

SPAM ¿QUÉ ES ESO?

*Mario Augusto Merchán Gordillo**

I. INTRODUCCION:

Desde hace algún tiempo el internet se ha vuelto muy popular en las sociedades. En mayor o menor medida los ciudadanos de todos los países del mundo se están familiarizando con el uso del internet, ya sea para conseguir información o para comunicarse. Somos testigos del cambio radical que está sufriendo la manera de comunicarse entre las personas con la utilización masiva del internet y de todas las herramientas que este nos ofrece. Desde sistemas complejos por medio de los cuales podemos efectuar transacciones hasta sistemas más simples por medio de los cuales podemos conversar en tiempo real con otra persona ubicada en cualquier lugar del mundo. Quizás la herramienta más utilizada es el correo electrónico, o e-mail. Es muy común en la actualidad que las personas tengan una dirección de correo electrónico en la que reciben toda clase de comunicaciones, desde personales hasta laborales. Este sistema, en definitiva, está reemplazando al correo como tradicionalmente lo hemos conocido y entendido, y si podemos predecir el futuro nos aventuramos pensar que lo reemplazará casi en su totalidad ya que las ventajas son muy obvias, principalmente en lo que a tiempo y costos se refiere. Por e-mail, como hemos dicho, se transmite mucha información, por ejemplo periódicos o algunas organizaciones especializadas envían a sus suscriptores, información sobre determinados temas, de los más diversos, por ejemplo: páginas especializadas en derecho envían e-mails a sus suscriptores con las noticias relevantes del día, páginas especializadas en transacciones bursátiles, envían día a día al buzón de correo miles de e-mails, con el detalle de la información sobre los movimientos de las acciones en las distintas Bolsas del mundo, y así podemos ver que el

* Abogado, con estudios de Maestría en Derecho Civil Empresarial por la Universidad Privada San Pedro

uso de esta forma de comunicación se extiende a prácticamente todos los ámbitos de la vida del hombre. Y paralelamente han aparecido programas que en conjunto se les ha denominado con el término "malware" que puede ser definido¹ como "cualquier programa, documento o mensaje susceptible de causar perjuicios a los usuarios de sistemas informáticos". Así, los virus son tan sólo una parte de un conjunto cada vez más amplio, en el que también tienen sitio otras amenazas informáticas. Entre ellas se encuentran el spam, los dialers (marcadores telefónicos), o el spyware (software espía). En la actualidad, uno de los más graves peligros de Internet es el spam o correo electrónico no deseado, debido, principalmente, a que pueden causar daños a muy diversos niveles.

II. HISTORIA:

Buceando en internet² encontré que fueron los abogados Canter y Siegel, en el estado de Arizona, quienes el 12 de abril de 1994 destaparon «la caja de los truenos» cuando lanzaron a la red su publicidad sobre la lotería que da acceso a un permiso para trabajar en EEUU, también conocida como "tarjeta verde" ("green card" en inglés). Se trata de un mensaje no solicitado, enviado a una cantidad de usuarios con contenido publicitario, reuniendo así todas las características típicas de un spam. ¿Por qué pues el cuento de los diez años y los abogados en 1994? Obviamente no fue en 1994 cuando se lanzó el primer mensaje basura, pero fue ahí cuando recibió el nombre de "spam". Y así sigue la historia: El mensaje publicitario de los abogados Canter y Siegel inundó los grupos de noticias (en inglés: newsgroups) de la red y provocó reacciones airadas entre los usuarios. Uno de ellos escribió: «Láncele cocos y latas de spam a Canter y compañía». ¿Latas de spam? Se trata de una carne en lata originalmente llamada "Hormel' Spiced Ham". Por el gran éxito del

¹. ¿Cómo Proteger a sus Empresas?, en « www.pandasoftware.es », de fecha 10 marzo del 2005

². Historia del Spam « <http://www.dw-world.de/dw/article/0,1564,1169650,00.html> », de fecha 20 de julio del 2005

producto se recortó el nombre con el tiempo a "SPAM". El SPAM alimentó a los soldados rusos y británicos en la Segunda Guerra Mundial, y fue comercializado en todo el mundo en 1957. ¿Pero qué tiene que ver el jamón enlatado con mensajes basura? Y aquí entra el último enlace en el juego. Los airados usuarios que coincidieron en hablar de spam en relación con el mensaje basura tienen que haber sido asiduos fans del legendario grupo cómico Monthy Python.

