta di pues eh vamos a ver partamos de que efectivamente contamos con estadísticas que nos no nos hagan pensar que es necesario calificar eso...

Entrevistador: Únicamente para que lo tome en cuenta eh en este momento no recuerdo el dato exacto, parte de la de la investigación bueno, hay dos factores importantes, el año anterior aproximadamente 4000 denuncias se recibieron por delitos de estafa informática e lo o o delitos en el que se ven inmersos pues estafas, hay que determinar si va a encuadrar en estafa o estafa informática eh también dentro del plan dentro del del de la rendición de cuentas del Organismo de Investigación Judicial había un aproximado a nivel nacional me parece, le puedo mentir pero recuerdo de lo que estuve revisando era un aproximado de 13,000 denuncias de las cuales...

Entrevistado: ¿De del año pasado?

Entrevistador: Del año pasado...

Entrevistado: Okey.

Entrevistador: Que si no, si mal no recuerdo ha establecía un parámetro de uso de tarjetas verdad es algo muy mu muy generalizado específicamente porque el, porque esa rendición de cuentas pues son diez páginas en las que simplemente establecen la cantidad de casos que atendieron denuncias que recibieron y eran más de 3000 en utilización de tarjetas, no podría indicarle

mediante que mo que modos o que medios sin embargo únicamente para que lo tenga en cuenta que pasa, que la tramitación de estos procesos es sumamente lenta por el asunto de que hay que solicitar levantamientos de secreto bancarios y aproximadamente para determinar que una causa de estas logre llegar a juicio no van a pasar menos de cinco, seis, siete años, entonces básicamente eh la estadística actual de planificación posiblemente se basa en eh eh en delitos muy viejos...

Entrevistado: Ah sí, si si si.

Entrevistador: Y el y el y el, y el boom o o o el momento que que vino pues a a expandirse más este tipo de delitos fue a partir de la pandemia pues estas consecuencias las podemos ver en tribunales de acá a muchos años, entoe únicamente para que tome en cuenta estos parámetros que como le digo...

Entrevistado: Sí no, por eso te comentaba que esta consulta muy rápida que hice a eh la la página de internet a la sección de estadística podía estar sesgada precisamente por eso que vos me decías verdad simplemente lo utilicé como un parámetro para aterrizar un poquito mejor, eh para aterrizarme perdón un poquito mejor sobre sobre el tema y no incluía este año porque este año ni siquiera ha terminado entonces eh inclusive desconozco si ya habrán números correspondientes a a este año entonces hubiera sido todavía mucho más incierto que haber tomado en cuenta lo del año pasado. Ahora, no sé si ustedes a nivel del Ministerio público a pesar o más bien, derivado de esas estadísticas del OIJ ustedes han logrado determinar eh de por ejemplo de esas 13,000 denuncias verdad, cuántas de ellas han ya habiendo pasado por el tamiz de la cabeza de un fiscal o una o una fiscal ya con conocimiento de derecho dice sí esto es negro, esto es blanco verdad, sea para decir que es hurto sea para decir que que es estafa informática, cuántas de esas 13,000 denuncias ya a nivel de Fiscalía han llegado a por lo menos tal vez no acusar porque se requiere mucha investigación pero por lo menos para tener parámetros razonables para indagar a una persona por un por un por un delito de esta de esta naturaleza como para ver como talvez para acercarme para poder responderte tal vez acercarme un poquito más a lo que sería el producto ya no bruto sino neto de lo que podría ser, ya se estafa informática o hurto agravado teniendo en cuenta que el denominador común entre una cosa y otra es el uso indebido de la tarjeta.

Entrevistador: Eh bueno, parámetros objetivos no podría indicarle, le podría decir que aproximadamente por mes un aproximado eh cada escritorio, somos 8 escritorios, puede recibir

mensualmente ocho ocho, ocho causas nuevas de las cuales le podría decir que dos, tres causas podría ser relacionadas con uso de tarjetas, hablemos de números más, números menos, 15 causas mensuales se podrían recibir en esta Fiscalía para investigación inicialmente ya que que que ingresaron con un C.I del Organismo de Investigación Judicial es decir, un con indicios tenemos un posible imputado y una posible acción delictiva que pues requiere investigación.

Entrevistado: Okey, okey okey, okey ahora ya teniendo pues esa información te te te contesto eh, pues pensándolo así pues rápidamente por el tema de de este último supuesto que vos que que vos me hablás del eh del pago rápido porque sobre los demás supuestos pues ya ya conversamos y di pues ahí creo que compartimos puntos de vista verdad en cuanto a por qué debería encuadrar en uno, por qué debería encuadrar en otro. El último supuesto del que hablamos del pago rápido me parece que es el que da más problemas para saber si encuadra en un tipo o no verdad osea a lo que voy es a que vos podés defender muchísimo mejor porque estás de acuerdo con que se califica como esta informática o porque vos estás de acuerdo con que se califica como un hurto agravado en los supuestos anteriores, en este al no haber engaño si quiera verdad y no haber tampoco ninguna responsabilidad de la persona a la que entre comillas estás engañando pero un tercero me parece que es más difícil que que que se encuadre entonces dado que que eh, no parecería no parece subsumirse de manera pues adecuada a ninguno de los te de los tipos penales pues pareciera saltar a la luz la la la necesidad de de de un nuevo tipo penal verdad y con respecto a una necesidad que fue lo que lo que vos me me estuviste comentando cuando me hablaste sobre los números del OIJ y los números que según tu experiencia tienen aquí en la Fiscalía pues eh pareciera que sí es necesario verdad porque tal vez esto les facilitaría a ustedes el no solo vamos a ver, no sólo darle una pronta respuesta a la persona que pone una denuncia verdad sino eh que les evitaría la discusión esta sobre mirá para vos qué es hurto o estafa, no para mí es hurto, para mí es estafa o que por ahí tengan que recurrir a una persona jerárquicamente por encima de ustedes para establecer un criterio y que también no concuerde con el que ustedes con el que ustedes tienen verdad, que me parece que eso un problema del Ministerio Público no solo para este tipo de delitos sino para otro montón de de situaciones entonces pues desde esa perspectiva y confiando en los números que vos me estás dando pues pareciera que sí porque deay si vos me estás diciendo que al parecer son 15 causas en total por por por mes, imagínate ya a fin a fin de año pues estaríamos hablando de un número importante de asuntos que necesitan, que necesitan ser resueltos entonces eh lo único que yo también sugeriría y que no lo hemos abordado es que eh

si nos limitamos a la dinámica esta de pago rápido verdad eh estamos hablando de montos digamos chiquititos de de dinero verdad no no voy a decir que que sea no voy a menospreciar este tipo de de de montos porque di pues cada cabeza es un mundo para mí 20,000 colones pueden ser puede ser un monto superfluo para otra persona que gane 30,000 colones al mes di es más del 80% de su ingreso verdad entonces no voy a ser grosero en este sentido ni voy a aventurarme a decir que es cualquier cosa pero para efectos de una reforma legislativa hay que tener en cuenta no solo la conducta que se pretende tutelar verdad sin la necesidad de que se tutele esa conducta si no también la sanción que eventualmente se vaya a imponer entonces me parece que también habría que tener ahí bastante cautela en cuanto a bueno, qué tipo de pena ponemos, qué tipo de sanción ponemos y si es pena de cárcel por ejemplo, bueno hagamos una ponderación entre el bien jurídico se está afectando la magnitud en la que se está afectando y la respuesta que entonces el estado debe dar desde su ala o arista, brazo penal al no poder hallar ninguna otra solución en ninguna otra, en ninguna otra vía sancionatoria, administrativa, que sé yo, verdad como para no dar una respuesta eh vamos a ver, penalmente digamos exagerada verdad porque si se plantean penas muy altas y la incidencia de ese tipo de delito termina siendo también alta por personas de bajos recursos económicos que es lo que uno normalmente como defensor atiende di que vamos a generar, que haya personas cada vez que haya cada vez más personas metidas en la cárcel por ejemplo y que el problema a fin de cuentas no se solucione entonces habría que también ver si la implementación de ese tipo penal verdad di pues va a representar una posibilidad importante para acabar con ese problema porque a fin de cuentas di se trata de prevenir verdad, se trata de prevenir aunque sea por el efecto di disuasorio de la pena, pero así como en otros delitos que tienen penas altas de prisión la gente di pues pareciera no sé si no tenerle miedo a la cárcel verdad porque en realidad no sé, pero pareciera no entender que si llevan a cabo ciertas conductas pueden ser eh condenadas a penas altas de prisión y lo siguen haciendo como por ejemplo los deli, los delitos de drogas verdad inclusive esta estafa informática esta estafa informática porque uno como defensor público atiende muchísimos de estos casos y la gente sabe sobre todo cuando se trata de utilización de plataformas bancarias la gente sabe que tiene una pena mínima de 5 años el delito y aún así, vos vos bueno vos que que que tamizas ese asunto mucho mejor que nosotros aquí en la defensa, vos sabés que las denuncias se siguen interponiendo, que las personas siguen siendo indagadas entonces pareciera que la implementación de este nuevo tipo penal con una pena bastante más alta que la que tenía el hurto

agravado que era con el que se tutelaba esto ante la reforma verdad normalmente di pues pareciera que no tiene efecto alguno verdad y no tiene efecto alguno al punto de que el día de hoy vos y yo estamos comentando si la forma en la que se intentó tutelar ese bien jurídico a través de la estafa informática requiere alguna adecuación o requiere a la implementación de algún otro tipo pero entonces, básicamente lo que yo te quiero decir es que si existiera la posibilidad digamos si al final de tu trabajo vos considerarás que sí es necesaria la implementación de un nuevo tipo penal, tener en cuenta los errores que se ha cometido, que han cometido la Administración de Justicia como la implementación de la estafa informática como te digo penal para no cometerlos con el que vos eventualmente podrás, podrás proponer verdad básicamente.

Entrevistador: Perfecto, bueno básicamente esa sería la entrevista eh muy agradecido...

Entrevistado: No muchas gracias, más bien perdón ahí si me extendí.

Entrevistador: No por supuesto no, fue una una rica conversación y tuvimos criterios y puntos de vista que que pues son de gran importancia para el prese, para el trabajo, eso sería muchísimas gracias.

Entrevistado: Pura vida.

ENTREVISTA #5

Entrevistador: Eh buenas noches don NGB, agradezco enormemente pues la oportunidad de permitirme realizar esta entrevista, eh bueno tal y como le mencioné eh bueno esta entrevista básicamente es parte del trabajo final de graduación que estoy realizando sobre mi maestría la cual realizo en la Universidad Internacional de las Américas eh propiamente en en derecho penal. Eh bueno como parte de esta entrevista es importante indicarle que pues la misma lo que pretende es aportar conocimiento en el tema específico que me encuentro desarrollando eh pues eh entonces básicamente se va se va a desarrollar en torno a cuál es su criterio a ciertos supuestos de hecho, así mismo pues este es el objetivo, la finalidad del mismo es establecer cuál es propiamente su criterio, es importante indicarle que en torno a a sus datos de identificación y y pues lo que acá podamos conversar se encuentran eh dentro o protegidos dentro de una confidencialidad, únicamente serán utilizados para con fines académicos, en caso que se requiera pues que este trabajo pueda ser mostrado al público en alguna presentación, alguna publicación y

demás pues de previo se le solicitará a su persona el consentimiento quien pues en todo momento se les respetará en caso que usted indique que no es su deseo que pues sea publicado pues por supuesto se respetará eh pue, esta entrevista estará siendo grabada para los fines de una posterior transcripción y análisis de la, de la misma, ¿de acuerdo?

Entrevistado: Perfecto, muy buenas noches, David muchas gracias más bien por eh la entrevista y le deseo muchos éxitos en su investigación.

