



Comentario del Proyecto de Ley de Spam (*)

Dra. Esc. María José Viega ()**

1. Soluciones de Derecho Comparado

El combate contra los correos basura se viene dando en diversos ámbitos en otros países. Así, existe la Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico para la Unión Europea, la cual exige la necesidad de que dichas comunicaciones sean claramente identificables, así como que en dichos mensajes figure la persona física o jurídica en nombre de quién se dirigen dichas comunicaciones.

Por otro lado, en España se aprobó la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico mediante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En dicha Ley hay un Título especial dedicado a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, en el cual se prohíbe los correos electrónicos no solicitados y se establecen sanciones económicas a quién infringe dichas disposiciones.

En EEUU, uno de los Estados que han prohibido el Spam ha sido Washington. En junio de 1998 entró en vigor una ley que permite a cada destinatario de un mensaje publicitario no solicitado reclamar al remitente una compensación de 500 dólares¹.

(*) El Proyecto de Ley fue publicado en el Boletín N° 31 - Abril de 2006.

(**) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UR). Profesora de Derecho Telemático. Cursos del Posgrado de Derecho Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Miembro Honorario de la Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático (UDELAR). Coordinadora de la Comisión de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático. Co-editora del Boletín Electrónico de Derecho y Tecnologías (www.viegasociados.com). Autora de múltiples trabajos de su especialidad y conferencista a nivel nacional e internacional.

¹ RIVAS ALEJANDRO Javier. "Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico en Internet". Editorial Aranzadi. 1999. Página 48.



También en EEUU, el Estado de California, ha iniciativa del Senador Kevin Murria, se ha aprobado una ley que sanciona con multas que pueden llegar hasta el millón de dólares a quienes difundan correos basura.

Italia, también sanciona a las personas o empresas que envían e-mails no solicitados con multas que pueden ascender hasta los cien mil dólares.

En Ecuador la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos Ley N° 67 R.O. Suplemento 557 de 17 de abril del 2002 sobre Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece en su artículo 51 con relación a la publicidad y promoción por correo electrónico, "que el usuario podrá optar o no por la recepción de mensajes de datos que, en forma periódica, sean enviados con la finalidad de informar sobre productos o servicios de cualquier tipo."

En el Perú se aprobó la Ley de Spam N° 28493 el 18 de marzo de dos mil cinco.

En Argentina la ley 25.326 regula en forma específica las comunicaciones de marketing y en su artículo 27 establece que los que reciban este tipo de comunicaciones tienen derecho a acceder a los datos personales y a solicitar ser removidos de la base de datos (<http://www.red.org.ar/ley.htm>). Si no lo hacen, al afectado le queda la posibilidad de iniciar una acción de habeas data.

El 11 de noviembre de 2003 el Juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6 de la Capital Federal, Dr. Roberto Torti dictó la primera medida cautelar en un caso de SPAM. En esa decisión el juez dispuso que los demandados deben abstenerse de seguir enviando correos electrónicos a los actores mientras dure el litigio.

Además de prohibir que los demandados envíen mensajes de correo electrónico a las casillas de los actores, la medida cautelar dispone que también deberán abstenerse de transferir o ceder a terceros las direcciones de correo electrónico u otro dato personal vinculado a ellos (arts. 1, 2, 5, 11 y 27 de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales), hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión.

En abril de este año, el juez Roberto Toti condenó a dos personas que enviaban este tipo de correos por invasión a la esfera de la intimidad y comercialización de información sobre terceros, y les ordenó pagar los costos del juicio y retirar el nombre de los denunciantes de sus bases de datos.

2. Proyecto de Ley en nuestro país

2.1 Aspectos generales

El proyecto no define que es el correo electrónico no deseado, tema éste que a dado lugar a discusión , ya que no existe un concepto unánime en cuanto a que mensaje puede ser considerado spam.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que el proyecto se refiere únicamente a mensajes no solicitados enviados a través de correo electrónico, cuando en realidad el tema es mucho más amplio (mensajes no deseados en telefonía celular, en blogs, etc.) y debería ser tratado en forma general y no parcial. La doctrina ha entendido que las leyes en materia de tecnología, deben ser leyes marco, que encuadren una situación o actividad específica pero con independencia de la tecnología utilizada para realizarla. Esto se conoce como el Principio de Neutralidad Tecnológica, por el cual la norma no puede contemplar una tecnología en particular, porque la velocidad con que la misma se desarrolla la llevaría a quedar obsoleta en muy poco tiempo.

Un elemento a destacar es que, en ninguna parte establece quien es el emisor de los mensajes, ya que por momentos parece referirse a la empresa comercial que hace la publicidad y en otros a la persona o empresa que presta el servicio de envío de los mismos. Tampoco se establece la correcta identificación del emisor y que clase de información debe proporcionar. A pesar de esto, en sede de sanciones en el artículo 7, establece que las empresas o instituciones beneficiadas serán consideradas responsables solidarias de esta actividad, pudiendo los damnificados reclamar contra las mismas si no es posible hacerlo contra los emisores.

2.2 Análisis del articulado

El artículo 1 pretende definir el correo electrónico, pero en realidad lo que hace es caracterizarlo y encuadrarlo dentro de la ley 17.838. Dice que es una información reservada al “propietario”, éste parece no ser un término muy feliz, quizá debería decir titular de la casilla de correo o usuario de la misma.