En un famoso sketch³ de los legendarios comediantes británicos, de 1969, un coro de hambrientos vikingos aplasta todos los sonidos y conversaciones entre huéspedes y camareros al cantar repetidamente «spam, spam, spam, rico spam, maravillosos spam». Los huéspedes desesperados no alcanzan pedir otra cosa que no sea spam. El restaurante no ofrece otra cosa. La situación absurda del sketch se trasladó metafóricamente al correo electrónico no solicitado que perturba la comunicación normal en Internet. En resumen: El primer mensaje basura del que se tiene noticia se lanzó en 1978. El término "spam" para calificar esa molestia global nació en 1994.

III. ¿QUE ES EL « E-MAIL »?

El e-mail es un sistema que permite una rápida comunicación sin importar la distancia física, con una dramática reducción en el tiempo y el costo de las comunicaciones y por el cual se puede llegar sin mucho esfuerzo a muchísimas personas. Pero este novedoso y útil sistema puede también ser utilizado de formas no tan «legítimas» y para buscar objetivos comerciales. De esto se dieron cuenta rápidamente empresas dedicadas al marketing, especialmente al marketing directo. Es más fácil y directo enviar un sólo e-mail a cientos de personas promocionando algún producto y sumamente barato para quien envía el e-mail además de no involucrar una gran cantidad de recursos ni tiempo y es una forma de llegar directamente a los consumidores,

³. Vea el sketch completo en, < <http://www.niusleter.com.ar/spam.html> », del 20 de julio del 2005

quienes al abrir su buzón de correo se encontrarán con el mensaje en la pantalla de su computador.

Principalmente en los países mas desarrollados, el envío de este tipo de e-mails se ha desarrollado de una manera muy acelerada, habiéndose creado, inclusive, compañías especializadas en la materia.

A este tipo de e-mails se les conoce, como spam, junk mail o unsolicited commercial mail (correo comercial no solicitado). Si bien cada una de estas definiciones tiene distintos matices, por ejemplo el junk mail se refiere a e-mail no comerciales como cadenas o mensajes humanitarios, como señala Erick Iriarte⁴, «Se denomina junk mail o garbage mail, al correo basura, que por lo general no tiene carácter comercial...». Mientras que comúnmente se entiende por "*spam*" el correo electrónico con carácter comercial, en donde de alguna manera se promociona algún producto o servicio. No es mi intención detallar por cada uno de estas definiciones ya que solo lo trataremos como correo no deseado.

IV. E-MAIL NO DESEADOS:

Si bien esta práctica en el Perú no alcanza las dimensiones que tiene en países mas desarrollados, aquellos que trabajamos o nos comunicamos frecuentemente utilizando el e-mail podemos darnos cuenta que cada vez con mayor frecuencia nos llegan e-mail vendiendo algún producto u ofreciéndonos algún servicio. Sin que nosotros sepamos como fue que dicho mail llegó a nuestro buzón. Quizás ahora no nos molesta y simplemente borramos el e-mail, pero pensemos un instante que puede pasar cuando en nuestra bandeja de entrada del correo no nos llegue uno o dos e-mails comerciales no solicitados al día sino veinte o treinta, eso ya es un problema por que pensemos en el tiempo que se pierde en abrir cada e-mail en el caso personal, ni que decir en las empresas el valor negativo por la interrupción de todo el sistema de la empresa ocasionando perdidas de información de los clientes/proveedores que se

⁴. Sacado de la «Violencia en Internet», <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=208>, del 01/08/2005

comunican con las empresas vía e-mail. La pregunta esencial⁵ que se debe responder es si el envío indiscriminado de e-mails, atenta contra algún derecho de la persona. ¿Tienen derecho terceras personas de enviar este tipo de correos no solicitados?, ¿Se está invadiendo mi privacidad con este tipo de actos?. Por eso es que consideramos que este tema debe ser analizado desde una perspectiva legal a fin de determinar si las personas que se ven afectadas pueden de alguna manera detener esta avalancha de e-mails o si las personas que envían estos e-mails tienen el derecho de hacerlo o deben ser castigadas por esto.