Entrevistador: Muchísimas gracias, eh bueno vamos a ver para aterrizar propiamente en el tema, el tema que el que el cual se está investigando se denomina: “El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación en la normativa penal actual de Costa Rica”, le reitero vamos a analizar ciertos supuestos de hecho y determinar cuál es su criterio, es importante indicarle que vamos a entender como pago o como utilización indebida de tarjetas de débito y crédito aquella aquella, aquel uso que realice una una persona cuyo quien no es ni el titular ni el propietario de la tarjeta la realice para para este para, la utilice para realizar algún tipo de pago sin contar con el consentimiento ni el conocimiento de su persona titular, a efectos de la investigación eh no es de interés la manera en la que esta persona adquirió la tarjeta, por supuesto que en el transcurso de la investigación pues sí se pueden desarrollar ciertos supuestos pues también serán analizados pero el eje central es propiamente la utilización, si la adquirió de manera lícita o ilícita eh no es tanto el interés, ¿correcto?

Entrevistado: Bien.

Entrevistador: Vamos a ver, el primer supuesto de hecho que me gustaría conocer cuál es su criterio sería eh la utilización de una tarjeta, utilización indebida de una tarjeta de débito y crédito específicamente para retirar dinero en un cajero automático es decir, en este caso el sujeto activo se presenta a un cajero además de tener una tarjeta que no le corresponde, se impuso del pin o la clave de seguridad de esta tarjeta, procedió a ingresar la tarjeta, digitar el pin y a retirar dinero en efectivo propiedad de del titular de la tarjeta, ¿considera usted que acá estamos en presencia de algún delito penal y ante cuál?

Entrevistado: Sí, en este tipo de asuntos al menos cuando yo voy a abordar un caso intento eh subcategorizar todas las posibles acciones para efectos de analizar si procede primero y de proceder ante cuál supuesto eh, es un delito entiendase un análisis de tipicidad objetiva...

Entrevistador: Correcto.

Entrevistado: Eh en parte de la premisa que operativa que me indica donde no es relevante la forma en la que se hizo con la tarjeta, sino que la tarjeta es ajena y que claramente no se cuenta con eh vamos a ver, la autorización para extraer el dinero asumo que esa es una hipótesis, ¿está bien?

Entrevistador: Correcto.

Entrevistado: En ese supuesto lo que nos tenemos que preguntar que sería lo que yo me planteo de entrada es, bueno hay una acción por supuesto esta acción en términos de tipicidad implica hacerse con patrimonio ajeno sin la autorización correspondiente es decir, actuar en demérito del patrimonio ajeno mediante el ingreso de una clave, recuerdo que hace muchos años al menos eh en algún momento se manejó la hipótesis del hurto porque se estimaba que la clave podría ser una especie de llave, en todo caso el numeral 217 bis del Código Penal eh al menos a mí me parece que es bastante claro en el que, bastante claro entre una redacción poco amistosa dicho sea de paso más el primer párrafo que si la memoria no me falla implicaba influir en el ingreso de datos en un, en una base de datos informáticos, por definición el cajero automático eh dada las reglas de la experiencia se entrelaza con base en datos informáticos en sistemas operativos que manejan bancos a nivel centralizado y en consecuencia si una persona influye directamente ingresando datos que en prima facie son personales y en consecuencia influye en ese ingreso de esos datos haciendo entender al sistema bancario que quien está actuando es el titular del del tarjetahabiente pues, eh yo de primera entrada salvo situaciones excepcionales pensaría en la estafa informática.

Entrevistador: Pensaría en la estafa informática, descartamos este este este análisis que anteriormente se venía haciendo en equiparar la llave y al utiliza perdón al equiparar la tarjeta y la utilización de la clave como, como una llave falsa que incluso pues era, es un supuesto de los que nos agrava el el hurto.

Entrevistado: Sí, yo lo descartaría por varios motivos eh un motivo digamos estrictamente formal por no decir más bien histórico es que la tecno las tecnologías de la información y los avances en

materia de privacidad eh que en este caso inevitablemente se relaciona con el tema del patrimonio eh es insuficiente respecto de la analogía porque insisto me parece que es una analogía que se efectuó jurisprudencialmente respecto a la equiparación entre llave y clave, lo cierto es que los avances en tecnología en privacidad y en este da en este caso una privacidad de datos propiamente dichos que no es lo mismo como una privacidad eh extendida a ámbitos de la vida donde no son necesariamente informáticos eh tienen un resguardo y una tutela más concreta eh más contextualizada y en consecuencia en términos de tipicidad más idónea en el artículo 217 bis, yo la desplazaría.

Entrevistador: Entiendo eh bueno, vamos a analizar un segundo escenario en el que ya esta persona no no no se presenta a un cajero automático sino que más bien desde un café internet, desde su casa en un computador, desde un teléfono celular o cualquier eh instrumento que tenga acceso a a internet eh pues ingrese a una plataforma electrónica, por medio esta plataforma uso además del internet que es necesario para ello, pues realice algún tipo de pago, compra, desde como le indico desde de de desde ya sea desde su casa o desde, de un lugar en el que pueda tener acceso a internet eh en bajo, bajo este supuesto, ¿en qué delito podría, considera usted que encuadraría esta conducta?

Entrevistado: Okey, en ese supuesto con consulta previa para ver si es relevante para el análisis del caso, ¿la persona lo que hizo fue dar el número de tarjeta solamente o suministró eh entiendo que la relación es estrictamente informática no con una persona física en otro lado, o suministró algún tipo de código, de pin este de la tarjeta o solamente el número de tarjeta?

Entrevistador: Eh bueno, en este caso particular siempre o en la mayoría de las plataformas para pago, se requiere digitar el número de la tarjeta, generalmente fecha de vencimiento y un código que tienen por detrás me parece de tres números es decir, información que tiene el plástico al alcance y la vista de la persona que la utiliza.

Entrevistado: Muy bien, en esos casos partiendo eh igualmente de la premisa donde no se cuenta con la autorización, para mí el común denominador respecto al caso anterior es que la persona ingresó de forma directa datos eh para los cuales no tenía autorización legal y los hizo ver como propios en un sistema o en un software o en una base de datos independiente por lo cual nuevamente esa acción en caso de consumarse, actuaría en demérito del patrimonio ajeno y sería mediante un engaño al falsear datos para los cuales no estaba autorizada igualmente lo calificaría

dentro de la estafa informática y me adelanto un poco más, para mí el tema es un tema de especialización, descarto eh la hipótesis del hurto por los motivos que referí de previo y con la especialización me refiero a la estafa pura y simple de la estafa informática, el tema pasa por lo siguiente; está claro que en ambos tipos penales se procura tutelar el patrimonio, esa es una característica que aplica para ambos delitos. No obstante, tenemos uno con un grado de especialidad mayor donde no solamente me dé un ardid sino que el ardid es de una especial característica y que se relaciona precisamente con la influencia la manipulación en bases de datos informáticas, entonces mi parámetro para diferenciar el lindero entre la estafa pura y simple y la estafa informática que me parece que es por ahí donde anda más bien el el análisis del objeto de investigación pasa por, sí con independencia del uso de una tarjeta el ardid fue personalizado es decir, eh me hice pasar por otra persona que es un tipo de engaño distinto frente a un tercer sujeto que habría instrumentalizado ese ardid para luego él utilizar una tarjeta en un pago, que me parece que calzaría dentro del concepto de pago rápido o bien sin que yo engañe un tercer sujeto entiéndase un sujeto físico sino que acceda directamente a un sistema informático e introduzca datos falsos o los manipule, en ese segundo supuesto donde no hay una manipulación de un tercer sujeto o bien una instrumentalización que sería distinto y pasaría porque el otro sujeto en términos de teoría del delito, se comporte sin acción entonces sobre esa base diferenciaría cuando estamos ante una estafa informática y cuando no, entonces si el sujeto activo es el que accede directamente al sistema de datos a la base correspondiente este estamos hablando base de datos de sistemas informáticos e ingresa ya sea datos ciertos pero para los cuales no está autorizado y en consecuencia para efectos de lo que podría ser una especie de contrato entre partes, estoy ingresando datos falsos en el sentido de que la tarjeta existe, el patrimonio existe, el sujeto existe pero no corresponden con mi persona que soy el que ingresa directamente esos datos, en ese supuesto que aplicaría para el cajero o para las compras eh virtuales aplicaría la estafa informática. En un supuesto distinto donde por ejemplo el sujeto activo se presenta a una tienda, trata con otra persona este física entiéndase en el sentido estricto y la induce a error de tal forma que esa persona crea falsamente que quién va a pagar es el tarjetahabiente cuando la identidad es distinta, la persona no habría influido o incidido sobre un sistema informático o una base de datos sino que habría influido sobre el ánimo de otra persona que actuando bajo engaño considerando que era el tarjetahabiente cuando no lo era, hizo el cobro o se efectuó el pago rápido, en ese

supuesto aplicaría el tipo simple porque no estamos ante esta situación de especialidad de requerimiento de los requisitos típicos del 217 bis, que sí estaríamos en los otros supuestos.

Entrevistador: Entiendo, muy muy interesante esto que usted menciona bueno analizamos este tercer escenario en el que el sujeto activo se presentó a un establecimiento comercial, realizó la compra de cualquier producto y como medio de pago utilizó esta tarjeta eh que que anteriormente mencionamos no le pertenece, no cuentan con el consentimiento de su titular y la la forma de pago, analicemos esta forma de pago tradicional es decir, presenta su cédula de identidad le entrega al dependiente la tarjeta, el dependiente corrobora la tarjeta con su cédula de identidad, emite el cobro además este imprime un baucher el cual firma este sujeto activo bajo este supuesto le comprendo, ¿nos encontramos ante eh los supuestos de hecho establecidos por el legislador para el tipo penal de una estafa pura y simple?

Entrevistado: Sí efectivamente, lo que pasa es que se me ocurre otro supuesto, en ese supuesto una de las premisas es que la tarjeta es verdadera...

Entrevistador: Es correcto.

Entrevistado: Eh no ha sido falsificada, sería distinto si la tarjeta fue falsificada verdad si tarjeta por ejemplo fue clonada o en una tarjeta verdadera se lograron introducir datos falsos es decir, que hay alteraciones previas, habría que primero valorar si el sujeto activo lo conoce, si sabe eso que en la práctica muchas veces no lo saben simple y sencillamente cualquier otro frenteador eh o si actuó bajo error de esos aspectos específicos que serían diferenciadores de una estafa informática o una estafa simple pero en el marco de lo que usted me pregunta muy concreto, en esa esquema más tradicional donde la persona el sujeto activo se hace pasar por el tarjetahabiente con independencia del tema de la cédula porque en el marco del caso habría que ver cómo es posible verdad que presentando la cédula coincida con la persona física que está ahí al mismo tiempo se induzca a error respecto a la identidad del tarjetahabiente, yo lo calificaría de la estafa tradicional y que en razón del monto eh habría que valorar si es menor o mayor.

