

# LA TUTELA PENAL DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL DERECHO SUIZO

Antonio M<sup>a</sup>. Javato Martín

*Profesor Asociado (Doctor) de Derecho Penal. Universidad de Valladolid*

---

JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho suizo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-r2, p. r2:1-r2:6. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r2.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-r2 (2005), 30 jun]

**RESUMEN:** Resumen de las principales herramientas jurídico-penales de que se vale el ordenamiento suizo para proteger al consumidor en el comercio electrónico. El texto se inicia con una aproximación general al Derecho penal de la informática suizo -surgimiento, evolución histórico-legal, concepto y marco regulativo-, para después

describir sucintamente las concretas figuras delictivas encargadas de tutelar el comercio electrónico desde la perspectiva del consumidor: delitos de estafa informática, de falsedad documental, de publicidad engañosa y disposiciones penales relativas a la protección de datos personales.

**PALABRAS CLAVES:** Delincuencia informática, internet, comercio electrónico, estafa informática, falsedad documental, publicidad engañosa, protección de datos personales.

Fecha de publicación: 30 junio 2005

---

## I. SURGIMIENTO LEGISLATIVO DEL DERECHO PENAL DE LA INFORMÁTICA <sup>1</sup>

El conocido como Derecho penal de la informática (*Computerkriminalität*) adquiere carta de naturaleza en el ordenamiento suizo con la aprobación de la Ley Federal de 17 de junio de 1994<sup>2</sup>. Mediante la misma se introducen en el Código penal los tipos de captura ilícita de datos (& 143), acceso indebido a un sistema de tratamiento de

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación VA060/02 de la Junta de Castilla y León sobre "Protección penal del consumidor en el comercio electrónico" que ha tenido como investigador principal al Prof Dr. Mata y Martín.

<sup>2</sup> La entrada en vigor de esta disposición se produjo el 1 de enero de 1995. Vid SCHMID N., "Das neue schweizerische Computer-Strafrecht vom 17. Juni 1994" en *CR* pp 163 y ss, p.163; del mismo, "Das neue Computerstrafrecht" en *ZStR* 1/95 pp 22 y ss, p. 23; del mismo, *Computer-sowie Check-und Kreditkarten-kriminalität*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1994, pp 1-2; WEBER C., "Electronic Banking aus juristischer Sicht", *Kriminalistik* 10/94 pp. 662 y ss, p.662. Véase asimismo el informe del Ministerio Federal de Justicia de mayo de 1996: *Internet. Neues Medium-neue Fragen ans Recht. Bericht einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zu strafrechtlichen, datenschutzrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen rund um Internet* p. 5, disponible en [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch), última consulta 20-04-2005.

datos (& 143 bis)-tipo de *hacking*-, los daños informáticos (& 144 bis), la estafa informática (& 147) y finalmente, el conocido como “hurto de tiempo”(Zeitdiebstahl, &150).

Paralelamente se modifica el tradicional concepto de documento recogido en el & 110 del Código penal suizo con objeto de dar entrada a los datos almacenados en una instalación de procesamiento de datos al documento informático<sup>3</sup>.

Este elenco de delitos va a ser completada por la Ley de Telecomunicaciones de 20 de abril de 1997 que incorpora al Código penal el art. 150 bis. En él se castiga la fabricación, importación y distribución de componentes o programas destinados a la decodificación ilícita.

Con la modificación operada en 1994 se viene a culminar un dilatado proceso de codificación de los delitos informáticos iniciado en el año 1978<sup>4</sup>. En esta fecha el Departamento Federal de Justicia y Policía encarga a una Comisión de Expertos la revisión del Derecho penal económico con objeto de adecuarlo a las nuevas formas de delincuencia, en especial, las relacionadas con el uso de las tecnologías de la información. Los trabajos de esta Comisión concluyen en 1982 con la formulación de un Anteproyecto de reforma, abriéndose entonces un extenso periodo de alegaciones al que son invitados los cantones, partidos del arco parlamentario y diversos colectivos profesionales. A la vista del Anteproyecto de la Comisión de Expertos y de las diversas alegaciones presentadas, se inicia en 1989 la elaboración del Proyecto definitivo por parte de un grupo de trabajo del Departamento Federal anteriormente citado, Proyecto que va a ser remitido al parlamento el 24-4-1991<sup>5</sup>.