V. ANALISIS DEL PROBLEMA:

El problema los podemos encontrar a finales de los años ochenta cuando el uso del fax y de llamadas telefónicas para efectos de marketing se volvió muy popular y se crearon compañías especializadas en tele marketing que utilizando maquinas que efectuaban llamadas de manera automática y enviando faxes a distintas personas, promocionaban toda clase de productos o servicios.

Así sin saberlo ni desearlo, al igual que en el caso del e-mail comercial no solicitado, llegaba a las máquinas de fax publicidad sobre unas preciosas vacaciones, un fax sobre el último modelo de auto japonés y luego otro sobre la última opción de adquirir una casa en la playa, etc. El que recibía dichos faxes, en realidad esperaba uno con otro tipo de información urgente, la máquina le daba un aviso que decía que el papel o la tinta se habían agotado. Como resultado tenía que incurrir en gastos adicionales comprando nueva tinta y papel que de seguro serían luego gastados por mas faxes promocionales, y lo más importante perdía la verdadera información que esperaba. Siendo que en Estados Unidos de Norteamérica en donde luego de varios intentos de regulación se dictó el Telephone Consumer Protection Act de 1991 (TCPA) la cual estableció limitaciones a las llamadas telefónicas y al envío de faxes

⁵. Ibidem

conteniendo publicidad no solicitada, así como el pago de penalidades pre establecidas por violaciones de esta ley.

El problema del envío de e-mails comerciales no solicitados lo podemos enfocar desde dos perspectivas. Una por la cual podemos observar que al enviar estos e-mails se incurre en costos que no son asumidos por quien envía el e-mail. Los asumen tanto el receptor como quien provee el acceso a internet, Es decir, puede esto causar un daño económico a terceras personas, daño que consideramos injusto. Desde otro punto se puede argüir también, y de hecho parte de la doctrina lo ha analizado ya, que se está violando la privacidad de las personas al ingresar dentro del ámbito de su intimidad, a su casilla de correo y llenar este con mensajes de cualquier tipo.

Es muy importante tener en cuenta los costos asociados con el envío de estos e-mails. Al abrir el buzón de entrada de mi correo electrónico tengo que estar conectado a internet y mientras más e-mails tengo más tiempo va a tomar bajarlos todos a fin de poder leerlos. Al recibir e-mail comerciales no solicitados podemos por tanto, incurrir en gastos que no esperábamos y que no podemos controlar. Imaginemos que no he ingresado a mi correo electrónico en una semana y cuando quiero abrir el mismo veo que el servidor demora en poder bajar todos mis mensajes, tengo 50 mensajes nuevos y obviamente el tiempo necesario para poder bajarlos, es decir, recibirlos, va a ser mayor, si de esos 50 e-mails, 20 constituyen lo que hemos venido a denominar «e-mail comercial no solicitado» entonces tengo que incurrir en costos innecesarios, ya que debo estar un mayor tiempo conectado y esto significa que he perdido mi cuenta de correo o que pierdo comunicación con correos si deseados además del tiempo que pierdo por tratar de abrir estos correos no deseados y pagar mas por hora si es que estoy en una cabina de internet, costos que no los asumiría si es que no hubiese recibido dichos e-mails. Esto evidentemente causa un daño que, consideramos, debe ser reparado.

En resumen, todos asumimos y pagamos los costos de quienes envían e-mails comerciales no solicitados. Estas personas no internalizan los costos de su actividad. Para ellos resulta muy barato enviar un e-mail a cientos o miles de personas y dejar que sean estas los que asuman los costos. Por lo antes dicho se debe combatir el envío indiscriminado de estos e-mails.