Entrevistador: Comprendo, bueno ahora que que usted me habla de monto, no propiamente como los elementos que nos establece el tipo para para cómo calificante para agravarnos no la conducta si no propiamente en el monto de la compra eh es importante, bueno le comento que de cara a la actual pandemia que vivimos que inició pues eh poco antes del año anterior, parte o ciertas

instituciones pues tomaron en cuenta realizar ciertos cambios en pro de prevenir la propagación de esta de esta de este virus, uno de ellos fue el Banco Central de Costa Rica, pues realizó un cambio en su reglamento de, un reglamento de pagos, el Banco Central vino a hacer un análisis en el cual determinó, bueno determinó varias cosas la primera que al día de hoy contamos con una tecnología distinta a la que se contaba en las tarjetas al momento de que únicamente tenían eh una banda magnética que es decir era necesario deslizarla por el datafono, al día de hoy ya el 95% de las tarjetas que emiten los bancos o eh cuenta una tecnología de Contactless o pago sin contacto es decir, esta tecnología por medio de radiofrecuencia a una distancia aproximadamente de 5 centímetros pues puede recibir la información de la tarjeta sin tener este contacto, se tomó en cuenta que el 90% de los datafonos cuentan esta tec, con esta tecnología, además se tomó para como parámetro y se determinó que el 80% de las transacciones de pago presente realizadas en establecimientos comerciales son inferiores a 30,000 colones, le repito el 30% del total per eh eh perdón, el 80% del total de las transferencias que se hacen son de esta cantidad, entonces en pro de de de de, de evitar la propagación del virus y tomando en cuenta estas características se modificó el reglamento y se estableció como pagos rápidos aquellas transacciones comerciales de pago presente que son inferiores a 30,000 colones y se estableció que en este tipo de transacciones no puede el comercio solicitarle al cliente identificación, no puede dígame cédula de identidad o algún tipo de documento, no puede solicitarle que digite ningún pin, no puedes solicitarle ningún tipo de ningún tipo de de ningún tipo de de de de tipo estos biométricos para para garantizar el acceso y menos aún podrá solicitarle que firme el baucher es decir, ante este supuesto existe pues eh un cambio radical a lo que anteriormente analizamos por qué, porque en e en este caso ya el dependiente pues no tiene la obligación además no puede acreditar la identificación de la persona que realice la compra, bajo este supuesto y este panorama, ¿considera usted que aún nos encontramos en presencia de un delito de estafa?

Entrevistado: Vamos a ver, me interesa una es que no no sé si sí lo mencionó, si para efectuar ese tipo de pago con esas nuevas políticas únicamente se hace con Bluetooth o si tiene que ser pasando la tarjeta es decir, lo administro yo con Bluetooth sin ocupar de la tercera persona o se ocupa de la tercera persona para pasar la tarjeta o eso no es, ¿no es uno de los de las premisas del supuesto?

Entrevistador: No, sí las premisas del supuesto es que que el el dependiente no participa propiamente en la transacción porque eh en realidad quien hace el pago, quién acerca del dispositivo que dígame además eh esta tecnología actualmente se encuentra insertada no sólo en tarjetas sino en sticker, en teléfonos celulares, en muchas veces en en pulseras por ejemplo, las personas que salen a practicar deporte no llevan documentación no llevan su cédula de identidad, andan la la andan su su su pulsera la cual está pues ligada a la cuenta y pueden realizar este tipo de pagos, pero si esta persona por mala suerte pierde, se le cae haciendo ejercicio esa pulsera, cualquier otra persona se la pone y puede realizar este tipo de transferencias, únicamente acercando la pulsera al datafono.

Entrevistado: Sí, para mí es una variable importante eh pero por supuesto que incide la calificación jurídica no hasta el punto de introducir una calificación que no haya mencionado hasta este momento, pero sí especificarla porque en el supuesto que habíamos comentado anteriormente, se hizo ingresar en error a otra persona que era el dependiente de la tienda, en este caso como suele ocurrir por ejemplo, vi que actualmente se está implementando ciertas formas de pago en los más por menos, no sé si en otros eh supermercados hay donde la persona va, pasa ella misma los productos y paga finalmente sin que haya ningún tipo de interacción con ningún dependiente, eso mismo podría suceder en las tiendas y para los efectos pareciera que es un poco lo mismo, el dependiente podemos suprimirlo de la ecuación, entonces ahí tendría que echar mano acorde con la coherencia a las premisas de las que referí previamente, si no se hace ingresar en error a una persona física eh ya sea porque se le hizo ingresar en error o porque se instrumentalizó si fuera el supuesto, es uno igualmente que aquí no existe sino que la persona directamente influyendo, en este caso no en el ingreso de datos porque lo que hace es presentar el dispositivo sea la tarjeta o la pulsera, pero sí en el procesamiento de alguna forma puesto que ella activamente y conscientemente sabe que la tarjeta no es propia o que la pulsera no es propia y la muestra como tal ante el sistema pues entonces lo que procedería en ese supuesto es la estafa informática.

Entrevistador: Le comento que bueno, en este supuesto bueno analizando estos supuestos en los que se hace directamente llámese cajero automático eh pues sea la persona, existen los criterios que, los criterios que avalan más la teoría de un hurto establecen bueno, que el tipo penal del 217 bis viene a establecer, quien influya en el ingreso procesamiento de resultado de información de

un sistema automatizado de información y consideran que pues esta acción como tal no se está influyendo directamente en el sistema informático de modo que no se está realizando ningún ningún cambio en el sistema sino que la acción únicamente corresponde como le digo en este caso particular eh a a presentar la tarjeta y es el sistema sólo el que pues realiza este este tipo de de pago o de cancelación, descart descartan la teoría del del de de la estafa informática por este por por este punto particular, ¿cuál sería su opinión de eso?

Entrevistado: Sí, ese tipo de criterios y en este momento recuerdo un un caso que tuve, que ya resolví respecto al que entonces no tengo inconveniente eh al respecto, que fue hace un montón de tiempo, precisamente se había planteado sobre esa hipótesis que usted mantiene y las mismas partes no lo controvirtieron, a mí me parece que el criterio resulta finalmente anacrónico eh esto en el siguiente sentido; asumir por ejemplo que no existe una influencia en un sistema electrónico cuando es a través de un sistema auto automatizado en los términos del tipo penal sobre el que se está influyendo de manera directa es desconocer para mí la especialidad de la norma y lo digo jurídicamente en el sentido de que si bien puede hacerse una interpretación a mi criterio hasta analógica pero supongo que no se suele controvertir al menos por parte de las partes beneficiadas por supuesto, en relación con el tema del hurto lo cierto es que si hay una norma especial en la que una interpretación incluso una interpretación estricta de legalidad permite aplicar de manera más idónea a los a las premisas de hecho respecto al caso, ese criterio de especialidad se impone ante el criterio de generalidad por qué, porque estamos primero que todo ante dos normas del Código Penal, entonces una de dos, o tenemos una situación de antinomia lo cual no es el supuesto, claramente no son normas que entran en contradicción o tenemos una situación de especialidad, descartada la antinomia y acreditada la especialidad es a esta última la que hay que acceder, esto pensando desde principios generales insisto, me parece que se requiere no sólo normas actuales sino interpretaciones actuales, si no se echa mano de una norma que aunque sea actual se tenga que aplicar a la luz de una interpretación actual donde se valore cuáles son las exigencias de los tiempos acuerdo con la aplicación de la ley penal y digo exigencias de los tiempos no en términos de populismo sino en términos de los bienes jurídicos y como los bienes jurídicos avanzan y al avanzar requieren ser protegidos y en este caso el bien jurídico se relaciona no sólo con el patrimonio sino con la privacidad de disposición informática respecto de mi patrimonio, se corre el riesgo irónicamente de dejar un margen de impunidad, sabemos que si una persona mata por ejemplo a su padre o a su madre, cométe un homicidio calificado, si surge una

interpretación distinta que sostiene que no puede ser padre o madre la persona que mató, probablemente será sancionada por homicidio y la gente diría, bueno no fue impune? no, sí lo fue en el tanto de precisamente la calificante de homicidio, este mismo tipo de análisis en relación con la tutela al bien jurídico es la que yo efectuó desde una perspectiva estrictamente de análisis de protección al bien jurídico en relación con el hurto y la estafa informática esto es, podría verse más como un discurso político, no resulta menor y en términos jurídicos insisto aplicando un criterio de especialidad lo desplazaría.

Entrevistador: Lo desplazaría, eh bueno usted mencionaba, muy importante el principio de legalidad que debemos tomar en cuenta al momento de hacer este tipo de análisis, en efecto pues eh vemos y usted lo conoce y me lo ha manifestado como en este en en estos escenarios en estos distintos escenarios existen distintos criterios por parte eh de doctrinarios y por parte de quien juzga eh analizando jurisprudencias vemos que un supuesto similar tal vez en San José se se obtenga una condena por un delito de hurto agravado y este mismo supuesto lo hubiera lo hubiera conocido un Tribunal en Cartago y es un delito de estafa informática o vamos más allá eh se condena por un delito de hurto agravado y el Tribunal de apelación recalifica o viceversa porque existe pues eh eh estas este tipo de circunstancias, dentro un mismo supuesto dependiendo del juzgador viene a valorar que existe un tipo penal u otro, eh podríamos creer o o podría usted eh eh indicarme si, ¿cree que pues este esta distinción de criterios podrían violentar de alguna manera el principio de legalidad? porque de antemano le indico la teoría que que que que defiende una tesis desacredita la otra, entonces si de alguna manera tomamos las dos teorías lo que desacredita una de la otra eh podríamos encontrarnos ante hechos que en efecto pues en vez de encuadrar en uno u otro, ¿podrían no encuadrar en ninguno?

Entrevistado: Sí, yo no lo enfocaría tanto desde el principio de legalidad porque aunque entiendo que la pregunta se plantea en relación con el derecho penal especial, recordemos que estamos ante un andamiaje normativo que permite que las normas generales sean un piso para las normas especiales y las normas procesales, le construya un edificio y el techo para las normas generales y especiales y creo que el asunto anda más bien por el tema de la norma procesal, porque no podríamos sostener o al menos así lo valoraría yo que vulneraría a puertas el principio de legalidad y que siendo interpretaciones válidas y que derivan de la independencia judicial, una sea contrario al principio de legalidad y otra no, coexisten, lo que pasa es que el sistema procesal

por eso digo que no sería más bien desde mi perspectiva del principio de legalidad sino del de seguridad jurídica, tiene una estructura que blinda precisamente ese tipo de análisis pero para no promover inseguridad jurídica porque por supuesto una persona delinque una circunscripción puede ser pasada por hurto agravado y otra por delinquir con las medidas previstas en otras circunscripción puede ser condenada por estafa informática, hay una situación de inseguridad ante la incertidumbre de cuál será el criterio de quien me juzgue, que tiene que ser resuelto mediante el recurso de casación con base en la competencia que tiene la sala tercera de precedentes contradictorios, ¿garantiza esto que los demás tribunales inferiores en consecuencia respeten esa digamos, uniformidad procurada desde la sala tercera? no, porque persiste todavía la independencia judicial, lo que sí garantizaría es que si la sala tercera es del criterio A o del criterio B y en alzada eh perdón en alzada no, en los tribunales penales o en los tribunales de apelación no se respeta, la persona puede aspirar a tener seguridad jurídica, siempre habilitando el recurso extraordinario de casación por la existencia de precedentes contradictorios. Entonces no diría que se vulnera el principio de legalidad, diría que más bien se requiere uniformar precedentes para respetar al principio de seguridad jurídica.

Entrevistador: El principio de se, perfecto eh bueno le comento, existen otras latitudes por ejemplo en Chile en España donde hay normas penales específicas para usos indebidos de tarjeta, estableciendo diferentes supuestos de hecho pero en específico para usos indebidos de tarjeta, considera que acá en Costa Rica pues conforme al avance de la tecnología que vemos tal y como como le indiqué hoy en día como medios de pago no sólo se utilizan tarjetas sino otros medios de pago electrónico incluso a futuro, pues conoceremos unos que al día de hoy ni nos imaginamos, eh ¿consideraría razonable un un cambio legislativo en pro a establecer tipos penales específicos para uso indebidos tarjeta débito y crédito y otros tipos de pago electrónico?