Pone de manifiesto SCHMID<sup>6</sup> como el legislador suizo a la hora de proceder a regular esta materia no se ha decantado por la creación de nuevos delitos sino más bien por la adaptación de los ya existentes, como la estafa los daños o las falsedades. De ello se derivan dos tipos de consecuencias. La primera, el carácter subsidiario de las infracciones a las que acabamos de referirnos: los delitos informáticos sólo serán aplicables si el tipo matriz no viene en consideración. La segunda haría referencia a la necesidad de interpretar y aplicar las nuevas normas de manera simétrica a las clásicas; es decir, los hechos ejecutados por medio del ordenador sólo serán punibles si ellos, ejecutados de modo tradicional, serían en todo casos punibles (subsunción hipotética)<sup>7</sup>.

## II. LOS DELITOS INFORMATICOS

Los delitos informáticos en sentido propio (*Computerdelikte*), esto es, aquellos en que el ordenador es medio o fin<sup>8</sup>, no sólo se contienen en el Código penal, sino también

<sup>3</sup> Vid SCHMID N., “Das neue schweizerische...”, p.163/4; del mismo, “Das neue... pp 23 a 25; del mismo *Computer...*, p.1/2 y en el Prólogo; WEBER C., “Electronic Banking... p.662-3; *Internet. Neues Medium...* p. 5.

<sup>4</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische...”, p.163; del mismo “Das neue...”, p.23; del mismo *Computer...*, p.1.

<sup>5</sup> Véase SCHMID N., *Computer...*, pp 3 a 6.

<sup>6</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische...”, p.163; del mismo “Das neue...”, p 23-25; del mismo *Computer...*, p.1

<sup>7</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische...”, p.; del mismo “Das neue...”, p 24/25.

<sup>8</sup> Véase SCHMID N. *Computer* p. 2 y *passim*. No obstante, este autor, se muestra crítico con el empleo de la expresión, procedente del ámbito anglosajón, dada su perfil netamente criminológico. SCHMID N., *Computer...*

en determinadas leyes especiales. La utilización indebida de los programas de ordenador vulnerando los derechos de autor encuentra acomodo en la Ley de propiedad intelectual de 9 de octubre 1992 ( *Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*)<sup>9</sup> artículo 61-1( *Urheberrechtsverletzung*). Por su parte, los datos personales almacenados en un ordenador son tutelados penalmente, por la Ley de protección de datos de 19 de junio de 1992 (*Bundesgesetz über den Datenschutz*)<sup>10</sup>, art 35.

Mención aparte merece el fenómeno de Internet. La multiplicación de ilícitos cometidos a través de la red en paralelo a la universalización del servicio ha motivado la elaboración de diversos informes oficiales en los que se trata de responder a los diversos interrogantes suscitados por esta nueva forma de delincuencia. Especialmente problemático aparece el tema de la responsabilidad de los servidores.

Podemos citar los informes de la “Oficina Federal de Justicia” de 1996, sobre “aspectos penales de propiedad intelectual y protección de datos en Internet”<sup>11</sup>, y el de 1999 relativo a la cuestión de la responsabilidad penal de lo proveedores de acceso<sup>12</sup>; o el informe de la policía federal de abril de 2000, sobre la responsabilidad penal de los proveedores de servicios de Internet<sup>13</sup>.

En el primero de los informes reseñados se diferencian dos tipos de modalidades delictivas o ilícitos penales cometidos en Internet<sup>14</sup>:

1) Los delitos efectuados sobre la red y los datos que se encuentran en la misma. Fundamentalmente pertenecen a esta categoría los denominados delitos informáticos.

2) Aquellos hechos punibles que utilizan la red como canal de comunicación. Nos hallamos ante lo que se conoce como delitos de exteriorización de pensamiento (*Gedankenäußerungsdelikten*), entre los que se pueden citar la representación de la brutalidad, & 135 StGB; pornografía a través de Internet, & 197 StGB y discriminación racial,& 261 bis StGB.

### III. COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHO PENAL.

La protección penal del comercio electrónico se articula a través de diversas disposiciones normativas. Además del Código penal vendrían en aplicación la Ley federal de competencia desleal, la Ley federal de propiedad intelectual y la Ley federal de protección de datos.

p. 15/16.

<sup>9</sup> “Loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins”.

<sup>10</sup> “Loi fédérale sur la protection des données”.