En cuanto al tema de la violación a la intimidad personal, es poco lo que se ha desarrollado doctrinalmente con relación a, si los envíos de estos e-mails comerciales no solicitados constituyen una violación a este derecho. En el Perú, parte de la doctrina considera que el envío de e-mails comerciales no solicitados atenta contra el derecho a la intimidad de las personas, derecho protegido constitucionalmente, así conforme el artículo 2, inciso 6 de la Constitución Política del Perú de 1993, Art. 2 *«Toda persona tiene derecho: (...) inc.6 A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que efecten la intimidad personal y familiar»*. Para sostener esta teoría se señala que el buzón de correo de una persona forma parte de su intimidad, así Erick Iriarte Ahon⁶, señala que *«Tal como hemos planteado como hipótesis de trabajo, en que el buzón de correo electrónico resulta siendo parte de nuestra intimidad, es por ello que un envío no autorizado (ni solicitado) resulta siendo perjudicial, y por lo tanto atentatorio contra el usuario, que ha solicitado este acceso a internet, para otras finalidades.»*

Considero que la dirección de correo electrónico de una persona debe tener un tratamiento igual al que se le da al domicilio del mismo. Si bien el domicilio de una persona puede ser conocido por terceros, inclusive puede estar consignada en los diversos Registros Públicos, tanto de propiedad como los registros civiles de identidad, nadie tiene derecho a violar la intimidad del mismo, nadie puede alterar la

⁶. Erick Iriarte Ahon Violencia en Internet ¿Quién defiende a los internautas? Sobre el abuso del correo electrónico, en Revista Electrónica de Derecho Informático. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=208>, del 01/08/2005.

intimidad de mi domicilio por más que la dirección del mismo sea conocida. Igual tratamiento, creemos debe dársele a la dirección de correo electrónico, si bien esta puede ser pública y de hecho una gran cantidad de personas quiere que sea pública, esto no implica que cualquiera pueda violar mi intimidad, mi privacidad y esta se viola al ingresar en mi buzón de correo electrónico, al igual que si alguien ingresa a mi domicilio sin mi autorización, cosa diferente es si yo he autorizado el ingreso, por lo que se estaría atentando mi privacidad tomando como base a la Constitución política del Perú Art. 2 inc 6.

VI. LEGISLACION:

Si bien el desarrollo tecnológico en los últimos años ha sido muy acelerado, es incipiente aún la utilización del internet en el Perú y recién se están dictando las primeras normas relativas a este tema, como la Ley de Firmas Digitales o la inclusión en el Código Penal de nuevos delitos informáticos o la modificación del Código Civil a fin de regular la manifestación de voluntad utilizando medios electrónicos.

En la actualidad se ha aprobado la Ley 28493 «Ley que regula el uso del Correo Electrónico Comercial no Solicitado (SPAM)»⁷ publicada en el Diario «El Peruano» el 12 de abril del 2005.

Independientemente de las contemplaciones que se pueda tener con la Ley puedo decir que la acción es positiva pero eso no impide hacerle las siguientes críticas. La Ley indica en unos de sus artículos: se debe incluir la palabra PUBLICIDAD en el asunto del mensaje, Incluir una manera de describir al receptor del mensaje de la base de datos de correos que posee el emisor e incluir la razón social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje, lo que aparentemente seria una solución pero surgen ciertos puntos de vistas como en el Art. 8 de la referida Ley se estableció que el receptor de correo electrónico ilegal podrá accionar por la vía del proceso sumarísimo contra la persona que lo haya enviado, a fin de

⁷. Ley N° 28492 véala en www.elperuano.com.pe, de fecha 12 / 04 / 2005.

