

Spam

Perspectiva vista desde la

Jurisprudencia Argentina

Pablo Leonardo Spata¹

¹ Alumno Leg. 116707/9, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional de La Plata

Abstract. El objetivo del presente trabajo es analizar algunos de los aspectos legales de la conducta tipificada como spamming y si esta amerita o no una legislación. Se utilizará como parte del objeto de estudio el primer fallo judicial argentino en el que se plantea el spam. Asimismo se analizará los institutos de Habeas Data y el Derecho a la intimidad desarrollados en el fallo, como así también una visión general de Delitos Informáticos, que a pesar de tener algunos puntos en contacto protegen bienes jurídicos distintos.

1.-) INTRODUCCION

En el actual mundo globalizado vivimos rodeados de tecnología, las personas se han vuelto dependientes de esta sin siquiera darse cuenta. Todos (o casi todos) hemos sido inmersos en la Sociedad de la Información, atento que los avances tecnológicos llegan cada vez más y más a cada casa, industria o comercio.

La informática parece ser el principal protagonista de esta odisea, y especialmente, gracias a Internet que ha logrado crear un mundo sin fronteras. La red se ha convertido en un instrumento fundamental para la sociedad en la que nos desarrollamos. Este instrumento fundamental es uno de los que más nos permite ingresar a la Sociedad de la Información.

Atento esto, el derecho como orden social justo¹ que regula las conductas de los hombres en la sociedad, no debe quedar exento de las influencias que ejercen las nuevas tecnologías sobre esta.

El presente trabajo de investigación tratará de desarrollar una de las tantas temáticas que surgen por la Sociedad de la Información. Una temática con la que día a día se enfrentan los usuarios de Internet al consultar sus casillas de correo electrónico y verlas invadidas de correo con mensajes no solicitados o correo basura, más comúnmente conocido como “spam” y su accionar como “spamming”.

Se dará una breve noción de algunos concepto fundamentales, sin apartarse del objeto de este trabajo. Asimismo se describirá la distintas formas de regulación legislativas. Y por último se analizará el primer fallo judicial argentino en el que se plantea el spam como sustrato fáctico para luego llegar a una conclusión.

2.-) DETERMINACION DE HIPOTESIS

Atento a la problemática a desarrollar en el presente trabajo, la hipótesis que se intentará comprobar será:

- ***“No es necesario una legislación específica que regule el Spam, porque se puede combatir con Ley 25.326”.***

3.-) CONCEPTUALIZACION DEL SPAM

El spam es una especie dentro del género delitos informáticos, y el delito informático se ha conceptualizado por algunos autores *“aquel que se configura al utilizar ilegalmente un medio electrónico, digital, tal como una computadora, o cualquier equipamiento informático idóneo para la comunicación, sin importar si es un teléfono inalámbrico, un celular o demás”*².

¹ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Parte General T. I. Pág. 20.

² Concepto elaborado por Marcelo Alfredo Riquert. Disponible en artículo “LA TECNOLOGÍA TIENE UNA FUNCIÓN BIFRONTE” del 10 de noviembre de 2011, disponible en <http://riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com.ar/2011/11/la-tecnologia-tiene-una-funcion.html> consulta realiza el 24/09/13.

El spam, también llamado correo basura, puede ser definido como aquel mensaje no solicitado y que tiene como fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa en el destinatario.

Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es mediante el correo electrónico.

La operatoria del spam se da de la siguiente forma: el spammer con software informáticos arma listas masivas de correos electrónicos desconocidos, los cuales sirven para enviar luego mensajes generalmente de publicidad.

Así también la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) dependiente del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la República Argentina actualmente dice que *“el Spam consiste en todo lo que el usuario recibe en su casilla de correo electrónico sin haberlo solicitado”*³.

Y describe que hay diferentes tipos de spam que pueden llegar a nuestra Bandeja de Entrada. Y que entre estos se destacan⁴: Frauds, Scams, Hoaxes, Phishing, Pharming, entre otros.

4.-) REGULACION EN MATERIA DE SPAM: SISTEMAS “OPT-OUT” Y “OPT-IN”

Hay básicamente dos sistemas para regular el spam, el sistema de “opt-out” y el sistema de “opt-in”, que se diferencian por el tipo de autorización que confiere el afectado.

El primero llamado “opt-out” o lista de exclusión consiste en que *“el que envía el spam esta autorizado a hacerlo y el afectado debe solicitar que sus datos*

³ <http://www.jus.gob.ar/datos-personales/recomendaciones/uso-seguro-de-internet.aspx>
consulta realiza el 24/09/13.

⁴ <http://www.jus.gob.ar/datos-personales/recomendaciones/uso-seguro-de-internet.aspx>
consulta realiza el 24/09/13.

*sean excluidos en las bases de datos utilizadas por los spammers. Hay un acuerdo implícito del afectado con el spammer de recibir spam*⁶.

Y el segundo sistema llamado “opt-in” o lista de inclusión significa que *“quien pretenda enviar el spam deberá contar previamente con la autorización expresa del destinatario. A diferencia del sistema anterior acá se exige un acuerdo explícito del afectado”*⁶.