Entrevistado: Sí, en este momento yo diría que no David, el derecho de alguna forma siempre está persiguiendo a la realidad y a veces la persigue porque busca justicia pero a veces también la persigue por clamores populares ahora sí a partir del populismo, lo cierto es que nunca habrá suficiente cantidad de leyes penales que permitan como anillo al dedo hacer que todos los supuestos de hecho calcen, en términos típicos que encuadren en algún tipo penal, entonces ¿qué es lo que se requiere? que hayan tipos penales que protejan en ma de manera suficiente los bienes jurídicos que conforme avanzan eso sí, requieren protección, dado que la utilidad del derecho

penal siempre respetándole como última ratio es tutelar los bienes jurídicos en el tiempo respectivo, no es lo mismo, la estafa informática no habría tenido sentido a mediados del siglo pasado por ejemplo, pero ahora tiene un sentido gigantesco, el hurto sí habría tenido sentido a mediados del siglo pasado, ahora no lo ha perdido pero es insuficiente a propósito del tema de los bienes jurídicos, entonces para mí la utilidad y entiéndase utilidad ciudadana; deber de Estado de sí o sí tener que crear más leyes penales es ante la existencia de una laguna normativa, si hay normas superiores que le exigen al estado proteger incluso desde el derecho penal en determinados bienes jurídicos y el derecho penal o no los tutela que es la laguna por definición, o los tutela de manera incompleta que sería una laguna parcial, en estos supuestos claro que hay que crear leyes, pero en este caso respecto del uso de tarjetas en los supuestos al menos que hemos comentado en esta entrevista el 217 me parece a mí que cumple con los requerimientos de idoneidad para un análisis de tipicidad y de protección de un bien jurídico más complejo en épocas de tecnologías de la información, que sería innecesario eh traer más tipos penales para un supuesto que ya se encuentra desde mi perspectiva en los términos expuestos, tipificado en este numeral que es el 217 bis.

Entrevistador: Okey perfecto, muchísimas gracias, ya con esta con su respuesta pues damos por finalizada la entrevista, una vez más le agradezco por su tiempo y altamente agradecido por emitir pues estos criterios que que tan valiosos son y tan respetables además, muchísimas gracias.

Entrevistado: Muchas gracias a usted David y muchos éxitos en su investigación.

Entrevistador: Muchas gracias.

Entrevistado: Hasta luego.

Entrevistador: Hasta luego.

ENTREVISTA #6

Entrevistador: Eh buenos días licenciado AMM, eh bueno primero quería darle las gracias por sacar un rato de su tiempo para atenderme pues con esta entrevista de verdad le agradezco mucho, buenos días.

Entrevistado: Buenos días David, eh de verdad muchas gracias por invitarme porque de verdad que me parece que este tipo de investigaciones deberían hacerse de una manera más frecuente, porque es lo que nos permite ir profundizando en estos temas para ir generando criterios más uniformes, más sustentados, que al final permiten que la justicia pueda digamos que implementarse de una manera correcta, porque finalmente es muy importante que la uniformidad, de criterios por lo menos a nivel de Fiscalía, de Judicatura permite tener una mayor seguridad jurídica si usted como imputado o inclusive como víctima puede saber a qué podría atenerse.

En caso de ser víctima o imputado de un delito de estos, y ¿por qué la víctima? la víctima porque podría tener una idea de cuáles son las consecuencias vinculadas con esta clase de delitos y así decidir si procede con el proceso. Porque también es parte de que cuando no existe una gran persecución penal de esta clase de delitos, a veces se desestiman con facilidad y aunque también hay vinculados temas probatorios, se obstaculiza la justicia, e inclusive las víctimas no colaboran, por lo que al final se va incrementando el cibercrimen local organizado que nos impacta a todos. Entonces claro que es importante un desarrollo adecuado de esta materia, lo que es difícil y lograr sino es con investigaciones, como la que usted está realizando, que nos van a permitir profundizar en esos temas verdad.

Entrevistador: Claro, eh muchísimas gracias además, bueno es importante bueno ya le le remití la carta de consentimiento informado sin embargo, es importante retomar de manera breve puntos importantes, el objetivo de esta investigación es pretende aportar conocimiento, conocimiento en específico al tema que que se pretende investigar eh los fines son meramente académicos no no pues tiene otro fin distinto, también es importante indicarle que pues nos encontramos bajo el principio de confidencialidad es decir, lo que acá conversemos y sus datos privados eh pues se mantendrán en el anonimato y en caso que esta investigación se requiera pues ser mostrada al público, algún tipo de exposición, publicación y demás pues de previo se le consultará a su persona sí sí es su anuencia que así sea en caso que usted indique que pues su deseo es que no lo sea por supuesto se va a respetar. Ahora bien, propiamente para aterrizar en el tema eh o en el que pretendemos que se aporte conocimiento por medio de esta entrevista básicamente se denomina: “El uso indebido de tarjetas de crédito y débito para transacciones de pago rápido realizadas en establecimientos comerciales y su tipificación en la normativa penal actual”, es importante pues indicar interés de esta investigación es básicamente el uso indebido de la tarjeta y esto ¿cómo lo

vamos a comprender? bueno como el uso que le dé una persona a una tarjeta ya sea de débito o crédito, podemos claramente extendernos a otros tipos de pago electrónico como brazaletes y demás, pero eh por un por una tarjeta que no esté ligada a una cuenta propia es decir, que pertenezca a una tercer persona, dígame de una manera sencilla, yo utilizo una tarjeta que no me pertenece sin el conocimiento y sin el consentimiento de pues su titular, es importante no es de interés para esta investigación a pesar de que podemos desarrollar supuestos de hecho que nos vengán a variar pues las condiciones modales y con eso pues tal vez eventualmente la tipificación de la conducta pero no es de interés determinar si esta tarjeta pues la persona la adquirió ya sea de una manera lícita o de una manera ilícita es decir, el el el supuesto de hecho antes de utilizarla pues no no viene a ser objeto de la siguiente investigación, repito únicamente el hecho de utilizarla de manera indebida, ¿de acuerdo?

Entrevistado: De acuerdo.

Entrevistador: Ahora bien, bueno vamos a, me gustaría conocer su criterio en cuanto a un primer escenario, una persona que utiliza de manera indebida una tarjeta ya sea de débito o de crédito y esta persona pues se presenta o un cajero automático también se impuso del pin o clave que que requerido necesario para acceder a la información del cajero y poder retirar eh dinero en efectivo, ingresa la tarjeta, ingresa el pin y pues retira dinero en efectivo, eh según su conocimiento y su amplia experiencia en el tema eh, ¿a qué a qué delito podríamos adecuar esta conducta y por qué?

Entrevistado: Claro, David, tenemos que tomar en cuenta que finalmente cuando una persona se presenta a ante un cajero automático primero tenemos que analizar cuál es la naturaleza de este sistema informático.

Nos encontramos ante un sistema informático que tiene el fin de permitirle a la persona gestionar los dineros electrónicos que se encuentren en su cuenta. El usuario bancario puede decidir si consulta sus datos, los que son datos personales sensibles, por ser de carácter socioeconómico. Esta definición se encuentra en la ley № 8968 en el artículo 3 inciso y su regulación en el artículo 9 .

Entonces, podemos decir que cuando usted se presenta con una tarjeta bancaria, esta funciona como un sistema de segundo factor de autenticación, ante el sistema informático, ¿por qué?

Porque usted ingresa los datos, que vienen en una tarjeta magnética, por lo menos ante el cajero automático, o por comunicación por medio del chip, usted tiene que ingresar su código, entonces usted ahí está usando un sistema de autenticación donde usted le comunica al cajero automático “yo soy David Porras” y vengo a consultar mi información, entonces este le contesta “Hola David, cómo le podemos servir hoy?”

Y usted le dice este que quiere hacer un retiro, siguiendo las instrucciones que se encuentran en pantalla, le indica “quiero retirar x o y monto”, entonces cuando usted hace el retiro finalmente está diciendo que “David Porras solicita hacer una transacción”. Por lo que si es otra persona distinta a David, nos encontramos ante una suplantación de identidad en un sistema informático. Pero tomando en cuenta que se da un beneficio propio o de un tercero, nos encontramos ante una estafa informática, por lo que hay un concurso aparente de normas.

Hay que tomar en cuenta que sí hay criterios distintos en cuanto si es un hurto agravado pero sí hay que analizar que cuando la Sala Tercera indica que hay una equivalencia con respecto a una llave, me parece que se hace una simplificación muy burda con una llave, ya que tomando en cuenta que las tarjetas bancarias son sistemas bastante complejos, inclusive podríamos decir que en la actualidad tienen mini procesadores que se comunican con otros sistemas informáticos, por que decir que tiene la mera función de una llave tradicional, digamos que se simplifica y se deja por fuera el proceso informático que se encuentra en esta interacción de sistemas.

Tomemos en cuenta que esta tarjeta bancaria se comunica con otro sistema informático para indicarle que se encuentra ante el titular de la cuenta quién va a hacer transacciones, dentro de las cuales puede darse un retiro económico, más no es la única opción. La persona está gestionando sus fondos y accediendo a su información, hacer hace diferentes transacciones, como lo es pagar un recibo, hacer consultas, transferencias a otras cuentas, por lo que nos encontramos ante una interacción del titular ante el sistema bancario en gestión de sus cuentas bancarias.

Entonces la analogía con una llave tradicional para retirar dinero es simplificarlo mucho, al mismo tiempo que tenemos que tomar en cuenta la época en la que nos encontrábamos, esos criterios andan por ahí del año 2006, donde el desarrollo de la materia no ha sido mucho e

inclusive las tarjetas bancarias no poseían chip e inclusive seis años después en la reforma al Código Penal 9048, se sanciona penalmente la suplantación de identidad, entonces sin lugar a dudas cuando usted se presenta ante un sistema informático, que es un cajero automático verdad, se da la suplantación de identidad.

Entonces nos encontramos sí o sí ante una, ante un delito informático de suplantación de identidad, pero también se da la estafa informática, entonces podríamos decir que tanto en las reformas anteriores del Código Penal, en lo que fue el 217 bis del Código Penal, como en la actualidad sí, sí se da una influencia sobre el sistema con un uso indebido de datos y tomando en cuenta que un uso indebido de datos es propio de la suplantación de identidad, con el uso ilegal de los datos de identificación y de autenticación del titular para cometer una estafa informática. Entonces claro que sí es una suplantación, porque el sistema informático a pesar de no tener las medidas de seguridad adecuadas, está diseñado para interactuar con su respectivo titular y aunque cualquiera podría indicar que realizan la misma acción que haría el titular, es precisamente este el escenario de la suplantación.

Pero vea que interesante, porque podríamos decir que sí pero también en otros en otros escenarios, cuando se presentan las estafas informáticas a través de sustracciones a cajeros automáticos, cuando se dan falsificaciones de una tarjeta de débito o crédito ahí sí cambia el criterio en cuando que hay una estafa informática entonces, ¿cuál es la diferencia? Se da una falsificación de la tarjeta bancaria, aunque ante el sistema informático es lo mismo, no es que se engaña al sistema no, es que el sistema no puede ser engañado, el sistema responde ante los datos, sean de la tarjeta legítima o una falsificación, y en sus sistemas se procesa la autenticación del usuario con el que va a interactuar. Estos datos que capta, dentro de poco será un dato biométrico, como una huella digital, lo que dificulta la labor del cibercrimen.

Pero nuevamente es una vulneración de las medidas de seguridad porque no son lo suficientemente complejas para prevenir que se dé la suplantación de identidad. No es una simple llave y que decir que es una cerradura que abre y saca dinero no es preciso. El proceso de sacar dinero, pasa primero por una consulta de sus datos socioeconómicos, como el de su saldo

para verificar si usted tiene los fondos y si usted tiene los fondos y adicionalmente si se encuentran los parámetros que permiten para retiros, se lo permiten, entonces no es simplemente abrir y sacar dinero no, es un proceso específico que se da para que usted pueda disponer de su dinero o no, porque podría ser que tenga su tarjeta bloqueada, podría ser que no tenga los fondos suficientes, de entre tantas variables que se pueden presentar por lo que simplificarlo al compararlo con una llave, digamos que no es lo correcto. Entonces, en general podríamos decir que si usted se presenta ante un cajero automático haciéndose pasar por quien no es, nos encontramos ante una suplantación de identidad, sin embargo, no necesariamente va a terminar en una estafa informática puede ser que el delincuente solo quiera acceder ilegalmente a su información.