<sup>11</sup> *Internet.Neues Medium-neue Fragen ans Recht...* cit. Vid *supra*.

<sup>12</sup> *Gutachten zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Acces-Providern gemäss Art.27 und 322bis vom 24.12.1999* Bundesamt für Justiz, en [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch), última consulta 20-04-2005.

<sup>13</sup> *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet Service Providern; Positionspapier der Bundespolizei, April 2000*, consultado en <http://www.admin.ch/bap/d/archiv/berichte/2000-05-15-d-interne-isp.pdf>, última visita, 20-04-2005, o el de los profesores NIGGLI/RIKLIN/STRATENWERTH sobre responsabilidad penal de los servidores de Internet: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von internet-providern. Ein Gutachten ( zuhanden Verband Inside Telecom, VIT)*, consultado en [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch).

<sup>14</sup> *Internet.Neues Medium-neue Fragen ans Recht...*, pp. 5 y 6. En sentido similar SPAHR C., *Internet und Recht*, 3ª Aufl, Zürich 2000, p. 148 y ss.

Vamos a analizar las diversas conductas delictivas que afectan al consumidor en el comercio electrónico.

### 1. Abuso fraudulento de una instalación de procesamiento de datos (&147)

En el párrafo 147 se regula la denominada estafa informática. En su número 1º se recoge el tipo básico. Se castiga con pena de reclusión de hasta cinco años o con prisión a quien con la intención de enriquecerse o enriquecer a otro, y empleando incorrecta, incompleta o indebidamente datos influya en un tratamiento o transmisión electrónica -o equivalente- de datos ocasionando un desplazamiento patrimonial en perjuicio de otro u ocultando inmediatamente un desplazamiento patrimonial.

En el párrafo 2º se consagra una cualificación fundamentada en el carácter profesional de la actuación del autor.

Por último el párrafo 3º establece la persecución a instancia de parte en caso de que la desventaja patrimonial recaiga en un familiar.

La inserción en el Código penal de este artículo viene satisfacer una urgente necesidad político-criminal destacada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia suiza. Anteriormente a la reforma de 1994 las manipulaciones fraudulentas sobre el procesamiento de datos no podían ser incardinadas en el tipo de estafa pues se consideraba que las máquinas no eran susceptibles de engaño<sup>15</sup>.

Por otra parte el legislador ha construido el delito siguiendo el modelo de la estafa tradicional del art. 146. De ahí deriva su carácter subsidiario, residual frente a ésta<sup>16</sup>.

#### *Análisis del tipo básico*

*Sujeto activo* puede ser cualquiera. Nos hallamos pues ante un tipo común<sup>17</sup>.

*La acción típica* consiste en una manipulación del procesamiento de datos<sup>18</sup>. Esta manipulación debe ser efectuada mediante el empleo incorrecto, incompleto o indebido de datos.<sup>19</sup>

La utilización de datos incorrectos se produce cuando se utilizan datos, que se encuentran en contradicción con la situación fáctica o jurídica al tiempo del procesamiento de datos<sup>20</sup>.

Con la variante típica de “empleo incompleto” se pretende dejar claro que la mani-

<sup>15</sup> Vid STRATENWERT *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Individualinteressen, Fünfte, teilweise neubearbeitete Auflage*, Stämpfli Verlag AG Bern, 1995, p.342 y ss; REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrech III. Delikte gegen den Einzelnen. Achte, teilweise neu bearbeitete Auflage*, Schulthess, 2003 p. 204; TRECHSEL *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurskommentar 2º Aufl.*, 1997 “& 147”, 1; “SCHMID N., “Das neue schweizerische..., p.169 ; del mismo “Das neue..., p.35.

<sup>16</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH *ibidem*; SCHMID N., *Computer...*, p.222.

<sup>17</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische..., p.169 ; del mismo “Das neue..., p.35 ; del mismo, *Computer...*, p. 224; *StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch* ( Herausgegeben un mit Anmerkungen versehen von Dr.JÖRG REHBERG) Ausg.1999, “& 147 Abs1”; REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrech III...*, p. 205.

<sup>18</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische..., p. 169; REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrech III...*, p.205.

<sup>19</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Ibidem*.