5.-) PRIMER CASO JURISPRUDENCIAL ARGENTINO SOBRE SPAM⁷

Con fecha 7 de abril del año 2006, el Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 3 a cargo del Juez Federal Roberto R. Torti, Secretaría Nro. 6 a cargo de la Secretaria Federal Viviana J. Malagamba de la Capital Federal, dictaron la primer sentencia que trató el “spam” en Argentina.

La causa consistió en una demanda interpuesta por dos abogados especialistas en derecho informático los Dres. Gustavo D. Tanús y Pablo A. Palazzi contra Carlos A. Copsa y Ana C. Magraner, con fundamento en el Art. 43 de la Constitución Nacional y en la Ley 25.326 , a fin de obtener: a) el acceso a los datos personales suyos, incluidos en las bases de datos que los demandados utilizaban para enviarles mensajes de correo electrónico no solicitado (SPAM); b) la eliminación de dichos registros; c) el cese de todo tipo de tratamiento de su información; d) y bloqueo de toda dirección de correo electrónico vinculada con los actores.

Obtuvieron dictado de una medida cautelar para cesar el envío de spam, como así también impedir la transferencia de sus datos a terceros⁸.

Los demandados bajo el nombre de fantasía de “PUBLICC SOLUCIONES INFORMATICAS”, se dedicaban a la venta de bases de datos que contienen

⁵ Alapont Cabestrero, Oscar Manuel (2011). “Estudio de los aspectos legales del spam”. Disponible en <http://riunet.upv.es/handle/10251/12061> consulta realiza el 24/09/13.

⁶ Alapont Cabestrero, Oscar Manuel (2011). “Estudio de los aspectos legales del spam”. Disponible en <http://riunet.upv.es/handle/10251/12061> consulta realiza el 24/09/13.

⁷ “Tanus Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ Habeas Data (art. 43 C.N.)” Expte. Nro. 1.791/2003, radicado en el Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 3, Secretaría Nro. 6 de Capital Federal de la República Argentina.

⁸ Ver Considerando 1, párrafo segundo.

información personal de terceros, en especial de direcciones de correos electrónicos de millones de usuarios argentinos en Internet, cuya finalidad era hacer publicidad masiva e indiscriminada y para ello se valían también de spam y promoción en diferentes sitios de Internet.

Las bases de datos que estos comercializaban no sólo contenían direcciones de correo electrónico, sino también datos personales que, conforme a la ley 25.326, son considerados “sensibles” y que apuntan a diferenciar a los consumidores por perfiles o tipos.

Los actores, respondiendo por e-mail, solicitaron el cese de los envíos y el acceso a la información relacionada con ellos que los demandados tuvieran en su poder, como así también la eliminación de esa información de las mencionadas bases de datos. Este dato es interesante y a tener en cuenta por que la naturaleza que le atribuye el Juez ya que si bien no fue remitido por los medios tradicionales de interpelación, no puede quitársele el valor que tiene, dado que fue el medio previsto por los demandados a ese fin en los términos del decreto 1558/01, art. 27, tercer párrafo⁹.

Los demandados alegaron durante toda la causa que no existía tal base y que las direcciones de correo electrónico las obtenían directamente desde Internet y luego enviaban el correo y con el mismo método buscaban otros, intentando así escapar del spam y encuadrar su conducta en el Art. 5 inc. 2 de la Ley 25.326 cuando establece que “... no será necesario el consentimiento cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto”. Argumento igualmente que el Juez no tuvo en cuenta al probarse lo contrario¹⁰.

Dentro del fallo el Juez consideró que La información que recolectaban los demandados y el modo en que la organizaban, que era agrupar las direcciones de correo electrónico por la profesión o actividad que desarrolle la persona, constituía una base de datos¹¹.

⁹ Ver Considerando 5, párrafo undécimo.

¹⁰ Ver Considerando 5, párrafo séptimo.

¹¹ Ver Considerando 5, párrafo quinto.

Los demandados ofertaban la cesión o transferencia de los archivos a terceros, con la finalidad de enviar publicidad y promocionan, además, un servicio que posibilitaba el envío de correos electrónicos ocultando la dirección remitente, en flagrante violación a lo dispuesto en el art. 6 inc. e y en el art. 14 de la ley, dado que eso dificulta el acceso a la base de datos.

Los actores tuvieron un propósito distinto a volcar esos datos en Internet, en detrimento de lo dispuesto en el art. 4 inc. 3º de la ley.

Que a pesar de que los demandados argumentaban que la recopilación de la información que ofrecen es extraída de documentos accesibles al público sin restricciones, el tratamiento que realizan encuadra en las previsiones del art. 5 inc. 2, ap., a) de la ley, que exime de requerir el consentimiento del titular de los datos, ha de tenerse en cuenta, además, que en principio la calidad de los datos se limitaría a la estipulada en el inc. c) de la norma citada (nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o provisional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio)¹².

No obstante, la norma prevé que el titular solicite el retiro o bloqueo de su nombre de los referidos bancos de datos (inc. 3).