Entrevistador: Y no existe perjuicio...

Entrevistado: Claro, entonces...

Entrevistador: Patrimonial.

Entrevistado: Claro, entonces ahí nos encontramos primeramente con suplantación de identidad donde yo logro acceder a datos que no están dirigidos a mí, verdad, entonces también podríamos estar hablando de una violación de correspondencia y comunicaciones porque ya las comunicaciones a partir de que se dan en ese momento, el sistema informático me la está dirigiendo a mí como titular y si otra persona logra acceder a estos documentos o comunicaciones que emite un sistema informático, pues nos encontramos también ante una violación de correspondencia y comunicaciones.

Vea que interesante que podría finalizar en una estafa informática, entonces cuando ya se da la sustracción de los fondos, simplemente es la realización de una transacción que solicita que yo disponga de mis fondos que van a ser sacados en efectivo. Entonces ahí nos encontramos en que sí, ahí sí incide en el proceso de autenticación, en el proceso de disposición de fondos, por supuesto que que es una estafa informática, sin embargo, no podría decir yo que este tipo penal sea sea el adecuado para este tipo de conductas, pero ya por un tema de política criminal que requiere reformas. Sin embargo, si analizamos esta acción de forma debida, efectivamente es una estafa informática, no podríamos en este momento decir que es simplemente una llave y a pesar de que se respetan los criterios que se han dado al respecto, también la criminalidad

informática se ha ido incrementando y se han requerido soluciones para combatirla. Sin embargo, en estos momentos nos encontramos en un momento mucho más maduro en el desarrollo de los delitos informáticos, donde tenemos que buscar soluciones específicas para problemas de criminalidad específicos y definitivamente no es a través del tipo penal de la estafa informática, que se debe combatir contra este tipo de delincuencia. Sin embargo, por temas de tipicidad y el principio de especialidad, efectivamente lo correcto es aplicar el tipo penal de estafa informática, aunque es claro que no es el adecuado para combatir ese tipo de criminalidad.

Entrevistador: Comprendo, eh bueno ahora que analiza usted este tema de, de que existe pues también otro criterio, criterio anterior de vieja data incluso verdad que nos avalaba o nos equiparaba esta tarjeta con una llave verdadera sustraída incluso eh bueno parte de de este criterio y es que incluso en la actualidad tenemos eh votos y sentencias recientes no tan que quedan que han fundamentado las, que han fundamentado pues esos criterios para de determinar una condena incluso en delitos de hurto eh estableciendo y haciendo un análisis claro, a partir del 2012 tenemos el delito estafa informática y pues nos dan criterios del porque se determina que no estamos ante una estafa de informática y básicamente el uso de estafa informática nos nos establece verbos como influir o manipular en el ingreso de procesamiento de resultado de datos eh estos criterios que amparan o que defienden la teoría que nos encontramos ante un hurto reflejan que el hecho de ingresar una tarjeta, digitar la contraseña y retirar el dinero no es propio o no se adecúa típicamente a los supuestos de hecho establecidos por el 217 ya que influir o manipular según estos criterios van más allá en influir y manipular propiamente el sistema como tal es decir, existiendo alguna modificación en la programación del sistema pero en este caso particular tal y como lo mencionó usted es la acción la misma que pudo realizar el verdadero titular de la tarjeta y por eso es que descartan la aplicación de una estafa informática eh le consulto, ¿cuál es su criterio con respecto a a a, a establecer sin influir o el manipular sí se conllevan estas acciones con el supuesto de hecho que analizamos eh contraponiendo pues como le digo estos criterios que son respetables pero que en efecto le comprendo usted no comparte?

Entrevistado: Sí efectivamente, tenemos que tomar en cuenta que evidentemente este sí hay una digamos con la reforma que se da el Código Penal pues nos encontramos también ante una reformulación del tipo penal, quiere decir que si antes los datos de ingreso se tomaban en cuenta simplemente con el uso indebido de datos que finalmente usted logra incidir sobre los resultados

sobre el proceso. Desde el año 2012, el ingreso de los datos se incorpora de una forma más precisa con respecto a los procesos normales de una computadora, como lo es el ingreso, el resultado o el proceso. Entonces realmente me parece a mí, si bien esta reforma pues viene a dar un poquito de mayor claridad con respecto a que efectivamente el ingreso de los datos que podría ser ya la suplantación de identidad pues nos encontramos ante una norma digamos típica. El término influir tal vez es un término demasiado amplio que permite de verdad que llegar a diferentes puertos y es ahí donde uno podría decir que precisamente por esta razón es que la estafa informática como tal es muy amplio como tipo penal.

Y el hecho de agravar la conducta cuando la acción ilegal se contra un sistema de información bancario pareciera una política criminal incorrecta porque la pena mínima sería de cinco años .

El decir que esta es una acción que realiza normalmente su titular es lo mismo que indicar que las acciones de suplantación de identidad son las mismas que realizan los titulares, cuando usted ingresa a una cuenta de un tercero, usted realiza los mismos procedimientos que el titular, entonces si fuera así entonces tampoco estaríamos ante casos de estafas informáticas cuando hacemos transferencias ilegales. Y es muy importante aquí destacar que los criterios vinculados con que la, los retiros de cajero automáticos deberían ser hurto agravado los comparto con respecto a propuestas “de lege ferenda”, o sea, con respecto a propuestas de reforma de ley, ¿por qué considerarlo así? porque sí me parece que una pena de uno a diez años, dependiendo la cuantía de lo sustraído, podría ser una fórmula de política criminal más adecuada. Lastimosamente, en la actualidad eso que fue parte del proyecto de ley fue eliminado, entonces podríamos decir que hay una afectación dentro de cómo se pensó que debían estar reguladas este tipo de acciones.

Entonces yo sí puedo estar de acuerdo con que debería regularse así por un tema político criminal pero si hablamos de tipicidad, me parece que es indiscutible que hay una suplantación de identidad, que hay una manipulación del sistema informático para realizar acciones que no ha autorizado su titular, quien es el único que puede gestionar acciones a su nombre. Tanto es así, que si el banco o un funcionario realiza acciones en contra del patrimonio del cliente, debe

responder civilmente. Entonces el titular es el único que puede realizar estas acciones, que están dirigidas a nivel informático para que este las realice y el hecho de que los sistemas no tengan medidas de seguridad adecuadas, debido al desarrollo tecnológico o por políticas de los entes bancarios para reducir la fricción, eso no quiere decir que no nos encontramos ante una estafa informática, porque el usuario bancario ingresa datos que son los de autenticación para suplantar la identidad, para consultar digamos que datos del estado de cuenta y finalmente hasta realizar una solicitud de dinero que en efectivo desea sacar. Aquí nos encontramos ante un sistema informático que gestiona su dinero y le permite sacar este en efectivo de acuerdo a lo que usted tiene disponible en su cuenta, no más ni menos (salvo un caso de retiro adelantado, que es una especie de préstamo)

Ahora, podrían darse escenarios un poquito alejados al que usted me indica y es que se podría generar una manipulación informática para sacar fondos del cajero que no son de mi cuenta y simplemente busca vulnerar las protecciones que tiene el sistema informático y de esta manera sacar todo el dinero que tiene. Se han dado casos donde prácticamente escupen todo el dinero¹

En esos casos, ¿cuál es la acción aquí, también es un hurto agravado? ¿o no, habría que analizarlo como tal porque depende si yo de forma no informática vulnero el sistema para sacar el dinero pues sí, pero porque podrían tener una llavecita y todo verdad ¿cierto?

Entrevistador: Claro.

Entrevistado: En estos casos hay que analizar la naturaleza de la acción y si la misma encuadra en el tipo penal y/o si existe una norma especial para este tipo de acciones. ¿Qué pasa si yo lo que hago es utilizar programación porque tienen puertos USB expuestos o sin seguridad física, se instala adicionalmente un programa informático malicioso, se retira el dinero, nos encontramos entonces a ante una situación donde no hay suplantación de identidad pero sí hay utilización de programas informáticos maliciosos (artículo 232 del Código Penal) ¿cierto? y en estafa informática (217 bis CP), pero hay un concurso aparente de normas nuevamente. Entonces hay muchas variables que se pueden dar, pero considero que el único escenario donde de acuerdo a la

¹ <https://futurism.com/the-byte/clever-hackers-atms-spit-out-money>

<https://www.xataka.com/seguridad/jackpotting-el-hack-que-permite-vaciar-cajeros-automaticos-a-una-velocidad-de-40-billetes-cada-23-segundos>

legislación vigente, nos encontramos ante un hurto sería en el que con una llave tradicional usted logre vulnerar las medidas de seguridad físicas para sustraer el dinero porque también existen en ese tipo protecciones físicas con respecto a la digamos al dinero en efectivo, entonces vea que son múltiples escenarios pero cuando nos encontramos ante una interacción con un sistema informático haciéndose pasar por otra persona, ahí más bien no es que hay un delito informático, no, es que hay varios delitos informáticos que deben analizarse.

Entrevistador: Claro, eh bueno me queda bastante claro, vamos a a analizar un segundo supuesto verdad en el que se utiliza esta tarjeta ya sea débito y de crédito o de crédito de manera indebido pero por medio de plataformas eh electrónicas y el uso del internet ya sea para pagar servicios o para adquirir, comprar bienes teniendo en claro que, que la forma de utilización es por medio de digitar los números que son visibles de la misma tarjeta, dígame el del frente, la clave de seguridad que está eh pues impresa por la parte trasera y y la fecha de vencimiento en varios casos eh bajo esta dinámica en este supuesto, ¿habría alguna variante con respecto a la tipificación o cuál es su criterio?

Entrevistado: Bueno, hay variantes en cuanto a la modalidad delictiva este, digamos que para yo poder hacer una estafa informática en un comercio electrónico ni siquiera tengo que apropiarme de su cuenta, entonces ahí volvemos al punto de las escasas medidas de seguridad vinculadas con una política de cero fricción en el este tipo de transacciones, ¿qué quiere decir? que si usted vuelve el sistema muy seguro la gente podría no usarlo porque conlleva demasiados pasos, y vea que esa es una de las razones del por qué cuando usted se presenta ante un comercio a pagar con su tarjeta de débito no le piden un PIN porque en Costa Rica se decidió esta modalidad de “Chip and Signature” para reducir la fricción para que la gente no se tenga que complicar tanto para pagar. Sin embargo, esto está cambiando y ahora se está buscando pasar al sistema de “Chip and PIN” para compras superiores a los treinta mil colones² y las que son inferiores a ese monto no ocupa que se firme.