obtener una compensación pecuniaria, la cual será equivalente al 1% de la UIT por cada uno de los mensajes de correo electrónico transmitidos en contravención de la presente Ley, y con un máximo de 2 UIT. Con esto, el legislador supone que una sanción pecuniaria será suficiente para disuadir a las empresas del envío de correo comercial no autorizado. Pero el problema real es que por lo general, las direcciones desde las cuales se envían spams son robadas, compradas, recolectadas en la web o tomadas de cadenas de correos electrónicos. Y lo peor de todo, es que el correo no deseado que recibe un cibernauta peruano no es en su mayoría de proveedores locales de bienes y servicios; todo lo contrario, son de organizaciones que desde el extranjero promocionan agresivamente sus productos, lo que como se verá es casi imposible encontrar la dirección del servidor o mejor dicho saldría muy caro la búsqueda de dicho servidor, es decir contratar a una persona para que investigue la procedencia, contratar a un abogado para que redacte la demanda, pagar el exhorto judicial, etc. Y todo para cobrar como indemnización el 1% de la UIT, o sea 33 nuevos soles.

Lo último de esta Ley es que establece que es obligación del remitente del correo electrónico no solicitado incluir una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir más correos no solicitados. Lo que olvida el legislador es que la gran mayoría de las veces si uno contesta el e-mail pidiendo ser removido de la lista, esta confirmando al spammer que su dirección existe y está vigente. Y este a su vez, difundirá a otras empresas que nuestro correo está activo.

VII. COCLUSIONES:

1. Si bien el desarrollo del Internet y de todas sus herramientas aún no se ha dado en gran medida en nuestro país, podemos decir que la utilización del mismo está empezando a expandirse y si vemos las proyecciones el crecimiento se dará de manera bastante acelerada. En el mundo, principalmente en los países más desarrollados

Internet ya se ha desarrollado mucho mas que en el Perú, por lo que creemos acertado ver lo que se ha hecho en estos países a fin de prevenir los problemas ya suscitados.

2. El e-mail es una de las herramientas más importantes asociadas al Internet y una de las más utilizadas en la actualidad. Muchas personas que no tienen idea de como funciona toda la red o para que sirve, saben, sin embargo abrir su correo electrónico y recibir y enviar e-mails. Este sistema ha revolucionado de una manera significativa la forma de comunicarse entre las persona, por lo que debemos protegerlo y cuidarlo, evitando que malas maniobras afecten la calidad del servicio.
3. Actualmente la Ley N°28493 publicada el 12 de abril del 2005 que regula el spam en el país creo que hubiera sido mejor que el Congreso se abstuviera de debatir y aprobar esta ley.
4. Lo que hace es Promover burocracia al instituir a Indecopi como responsable del cumplimiento de esta ley, «autorizando» a que ésta institución abra una nueva oficina en su estructura administrativa, la cual requerirá personal (pagado por todos, por supuesto), y una partida presupuestal que atienda sus necesidades operativas.
5. Crea un sobrecosto a los proveedores el artículo 7 inciso 3 de la Ley responsabiliza a los proveedores por el spam que circule por sus servidores, pudiendo aplicárseles a ellos las sanciones que la Ley refiere. Para evitarse ese problema, los pocos proveedores de correo-e que existen "dentro" del país se verán obligados a incrementar las medidas estándar de seguridad y bloqueo de spam que ya existen. Es decir, se les obliga a actuar más allá de la diligencia regular, que es la que se ejerce comúnmente y que hace que la mayoría de proveedores de servicios Internet en el mundo dispongan de filtros antispam.
6. Aparte de estos conceptos, esta Ley es un tanto ilegal puesto que refiere que un ente administrativo (Indecopi) ha de conocer un problema entre dos partes, privado por su naturaleza, al que la

propia ley refiere como Proceso Sumarísimo y que debería verse en el Poder Judicial. Mejor aún, debería tan sólo resolverse en la conciliación extrajudicial (solo en los distritos judiciales vigentes), pero así estamos. Sin embargo, a todo esto va el principal problema: ¿quién se va a encargar de cuidar por el cumplimiento de esta Ley? Según el texto (artículo 9) Indecopi se encarga de conocer las infracciones, pero no refiere quién va a estar al cuidado de que las disposiciones de la Ley hayan de ser cumplidas. A veces no es la solución el llenarse de leyes pero si presentar un texto más pulido, en el que quizá sí hayan consultado no a la almohada, sino a la realidad de la Red.