Consideró a su vez, el daño que causa correo masivo no solicitado a los receptores de los mensajes atento el tiempo de descarga que requiere identificarlos, seleccionarlos y borrarlos, así como también al incremento en el costo de recepción y procesamiento. Ello genera, además, la necesidad de implementar sistemas para bloquear y, aún lograr, la protección de los virus que pueden dispersar. Fundamentos sacados de la pericia¹³.

Y con respecto a la intimidad el Juez argumentó que la actividad de los demandados comportaba una invasión en la esfera de la intimidad y esta nueva faceta de la vida íntima de las personas —que se pone de manifiesto con el

¹² Ver Considerando 5, párrafo quinto.

¹³ Ver Considerando 5, párrafo noveno.

avance de las comunicaciones- merece el resguardo del ordenamiento jurídico como los otros aspectos de ella, contemplados en el art. 1071 bis del Código Civil¹⁴.

Cita por último en los considerandos jurisprudencia extranjera que trato sobre la libertad informática y que un ciudadano puede oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para un fin distinto que el que tuvo en mira al momento de otorgar dichos datos¹⁵.

Para luego disponer que los demandados otorgaran a los actores el acceso a sus datos personales, borrarán la información de sus correos electrónicos y cesarán en el tratamiento de esos datos.

5.-) CONCLUSION

Atento la hipótesis formulada al principio del presente puede concluirse que el Spam es una problemática que debe ser tratada internacionalmente -como todos los delitos informáticos¹⁶- pero hasta tanto no haya marco regulatorio internacional sobre Internet en todas sus temáticas en forma completa e integral, no podrá legislarse sobre el spam.

En el mundo de Internet se traspasan todas las fronteras e intentar dar una solución legal desde el aérea local sería en vano, verbigracia con la sanción de una ley que regule la actividad publicitaria a través de medios y soportes informáticos, o peor aún tipificando la conducta en el Código Penal.

No obstante para llegar a una solución temporaria al problema generado en los usuarios por el spam, puede ir resolviéndose a través del instituto de Habeas Data, que posee jerarquía constitucional desde la Reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 en su Art. 43 y que en nuestra legislación esta regulado en la Ley de Protección de Datos Personales (Ley Nro. 25.326) y su reglamentación Dec. Nro. 1558/01.

¹⁴ Ver Considerando 5, párrafo duodécimo.

¹⁵ Ver Considerando 5, párrafo décimo tercero.

¹⁶ Ver Preámbulo de la Convención de Budapest sobre Cibercriminalidad que entró en vigor el 1 de julio de 2004.

Una ley que trate como delito informático al spamming sería innecesaria, si bien los delitos informáticos y el Habeas Data protegen bienes jurídicos distintos, ya que el segundo abarca solo a los “datos personales” pero va más allá que solo soportes en sistemas informáticos.

Entonces, como se ha visto en el fallo analizado, el instituto de Habeas Data es idóneo para la protección del Spam momentáneamente hasta tanto no haya un mejor acuerdo internacional sobre la materia.

MARCO NORMATIVO

- Constitución de la Nación Argentina.
- Ley 25.326 de Habeas Data, sancionada por el Congreso Nacional de la República Argentina el 4 de octubre de 2000.
- Convención de Budapest sobre Cibercriminalidad que entró en vigor el 1 de julio de 2004.

BIBLIOGRAFIA Y ARTICULOS CONSULTADOS:

- Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Parte General T. I.
- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino. T. I.
- "LA TECNOLOGÍA TIENE UNA FUNCIÓN BIFRONTE" del 10 de noviembre de 2011, disponible en <http://riquertdelincueciainformatica.blogspot.com.ar/2011/11/la-tecnologia-tiene-una-funcion.html> consulta realiza el 24/09/13.
- González de Chaves Calamita, María Eugenia (2004, Diciembre). "El llamado «Delito Informático». En Anales de la Facultad de Derecho (pp. 45-65). Disponible en [http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/21-2004/02%20\(Mar%C3%ADA%20Eugenia%20Gonz%C3%A1lez%20de%20Chaves%20Calamita\).pdf/](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/21-2004/02%20(Mar%C3%ADA%20Eugenia%20Gonz%C3%A1lez%20de%20Chaves%20Calamita).pdf/) consulta realiza el 24/09/13.
- Jordán Camus, A. (2004). "En la búsqueda de una legislación idónea en materia de Spam". Disponible en http://repositorio.ub.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/165/112_camus.pdf?sequence=2 consulta realiza el 24/09/13.
- Alapont Cabestrero, Oscar Manuel (2011). "Estudio de los aspectos legales del spam". Disponible en <http://riunet.upv.es/handle/10251/12061>
- Álvarez Vizcaíno, M. (2011). "Estudio de los aspectos legales y éticos del spam". Disponible en http://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/9107/DOEEFC87_09.pdf consulta realiza el 24/09/13.

WEBS CONSULTADAS:

- <http://riquertdelincueciainformatica.blogspot.com.ar> consulta realiza el 24/09/13.
- <http://www.jus.gob.ar/datos-personales.aspx> consulta realiza el 24/09/13.
- <http://www.protecciondedatos.com.ar> consulta realiza el 24/09/13.