¿Qué qué pasa antes con esto? nos encontramos ante políticas que le facilitan el uso de las tarjetas a los propietarios a los titulares que finalmente hacen que sean sistemas de confianza, entonces usted lo tiene bien claro, si yo le pido la tarjeta a usted le puedo tomar una fotografía y

² <https://www.nacion.com/economia/consumo/banco-central-amplio-plazo-a-la-banca-para-uso-del/U6B55ZEYJJD7RG3GG3YJ2GR45E/story/>

con eso puedo hacer compras en líneas, en línea, entonces ese uso indebido de datos que ingreso que puedo haber obtenido a través de una compra de una base de datos de muchas tarjetas que nos encontraríamos ante el delito de violación de datos personales y que ahora se encuentra en internet en la “dark web” de una forma muy amplia. Digamos que yo ingreso datos, vea que es uno de los elementos del tipo penal, ingreso datos, me hago pasar por el titular, hago un pago y genero un beneficio económico para mí o para un tercero. Esa es la estafa informática, pero nuevamente será con acompañamiento de diferentes conductas delictivas informáticas, violación de datos personales, violación de correspondencia como comunicaciones, suplantación de identidad, instalación propagación de programas informáticos maliciosos, de hecho hay un caso nacional eh que se dio en la sala tercera en donde a través de un keylogger se logró obtener datos verdad, Entonces qué pasa si efectivamente cuando nos encontramos ante los delitos informáticos sean múltiples conductas que se encuentran sancionadas en nuestro Código Penal y que requiere una un debido análisis para poder determinar ante qué norma nos encontramos, entonces ahí hay que analizar cuál es la intención del autor, verdad, que es lo que quiere realizar y en el caso de la estafa informática es el beneficio el beneficio que se da y tomemos en cuenta que en el camino hacia la estafa informática, hay muchos delitos informáticos que se dan, como lo son la suplantación de identidad, suplantación de páginas electrónicas, violación de correspondencia o comunicaciones, violación de datos personales, facilitación del delito informático, entre otros.

Entonces, en una adecuada política criminal, el tipo penal de estafa informática debería dirigirse exclusivamente para resolver casos mucho más complejos que finalmente es su “ratio legis”. Cuando se proponen en la primera reforma que se encuentra el Código Penal, en el año 2001, se piensa para acciones delictivas que son altamente complejas, que era lo que se estudiaba en esta materia en esas épocas y en donde inclusive sus modalidades requerían ciertos conocimientos especializados en informática.

Por eso, cobra sentido que cuando lo que tiene que ver con compras en línea, retiros de cajeros automáticos, compras fraudulentas ante comercios, deberíamos tener normas especiales que respondan a una política criminal concreta para este tipo de acciones en donde el conocimiento tecnológico o su acceso es bastante bajo. Cuando se reducen, digamos, que los requisitos que se, que conlleva cometer una estafa informática quiere decir que hay más individuos que pueden

cometerlas, por un error de su vida y podríamos decir que también hay que tomar en cuenta la cuantía de lo defraudado, dentro de los elementos a tomar en cuenta para vincular, digamos que la sanción que va a tener el el individuo. Entonces, nuevamente cuando nos encontramos ante un comercio electrónico, se da la estafa informática, porque hay un un uso indebido de datos para suplantar la identidad, para hacerse pasar por el titular, hacer una compra, entonces se dan todos los elementos de la estafa informática.

Entrevistador: Claro, comprendo bien, bueno usted viene a a incorporar un tercer escenario que me gustaría pues también además profundizar en el mismo y es el hecho de utilizar esta esta tarjeta débito o crédito propiamente en establecimientos comerciales y para eso vamos a a pensar en el medio tradicional porque me gustaría hacer pues una diferencia en los dos supuestos, entonces bajo este escenario vamos a pensar en la forma tradicional en la que, en la que anteriormente se realizaba en la mayoría de las transferencias dígame que de alguna manera el dependiente debía o tenía la obligación de autenticar la identidad de la persona, la tarjetahabiente que se estaba presentando al comercio e incluso al final de la transacción una vez realizado el pago, la compra del servicio o del producto, se debía firmar pues el voucher que que garantizaba pues la legitimidad de que la persona quien utilizó la tarjeta eh pues era su titular, en este supuesto ¿podríamos continuar hablando de una estafa informática?

Entrevistado: Me parece que, bueno tenemos que primero analizar cuál es la naturaleza de la transacción, entonces usted llega a un comercio usted, llega a un acuerdo entre cosa y precio y deciden qué método de pago van a utiliza, ya sea su tarjeta bancaria, que no es otra cosa que una tarjeta que le permite a usted identificarse ante el sistema bancario internacional vinculado con las compras y ventas por tarjetas de crédito, como el titular de esta cuenta que le permite hacer una transacción, que en otros países desde hace muchos años podría utilizar una un PIN adicional para dar más seguridad que usted es quien dice ser. En Costa Rica se está buscando ese camino, y lo que ha sido la norma es presentar la tarjeta y firmar el voucher. Entonces, hay un vínculo análogo que es la firma que no hay ninguna parte en el sistema informático que te permita indicar si la firma corresponde al titular, a pesar de que se te capte en un POS ese que es un sistema digamos procesador de esas transacciones usted la pueda digitar, captura su firma, bueno no la coteja, entonces ¿qué quiere decir? que eso es un sistema digamos de firma y chip verdad

entonces usted presenta el chip y firma, pero la firma no se coteja entonces es una medida de seguridad inadecuada vinculada con un sistema donde debe haber buena fe de las partes y eso así se encuentra mucho en internet, lo que genera que los delincuentes puedan explotar estas vulnerabilidades en los sistemas de autenticación. Entonces cuando usted se presenta ante el comercio entonces usted dice, “yo soy el titular” y ¿de qué manera usted prueba que es el titular? Presentando su tarjeta que la tarjeta hace un proceso informático donde dice sí, que efectivamente él es quien dice ser porque el chip tiene medidas de seguridad que le permiten vincular digamos su tarjeta con su cuenta entonces si efectivamente los encontramos ante la cuenta y después existe un proceso análogo donde a usted le dicen ¿y su cédula? que por cierto esto prácticamente hay inclusive dejado de ser el rito de las transacciones conforme vamos avanzando y ahora para transacciones mayores de treinta mil se está implementando que se use un PIN y para menores de esta que se presente ante el sistema. Por lo que vamos avanzando en el uso de estas tecnologías y se requiere menos fricción, entonces usted ya ni siquiera le piden firmar porque en principio lo que se debería hacer es pedir la cédula y en la práctica ni eso se pide, Entonces, a través del sistema que se encuentra en la tarjeta, quien posee la tarjeta se presenta como su titular ante el sistema, en donde hay un elemento humano, que le podrían pedir la cédula. Si no siempre se la piden entonces ni siquiera nos encontramos ante una variable donde para usted hacer compras ilegales ocupa engañar a alguien, realmente usted se presenta autenticándose como una persona ante un sistema informático. Pero como le indiqué, en otros países desde hace muchos años es necesario poner un PIN como para fortalecer este proceso de autenticación, entonces la pregunta, qué debe hacerse ante este tipo de escenarios es, ¿quién tiene el control del sistema de autenticación, el sistema informático o la persona? entonces podríamos decir que quien gestiona el dinero electrónico que se encuentra en sus cuentas o al que usted tiene acceso a través de crédito, es el sistema informático entonces usted dice “okey, pero AMM hay una persona que te pide la cédula y una persona que verifica de alguna manera” Y sí, pero es como un protocolo adicional de seguridad informática física, o si queremos verlo es un proceso híbrido pero siempre hay una suplantación de identidad ante un sistema informático que en el caso específico. Es una norma especial en nuestro Código Penal, ya que se da ante un sistema informático que gestiona las compras para un titular. Entonces, siendo así, en algunos casos, no en todos, la forma de actuar del dependiente es totalmente irrelevante como cuando usted se presenta a comercio como puede ser en una de esas ferreterías, como EPA, que usted llega y hace el proceso de compra

solo o que usted llega a Amazon GO³, y en Estados Unidos y usted simplemente va navegando agarra sus cosas y se dan procesos de autenticación totalmente automatizados, sin fricción y sin cajeros humanos. A nivel local, el sistema informático se ayuda de una persona, de un dependiente como para fortalecer las medidas de seguridad que a nivel de medidas de seguridad tenemos que las medidas de seguridad pueden ser físicas, lógicas o jurídicas, entonces tradicionalmente medidas de seguridad lógicas o físicas, en este caso las medidas de seguridad lógicas son las vinculadas con el chip, y pues usted lo ingresa en el POS, si esta pertenece al titular entonces puede disponer del fondo pero adicionalmente hay una una medida adicional, que ahora puede ser un PIN para transacciones mayores de 30 mil colones y que antes era simplemente la firma y en muchos casos ni la firma porque eran montos bajos (En estos casos el riesgo los corre el banco.) Entonces quiere decir que quien está en control de las compras de la autorización de de esa compra, el sistema informático, usted se presenta con un sistema informático que interactúa con otro sistema informático para hacer hacerse pasar por un titular para hacer una compra, en realidad en muchos casos el comercio ni siquiera es defraudado porque el comercio simplemente pues digamos que interactúa ante un sistema tripartito donde ellos firman un contrato con el Banco y el titular también tiene un contrato con el Banco y así sucesivamente de forma triangular van interactuando, todos cumplen funciones. Se presenta una suplantación de identidad nuevamente porque el sistema informático está en control, la tarjeta de débito y ahí lo invito digamos a que investigue un poquito más sobre los sistemas informáticos vinculados con las tarjetas, también es un sistema informático porque sí procesa información, se comunica con el sistema que tramita a la compra y entonces nos encontramos ante una suplantación de identidad ante un sistema informático, y el humano cumple un proceso accesorio y a pesar de que sí se cumple la acción típica que está contenida en el artículo 216 vinculado con la estafa tradicional nos encontramos nuevamente ante una norma especial en donde en donde se dan digamos que diferentes este escenarios donde puede haber programación donde puede haber uso indebido de datos. Saltándome a otro tema accesorio, también puede ser que cuando usted se presente con una tarjeta real siendo usted el titular, el sistema informático que es el POS, esté con un *malware* y capture sus datos de los cuales vayan a ser utilizados de forma posterior entonces, ¿qué es lo que pasa? que ante la pregunta ¿quién está en control de los pagos? nunca va a ser el el

³ <https://cnnespanol.cnn.com/video/amazon-wholefoods-jeffbezos-tecnologia-compras-amazongo-nuestromundo/>

humano, el humano cumple una una función accesoria ante un sistema de autenticación informático y de ahí que considere que siendo una norma especial siendo, dándose una suplantación de identidad. Esto es muy similar a la que se da cuando usted se presenta como David Porras y la tarjeta de su trabajo, para marcar la salida y llegada, porque lo identifica como un empleado de una empresa, En estos casos, también se da el delito de suplantación de identidad, ya que digamos que usted va a marcar digamos que usted va a marcar que ingresó a su trabajo pero realmente es su compañero, usted le está suplantando la identidad. Esto es interesante porque ahí se pueden dar dos escenarios, usted cuenta con la autorización del titular para defraudar a la empresa o lo hace simplemente para ubicar a la persona en un lugar donde no estuvo, claramente eso puede variar pero se da la acción típica, entonces efectivamente hay suplantación de identidad, hay un uso indebido de datos, hay una influencia sobre un sistema informático que está diseñado para interactuar con su titular y que todo uso fuera de eso es un uso ilegal, que genera pérdidas bastante altas digamos en el comercio ya sea electrónico o tradicional.

Entrevistador: Correcto, eh bueno ahora usted menciona esto de de una participación tripartita y es que a partir de ello los criterios que avalan la posición de que acá en este supuesto no nos encontramos ante una estafa informática sino ante una estafa pura y simple, por cuanto se dan todos los elementos objetivos de la estafa a saber un ardid de un engaño que el cual se se, se viene a establecer al momento que la persona que se presenta como el titular de la tarjeta hace creer al dependiente que lo es, que es su tarjeta; sin embargo, no lo es a partir de ello el dependiente eh es eh es engañado y y actuando bajo este engaño bajo este error es que realiza una disposición patrimonial el cual obtiene un beneficio este sujeto activo y es un perjuicio para un tercero, no para el comercio como así usted lo indica, estableciendo que estableciéndose que de esta manera si se encuentran presentes todos los elementos de la estafa y por ende pues nos nos vienen a establecer que no estamos ante una estafa informática pero le comprendo que acá pues sí, pues bien podríamos estar ante elementos típicos de una estafa pero también al darse elementos típicos de una estafa informática pues por principio de especialidad ¿se subsumen en el segundo?