<sup>20</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrech III...*, p.205; *StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch “& 147 Abs1”*.

pulación también puede producirse por una omisión<sup>21</sup>. Se pone de manifiesto por la doctrina austriaca que los datos incompletos no son más que un tipo de datos incorrectos<sup>22</sup>.

Finalmente la utilización de datos ilegítimos haría referencia a aquellos supuestos en que los datos son auténticos, pero son utilizados por una persona no autorizada o legitimada<sup>23</sup>. Tras la creación de esta tercera modalidad de manipulación se encuentra la intención del legislador de captar los casos de utilización indebida de tarjetas bancarias o análogas.

Se exige además la presencia de un *resultado típico*. La manipulación efectuada por el autor debe conducir a un procesamiento de datos incorrecto, inexacto desde el punto de vista jurídico o material<sup>24</sup>, que ocasione u oculte un *desplazamiento patrimonial* que a su vez origine un *perjuicio a otro*<sup>25</sup>.

En cuanto al *tipo subjetivo*, se corresponde con el de la estafa (Art. 146). Necesarios son tanto el dolo como la intención del autor de enriquecerse o enriquecer a otro ilegítimamente<sup>26</sup>.

## 2. Falsedad de documentos

La reforma de 1994 amplió el concepto tradicional de documento regulado en el & 110 dando entrada al documento informático<sup>27</sup>. De esta forma, se puede aplicar sin problemas a los casos de falsedades cometidas en el comercio electrónico los tipos de falsedades de documentos regulados en los & 251 y ss. del Código penal suizo.

## 3. Publicidad engañosa

En el Derecho suizo ciertas formas de publicidad engañosa aparecen sancionadas como una forma de competencia desleal en la Ley federal contra la competencia desleal (*Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb de 19-12-1986*)<sup>28</sup>. En su artículo 23 se castiga con pena criminal o multa a quien realiza alegaciones falsas o susceptibles a inducir a error sobre su empresa, denominación comercial, artículos, productos o prestaciones, la cantidad disponible o sus relaciones comerciales, o favorece de modo análogo a terceros en la competencia. Dicha formulación coincide en gran medida con la postulada en el Derecho francés, ya que alternativamente se inserta dentro del tipo tanto la falsedad objetiva, como la subjetiva-aptitud para producir error- de la alegación<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, “& 147 Abs1”.

<sup>22</sup> Vid REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrecht* III..., p.205.

<sup>23</sup> TRECHSEL *Schweizerisches Strafgesetzbuch...*, “&147 6”.

<sup>24</sup> Este requisito paralelo al del elemento del error en la estafa, es exigido por la doctrina a pesar de no figurar en el texto en lengua alemana (Sí, inversamente en los textos romances: “par le biais du résultat inexact ainsi obtenu”/ per mezzo dei risultati erronei così ottenuti”). Vid TRECHSEL *Schweizerisches Strafgesetzbuch...*, “&147 8”.

<sup>25</sup> SCHMID N., “Das neue schweizerische...”, p. 36.

<sup>26</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH *Strafrecht* III...,p. 207; STRATENWERT *Schweizerisches Strafrecht...*, p. 348.

<sup>27</sup> Vid *supra*.

<sup>28</sup> Consultada en [www.admin.ch](http://www.admin.ch), última visita, 20-4-2005.

<sup>29</sup> SANCHEZ GARCÍA DE PAZ I. “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal), en AP nº25/16-

#### 4. Protección de datos personales

Las disposiciones penales referidos a la protección de datos personales aparecen ubicadas en el Código penal y en la Ley federal de Protección de Datos. El artículo 178 *novies* del Código penal suizo castiga la sustracción indebida de datos personales. La persecución se deja en manos del perjudicado. En el art. 35<sup>30</sup> de la Ley de protección de Datos aparece punida la lesión del “deber de discreción” que deben guardar determinados profesionales<sup>31</sup>.

22 de junio 1997, p. 549. Véase asimismo HENZELIN M. “La protection pénale du comerce électronique du point de vue des consommateurs” en *Juornées 2001 d’informatique juridique. Implications nationales et internationales du comerce électronique. Conséquences de la démocratie électronique sur l’ordre juridique*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002, p. 63 y ss.

<sup>30</sup> Se ha consultado el texto legislativo en [www.adm.ch](http://www.adm.ch).

<sup>31</sup> Ampliamente sobre estos dos artículos HENZELIN, “La protection pénale...” p. 76 y ss.