En el artículo 2 se enumeran una serie de condiciones cuyo cumplimiento “autoriza” el envío de correos electrónicos no solicitados, considerando ilícitos a los mensajes que no cumplan estas condiciones.

El numeral 1° parece, en principio, una buena solución, el hecho de colocar la palabra Publicidad en el Asunto del mensaje, a los efectos de que el destinatario identifique que se encuentra frente a un mensaje publicitario.

El numeral 2 es relevante, ya que la práctica habitual de los spammer es enviar cada tanda de mensajes desde una casilla de correo diferente. El problema es que el proyecto no define -como mencionamos- a quien considera remitente, si a la empresa que publicita por e-mail el producto o servicio o al que técnicamente realiza el envío de los mensajes (prestador de servicios de spam).

El numeral 3 es coherente con las disposiciones de la Ley N° 17.250 de Relaciones de Consumo.

Por otra parte, el numeral 4 pretende solucionar un problema habitual en el envío de spam, ya que suele utilizarse casillas o nombres de dominios de determinadas empresas para promocionar un producto competitivo, lo que además de constituir spam constituye un acto de competencia desleal. En este caso parecería que quien debe ser sancionada es la empresa que realiza la publicidad.

Pero la mayoría de las veces, quien determina desde que casilla se envía es el spammer y no el cliente, ya que como decíamos la tendencia es que nunca se hacen envíos desde una misma casilla.

El inciso final de este artículo, establece que los “distribuidores” que sean responsables de ésta emisión serán pasibles de sanciones administrativas, aplicándose la ley 17838 y podrá aplicarse cualquier otra sanción que corresponda de acuerdo con otros ordenamientos legales.

El artículo 3 enumera una serie de casos en los cuales no se reputa ilícito el envío de mensajes no solicitados.

El numeral 1 no parece adecuado, porque la existencia de una relación comercial con el “remitente”, en este caso la empresa que publicita, no debería implicar una autorización tácita al envío de correos publicitarios o “similares”, entendiéndose que la autorización debe ser expresa y determinar la finalidad de la misma.

El numeral 2 se refiere a la aceptación o autorización “notoria”, si bien no parece a primera vista una expresión feliz, ya que debe entrarse en una casuística para determinar que es o no notorio en este caso.

En el numeral 3 se plantea una situación contractual, por lo cual estamos ante una manifestación expresa de voluntad.

El numeral 4 está vinculado al numeral 1°, pero en este caso la información favorece directamente al usuario, por lo cual parecería pertinente. Las mismas implicancias tienen los numerales 5 y 6.

El artículo 4 se refiere a mensajes con contenido sexual explícito o implícito. La solución planteada es absurda, ya que lo que se pretende es que el destinatario en caso de ser menor de edad se “autosensure” porque el mensaje contenga una leyenda que diga “contenidos para adultos”. No parece ser la forma apropiada de protección para los menores.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 Antel es el órgano de contralor. Pero entendemos que el órgano indicado es la URSEC.

No parece apropiada la solución del artículo 6 referente a la obligación del prestador de servicios de correo electrónico a colocar programas antispam. Estos programas no son muy eficaces, ya que muchas veces seleccionan mensajes como spam que no lo son, siendo el usuario quien puede determinar si un mensaje lo autorizó o no. Este tipo de filtros puede llevar a la pérdida de mensajes, dependiendo además de la aplicación que se instale, ya que en algunos casos el mensaje catalogado como spam se envía cerrado, teniendo que dar un paso más, para asegurarnos su contenido y proceder al borrado.

El artículo 7 tipifica el delito de hurto de base de datos de correos electrónicos, ya que entendemos que los bienes inmateriales no están contemplados en el artículo 340 del Código Penal y por lo tanto no se trata de una mera remisión a las penas.

Este artículo en su parte final, como decíamos anteriormente, es confuso en cuanto a la persona del emisor, ya que del mismo parece desprenderse que la ley se aplica a quienes emiten técnicamente los mensajes, haciendo a la empresa beneficiada solidariamente responsable.

Por otra parte, la sanción del artículo 8, establece la cancelación de la cuenta de correo electrónico, pero, ¿qué casilla? Normalmente recibimos spam que provienen de una casilla, pero en el mismo mensaje se dice que o se responda a la misma, sino que se comunique con otra dirección de e-mail, desde la cual no proviene el mensaje. Otra sanción es la cancelación del servicio de conexión a Internet del emisor, lo que sí parece ser una sanción un poco más convincente a la hora de disuadir a los emisores.

3. Conclusiones

De lo mencionado anteriormente podemos concluir que:

- a) La aprobación del texto proyectado sin profundas modificaciones, implicaría no solamente no proporcionar una solución al tema, sino crear una serie de confusiones, que deberán ser interpretadas posteriormente.
- b) Una ley sobre esta temática debe servir para delimitar las zonas grises en el envío masivo de correo electrónico, de manera tal que quede deslindado en que caso estamos ante una actividad ilícita y ante que situaciones se trata de una forma de marketing electrónico.
- c) El proyecto es absolutamente insuficiente, ya que no respeta los principios generales del Derecho Informático, no teniendo en cuenta aspectos como la neutralidad tecnológica.

Montevideo, agosto de 2006