Entrevistado: Exactamente.

Entrevistador: Perfecto.

Entrevistado: Exactamente porque efectivamente nos encontramos ante un engaño, una disposición patrimonial, entonces sí se presentan los elementos de la estafa. Este tipo de escenarios son muy comunes en los delitos informáticos y precisamente eso digamos por eso es necesario este tipo investigaciones y necesario un debido debate entre especialistas para ir enriqueciendo esta materia porque efectivamente cuando nos encontramos ante una norma especial cuando, analizamos a profundidad los procesos que se van dando nos damos cuenta que los sistemas informáticos se encuentran ubicuos en nuestra sociedad, cumplen labores importantes pero que todavía nosotros tenemos una centralización de pensar que quien se encuentra en control es el ser humano y en casos como la compra ante comercios, el humano simplemente el ser humano logra un acuerdo entre cosa y precio, dice “sí claro ¿cuál va a ser su método de pago? ok perfecto” y quien realice termina de aprobar eso y quien está en control es el sistema informático, entonces, es interesantísimo porque esto claramente es algo que se va a dar cuando se van construyendo este tipo de conductas criminales con sus respectivos análisis, sus respectivos debates y es parte de la madurez que tenemos que tener a nivel nacional en el desarrollo de este tipo de tipos delictivos. Entonces a mí me parece que todos los criterios me parecen que respetables; sin embargo, también hay que tomar en cuenta que para poder analizar a profundidad, el abogado tiene que ahondar en temas informáticos sí o sí, porque cuando usted analiza una tarjeta de débito y la vincula con una llave, podríamos estar desmeritando toda la complejidad que tiene una tarjeta de débito que me parece que es una obra de ingeniería increíble, cuando a mí me explicaron en una capacitación que es un sistema informático que se conecta y todo lo que tiene y que lo hace consumiendo muy poca energía, realmente es una obra de ingeniería sorprendente, que no puede usted simplificarla al simplemente decir que es una llave, pero tomemos en cuenta que cuando los magistrados toman esta posición también hay que ver que las tarjetas eran mucho más sencillas y simplemente contaban solo con una banda magnética, entonces también eso hay que analizarlo hay un desarrollo tecnológico que todavía deja más claro que nos encontramos ante otra situación que todavía era más difícil de ver en otros momentos entonces me parece que, que es un tema totalmente interesante y apasionante, en el que debemos todos profundizar más.

Entrevistador: Claro, muy interesante ahora que menciona usted el el cambio que han tenido las tarjetas de crédito y que en efecto pues son sistemas informáticos y y si uno pues no realiza este análisis en definitiva no lo va a comprender y por ende pues estos criterios que de verdad pues

incluso están por ahí presentes por parte de algunos tribunales, usted bien lo mencionaba que en sus inicios o hace muchos años pues las tarjetas contaban únicamente con la banda magnética que almacenaba información, hoy en día pues ellas cuentan con un chip con una tecnología EMV eh los cuales permiten interoperatividad por medio de ondas de radio en la que bueno incluso tiene usted razón utilizan muy poca energía no es necesario estar recargando una tarjeta eh conectándola para que tenga o que tenga una batería sin embargo, a partir de la proximidad a un aparato POS ellos pues son capaces de intercambiar información y y esto pues adquiere relevancia no sólo en el avance de la tecnología sino también eh pues en la actualidad tenemos una realidad que también lo que motivó o impulso usted ahora mencionaba sobre el no tener que firmar el voucher, el no tener que mostrar la cédula de identidad y es que vamos a ver, es importante mencionar de cara a lo que actualmente se vive a raíz de la pandemia pues muchas instituciones optaron por realizar cambios preventivos en torno a evitar la propagación de esta epidemia, uno de ellos fue el Banco Central de Costa Rica que tomó la decisión eh la junta directiva de realizar cambios y realizó una modificación al reglamento de pagos estableciendo, estableciendo propiamente eh las transacciones de pago rápido, por supuesto anteriormente sí existían este tipo de transacciones pero con criterios muy distintos a los que se vino a establecer a partir de abril del año anterior y es que se tomó en cuenta varias circunstancias, bueno la primera eh actualmente más del 95% de las tarjetas y más del 90% de los dispositivos POS para pago, para pago presente pues cuentan con esta tecnología de Eumeebe eh perdón EMV y que cual tal y como le indique permite por medio de radiofrecuencia pagar sin contacto eh. Ahora bien, tomando en cuenta que la tecnología permitía utilizar este tipo de medio de pago y haciendo un estudio se determinó que más del 80% de las transacciones de pago presente en establecimientos comerciales, repito el 80% son por montos inferiores a treinta mil colones, entonces analizando todo esto y tratando de establecer condiciones para evitar el contacto físico entre personas porque sabemos que pues esta es una de las circunstancias que cambia eh que que que pues viene a darnos el contacto físico entre las personas son factores de riesgo para la propagación del virus pues se tomó en consideración y se determinó que establecer como pagos rápidos estos montos iguales o inferiores a treinta mil colones tomando en cuenta la tecnología que tenemos, este parámetro pues vino a establecer no solo que que que una circunstancia facultativa sino que en definitiva el comercio no puede solicitar ningún tipo de documento de identidad para que la persona pues valide su identificación, no puede contar con

ningún tipo de autenticación llámese piden autenticación biométrica y tampoco deberá solicitarle al cliente que firma el baucher, incluso la impresión del cliente pues el facultativo del de de esta misma persona del cliente. Entonces vemos como tenemos un panorama distinto con respecto a si la transacción se realiza por una suma de veintinueve mil colones, por qué porque ya nos encontramos ante un supuesto de pago rápido, a diferencia si la transacción es por treinta y dos, treinta y tres, treinta y cuatro mil colones o más, vemos aquí como la variante eh pues adquiere un poco un poco de modificación y esto pues pue eventualmente dependiendo del criterio que se maneje con respecto a la tipificación pues podría afectarnos, yo le consulto a usted ¿considera usted en este supuesto de hecho, claro entiendo el criterio que usted persigue o que usted más bien eh aprueba, eh si existiría alguna modificación con respecto a ello porque ya acá no tenemos una participación tan directa del dependiente sino más bien eh pues es propiamente yo como tarjetahabiente quien interactúo con el sistema y no tengo un deber de identificación ante el comercio.

Entrevistado: Sí, es interesante porque lo que viene a probar este tipo digamos de normativa reciente es que digamos el carácter accesorio de la función del dependiente y que el sistema de autenticación y el sistema de gestión de sus fondos se encuentra en control del sistema informático, entonces deja todavía más claro que nos encontramos ante estafas informáticas. De hecho. tanto es así que se profundiza un poquito en que los sistemas informáticos son tarjetas de débitos que es interesante verlo así porque finalmente sí procesan información que son los datos que contienen, se logran vincular con el sistema el PO, generan una conexión única de hecho esto genera con el POS para aprobar una transacción y esto es interesantísimo porque si usted revisa la definición del Convenio Europeo sobre ciberdelincuencia del sistema informático, con que son uno o varios dispositivos interconectados entre sí y ahí se interconectan entre sí⁴ entonces es por lo menos disruptor analizarlo como que son dos sistemas informáticos que se conectan, que interactúan y que ambos están siendo manipulados como un todo entonces todavía así queda más claro, que nos encontramos ante una estafa informática donde el dependiente tiene una función accesorio, entonces no sólo es una norma especial es que nuevamente los procesos de compra que se dan a nivel global sean estrictamente informáticos con ayuda de dependientes realmente están

⁴ Artículo 1. Definiciones A los efectos del presente Convenio,

a) por «sistema informático» se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan en ejecución de un programa;

en control de los sistemas informáticos y no de dependientes humanos, porque el día el dependiente humano no hace la verificación de sus fondos y simplemente cumple un protocolo de seguridad para ver si la persona también porta tarjeta de identificación nacional y ver si corresponde a la persona y qué pasa inclusive cuando hay dos personas que tienen el mismo nombre y realmente nuevamente es un protocolo adicional que viene a acompañar a acompañar los procesos informáticos, pues sí nos encontramos ante una norma especial. Por eso le digo entre más usted ahonda en el tema más le puede quedar claro que sí es una estafa informática por donde lo vea. Ahora bien, lo que es cierto es que no es el tipo penal adecuado para el tipo de conducta criminal que se está desplegando en muchos de los casos, y esto sí es importante destacarlo porque no podríamos decir que en todos los casos de las estafas informáticas la pena mínima deba ser de 5 años, me parece incorrecto entonces por un lado le digo sí es que todas en realidad son estas informáticas pero es que esa no es la sanción adecuada para este tipo de conductas.

Entrevistador: Claro y es que vemos como esta nueva variante que obedece a muchas cosas pero más importante a ello es el avance en la tecnología, como nos viene a como usted indica entre más ahondamos en el tema pues más claro nos puede quedar que estamos ante una estafa informática y este supuesto viene a destruir la tesis que sostienen muchas personas que no estamos ante una estafa informática si no ante una estafa porque se induce a error a un dependiente pero en este caso el dependiente no tiene participación alguna, vemos como todos estos supuestos eh y los supuestos de hecho que analizamos anteriormente en cajero automático, en establecimientos comerciales, en eh por medio de plataformas de internet, encuentran distintos criterios de tipificación y tal como lo vemos dependiendo de la persona que esté encargado de la persecución penal, quien dicte las políticas y más importante que ello, los juzgadores dependiendo quien sea pues sí tiene un criterio en otro van a condenar por un delito u otro y no es algo no menor porque como usted indica pues eh por ejemplo los delitos, este delito de estafa informática en su segundo supuesto que es en la mayoría de los casos porque hay sistemas bancarios eh nos establece una pena mínima de 5 años, cómo cómo considera usted que analizar a la luz del principio de legalidad el hecho de que se permita o que él es el el juzgador encuadre dentro de un tipo penal o en otro tomando en cuenta además que los criterios que avalan una posición eh pues indican y son claros en fundamentar porque no toman pie de la otra posición, entonces si tomamos en cuenta por ejemplo el criterio e incluso su criterio lo pongo de ejemplo

usted nos viene a manifestar que actualmente con la normativa que hay eh debería encuadrarse en una en una estafa informática pero que no es el adecuado, entonces tomando en cuenta esto, ¿cómo lo analiza usted de cara al principio de legalidad es decir, las normas penales actuales en estos supuestos de hecho?

Entrevistado: Sí David, eh que pregunta que pregunta más interesante porque efectivamente la falta de capacitación a nivel nacional de abogados litigantes defensores, jueces, fiscales, termina digamos generando inseguridad jurídica, con respecto a la aplicación de estos tipos y es que no importa qué parte procesal sea usted, se debería tener una idea de cómo se van a aplicar las normas y saber a qué pena se expone el imputado.

En materia penal existe una prohibición de la interpretación analógica y se debe cumplir la regla de interpretación restrictiva, donde la libertad de las personas se encuentra en riesgo y se debe respetar también el principio de legalidad.

En esta materia, no podríamos mantener que una tarjeta bancaria es una llave, ya que inclusive existen estudios sobre las mismas que no las identifican como tales, por lo que en realidad es una interpretación extensiva, en donde la simplificación propia de evaluaciones que se dan cuando no se cuenta con muchos elementos vinculados como informática y que no se han venido analizando de una forma correcta, lo que es más necesario conforme se da más desarrollo tecnológico y más desarrollo en el ámbito del derecho informático, por lo que definitivamente esto trae lesiones de derechos fundamentales de todas las partes. Cuando nos encontramos ante un incorrecto debate regulatorio, ante la falta de profundización por parte de los operadores jurídicos, realmente no estamos aprovechando todos estos desarrollos que se están dando a nivel tecnológico, a nivel de derecho comparado y en esto me parece que es parte de de las deficiencias que tiene nuestro sistema educativo, porque finalmente usted tal vez lo tiene bien claro que no todas las universidades enseñan derecho informático y aun las que los enseñan no profundiza en los delitos informáticos. Entonces, qué es una tarjeta de débito o qué es una tarjeta bancaria, ¿cuáles son los sistemas que tienen que no todos son iguales?, ¿cuál es la naturaleza de los sistemas que aprueban los pagos en los comercios? Eso requiere un análisis profundo. Cuando usted compara una tarjeta de débito con una cerradura me parece una simplificación que tal vez podría ser adecuada de acuerdo a al desarrollo de la materia y en aquellos tiempos inclusive el desarrollo tecnológico en donde un equivalente de estas tarjetas eran las llaves que en los hoteles que usted llegaba con con

una tarjeta similar, con una banda magnética y sirve como una llave, pero al mismo tiempo se simplifica porque detrás de un sistema que parece sencillo hay una estructura tecnológica importante en donde se conecta inclusive con su banco para verificar si usted tiene si usted dispone de fondos para realizar una compra, que son datos sensibles, que son datos digamos a los que sólo usted puede tener acceso y me parece que en estos casos este sí se está haciendo una interpretación muy amplia este no se está aplicando el principio de especialidad. Donde digamos que usted puede encontrar que se dan concursos de diferentes normas de índole informática entonces me parece que que de ahí reside la importancia de su trabajo de investigación que deberían haber más en esta materia a nivel nacional, porque cuando las personas y los profesionales al menos tienen acceso a un documento que pueden verificar y que puede inclusive cotejar diferentes posiciones. Yo no quiero decir que mi posición sea la correcta pero es que al menos usted puede construir una posición tomando en cuenta diferentes criterios y eso es lo que enriquece el derecho, no simplemente decir es que lo que dice esta persona, no, es que tomemos en cuenta todas las posiciones y podríamos llegar a concluir o usted en su tesis que de acuerdo a su investigación de temas informáticos, de temas jurídicos la respuesta correcta debería ser esta o deberíamos dirigirnos a esto y pues bien me parece que todos vamos en una línea similar. Si usted se fija digamos en el proyecto de ley 21187, digamos en el que yo este colaboro como corredactor y también se propone el hurto agravado a través de una tarjeta de débito pero por un tema de política criminal, pero no no digamos haciendo una aplicación una una interpretación totalmente amplia vinculándolo con una llave pero porque me parece que efectivamente podría ser a nivel de política criminal lo más adecuado, pero no podemos tampoco simplemente atender a eso a la hora de encuadrar una conducta en un un tipo penal.

Entrevistador: Usted mani, bueno indica algo muy interesante y utilizando sus palabras eh ahora al analizar diferentes supuestos usted indicó “es que el tipo penal de estafa informática no es el más adecuado deberían existir normas más especiales” me gustaría saber...

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: Me gustaría saber y tomando en cuenta porque también usted me vino a a introducir algo muy importante que es el derecho comparado, existe en otras latitudes por ejemplo España, Chile, Argentina, donde cuentan con tipos espe penales específicos para usos indebidos de tarjeta o vamos un poco más allá, otros medio otros instrumentos de pago verdad

porque tal y como como usted lo expuso y como lo hemos visto, no sólo con una tarjeta hoy en día pues me cuenta la pueden vincular a a un brazalete, a un teléfono celular y demás pero bajo esta misma modalidad de pago presente utilizando la misma tecnología, considera usted que en Costa Rica bueno, ya me lo ha dejado ver, incluso pues ha participado en un proyecto de ley, pero me gustaría ahondar más en ese tema y que usted me explicara si en efecto a su criterio pues ¿es necesario en Costa Rica una intervención legislativa que nos venga a establecer tipos penales específicos en los que nos establezca como acciones típicas supuestos de hecho, en el cual el sujeto activo pues realice un uso indebido de una tarjeta de débito o crédito u otro tipo de instrumento de pago?

Entrevistado: Sí bueno, este tenemos que juepuña e e es interesante porque digamos si usted este ve en derecho comparado si puede ver que en España sí hay una norma especial verdad, de hecho si no me equivoco de hecho por aquí lo tengo está en el artículo 248 del Código Penal español eh y vamos, si me da dos segundos voy a a...

Entrevistador: Claro.

Entrevistado: A verificarlo para decírselo, y es que digamos que es lo más adecuado porque tenemos que entender que la comprensión del tipo penal de la estafa informática, bien no es tan sencilla, de hecho me parece que es un tipo penal complejo de su digamos en su análisis y digamos que se se le escapa de las manos al lego en derecho e inclusive al especialista en derecho que no maneja temas informáticos, entonces este vemos que vemos que este deberían haber normas que sean un poquillo un poquito más fáciles de digamos de entender, entonces ve aquí en el artículo 248 digamos en el apart, en el capítulo sexto de las defraudaciones este sección 1 de estafas de, indica cometen estafa los que con ánimo de lu de lucro utilizaran el engaño bastante para producir en, error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en beneficio propio de un tercero, pero también indica que se considerarán reos de estafa los que dice, los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje a los datos sobrantes en cualquiera de ellos realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero, entonces podríamos decir que efectivamente nos encontramos ante una situación que es más fácil digamos de comprender por cualquier persona, en qué escenarios se encontrarían en caso de cometer este o tal acto sin llegar necesariamente a comprender un tipo penal tan complejo como el de la Estafa Informática local, en donde se nos facilita más equiparlo con estafa tradicional y simplemente

decir esto debe venir por aquí, y es en definitiva es necesario que existan normas especiales de una comprensión mucho más clara por parte de cualquier persona que la lea y eso es un error que tienen los tipos penales informáticos que a veces pueden ser un poco complejos. Entonces conforme se van presentando acciones de manera más común en nuestra sociedad y de acuerdo a cómo lo visualicemos como operad o como operadores jurídicos, podríamos tomar decisiones de política criminal en cuanto una compra con una tarjeta de débito en un comercio tal vez no sea merecedora de penas de 5 años sino que tal vez porque no, de 1 a 3 años, de 1 a 4 años, de 1 a 5 años, digo dependiendo diferentes elementos que se podrían considerar como este el monto de la defraudación. Entonces me parece que hacia ahí debemos evolucionar pero esto requiere un debate importante regulatorio y tomamos en cuenta que este proyecto de ley este cuando la Corte lo analiza, indica que efectivamente se están eh tomando decisiones o se podrían que podría afectar al funcionamiento del Poder Judicial, que no se cuentan con suficientes recursos entonces a pesar de que lo ven bien, excepto digamos que errores puntuales que se podrían ver digamos o correcciones que ellos consideran o, el el tema es que tampoco podríamos decir y a pesar de que para eso estaba previsto que se diera un debate importante regulatorio para ver cómo se analizaban en ciertas cosas, simplemente quedó en el olvido y me parece que eso es parte de la dinámica legislativa costarricense en donde muchas veces muchos proyectos no tienen debates importantes y tienen más que ver con las voluntades políticas y que bueno me parece que eso es algo que debemos corregir. Por ejemplo recientemente hubo un proyecto de ley en donde se reforma el artículo 167 bis, que es la seducción a encuentros con menores de edad, en donde se toma una decisión de política criminal totalmente absurda y aunque yo sé que esto no es parte de su tema de investigación le puedo decir que terminaría sancionando las comunicaciones de índole sexual entre personas que a pesar de que legalmente pueden tener relaciones sexuales no podían tener sexting, porque hay una norma que la sanciona con prisión. Entonces cuando usted ve esos absurdos dice, bueno es que no se dio un correcto debate y no, efectivamente no se dio y yo me di cuenta cuando ya había sido aprobado el primer debate e hice un artículo, digamos llamando la atención sobre el tema pero, qué es lo que pasa, que cuando se se presentan proyectos de ley, deberían inicia iniciar debates importantes entre entre operadores jurídicos y uno de ellos debería ser este tema que usted está presentando, para analizarlo con una debida profundidad, porque no podemos simplemente tomar debates superfluos sin tomar en cuenta elementos importantes dentro de la conducta y tomar decisiones. No es que la sociedad requiere que todos

profundicemos, analicemos y lleguemos a conclusiones con respecto a que si es adecuado tener penas tan altas para conductas que se están convirtiendo en habituales y en donde pueden haber inclusive personas que a pesar de que sean adultas, sean todavía muy jóvenes y que pueden cometer cierto tipo de errores, entonces me parece que todos esos temas requieren un mayor debate, entonces más bien yo le agradezco por tomarme en cuenta en esta investigación que estoy seguro que va a ser una herramienta muy útil digamos para la comunidad jurídica que requiere capacitarse en esos temas.

Entrevistador: Claro perfecto, entonces debo comprender que que a su criterio si es necesario que que pues existan pues modificaciones...

Entrevistado: Claro.

Entrevistador: Claro, eh comprendo bien que con todo este tipo de debate para que al final pues quien se vea beneficiado es la sociedad costarricense al establecer tipos penales que sí sean útiles y que vengan pues a a aportar y a a trabajar y a contrarrestar o, esto estos flagelos verdad que venimos enfrentando pues día con día eh...

Entrevistado: Exactamente.

Entrevistador: Don AMM le agradezco mucho, ya damos por finalizada la entrevista de verdad...

Entrevistado: Perfecto.

Entrevistador: Criterios que bastante respetables y que van a ser de gran ayuda para este trabajo eh reitero, muchísimas gracias.

Entrevistado: Eh con todo gusto David, eh quería comentarle que bueno yo creo que sí se lo puse eh en el chat que yo, de hecho así lo conversamos que como yo hablo tanto, este al final eh las transcripciones a veces eh digamos que eh es tanta información que muchas veces la reducen, a veces hay errores digamos que pueden interpretarse como una cosa, veo que usted domina muy bien el tema digamos inclusive en ese intercambio que hemos tenido entonces no creo que sea el problema pero por un protocolo yo siempre digamos que apruebo las transcripciones para tener claro que lo que se pone en una investigación que yo dije es algo que yo dije y y de esta manera creo que digamos es mejor para para los dos digamos para el producto, inclusive a veces me tomo digamos la la libertad digamos por ejemplo como en este caso que que te menciono la la

definición del convenio sobre ciberdelincuencia pues el apego digamos porque es parte de algo que si tuviese que estar eh con la computadora dictándote bien tampoco sería el mejor producto entonces esto te lo digo con total transparencia porque a veces soy un mae un poquito meticulouso pero usted me dirá.

Entrevistador: Claro claro, bueno únicamente ya para finalizar la graba la grabación eh bueno sí le voy a indicar las transcripciones son completamente literales, incluso muletillas y demás eso se transcribe...

Entrevistado: Okey perfecto.

Entrevistador: Respetando todo todo todos los signos de interrogación y de más, pero si son completamente literales la conversación que mantenemos acá y de igual manera no hay ningún problema una una vez que pues se finalice la transcripción te la paso por correo electrónico para que para que me des el visto bueno para ya poder trabajar.

Entrevistado: Okey, perfecto,

Entrevistador: Acá acá ya finalizo la grabación, ¿correcto?

Entrevistado: Perfecto.

APÉNDICE F. CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO ENTREVISTAS

Yo _____, cédula _____ declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA” consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante David Porras Meza de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de Las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante David Porras Meza se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a _____ de _____ de _____ de 2021.

Firma Participantes

APÉNDICE G. CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO CUESTIONARIOS

Yo _____, cédula _____ declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL USO INDEBIDO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO PARA TRANSACCIONES DE PAGO RÁPIDO REALIZADAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, Y SU TIPIFICACIÓN EN LA NORMATIVA PENAL ACTUAL DE COSTA RICA” consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante David Porras Meza de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de Las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante David Porras Meza se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a _____ de _____ de _____ de 2021.

Firma Participantes