

* * *

29 Correo electrónico y responsabilidad

Alicia Vesella; Raúl Romero Day; María Elena Sottano,
Marlen A. Tohme, Carlos Ramón Barrera

Resumen: El objetivo del presente trabajo es destacar la importancia del conocimiento de los parámetros legales que regulan en nuestro país el “correo Electrónico”. El método utilizado para obtener la información fue el análisis de casos jurisprudenciales, doctrina y la legislación sobre el tema. Consecuentemente se procedió a buscar los últimos fallos jurisprudenciales con sus pertinentes doctrinas respaldatorias y se materializó un cotejo de las conclusiones de cada uno de ellos, a los fines de determinar si existe o no un criterio uniforme al momento de regular el uso de esta herramienta informática. El análisis es concluyente, no quedan dudas que el correo electrónico es el medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, para emitir y archivar información, que posee características de la protección de la privacidad prevista y regulada por diferentes normas y fuentes del derecho, las que persiguen una protección universal e integral. Así podemos concluir que los antecedentes y la normativa vigente en nuestro país es un tópico necesario para el desarrollo de las diferentes actividades profesionales y por ende consideramos que el contenido de este trabajo enriquece la materia Ingeniería Legal, y constituye la oportunidad de incorporar esta novedosa rama del derecho en nuestra cátedra e impartir su aplicación práctica en el ejercicio profesional de nuestros alumnos.

Palabras claves: Informática, legislación, jurisprudencia, protección, practicidad, responsabilidad.

En las sociedades del nuevo milenio las redes digitales, que transmiten información de diversa naturaleza a alta velocidad y que permiten la interconexión masiva, han afectado a todas las actividades, generando con ello una nueva forma de relación provocando grandes cambios en los negocios, en la industria, y en la vida cotidiana en general. Por su parte, el derecho, como orden regulador de conductas, no queda exento del impacto de las nuevas tecnologías, el creciente, incesante y acelerado proceso de desarrollo y avance tecnológico no compadece con el reflexivo y necesariamente más lento proceso de elaboración

jurídica. Sin embargo esta brecha insalvable entre lo fáctico y lo jurídico en nuestro país se ha dado respuesta en los últimos años a través del derecho informático.

La historia del correo electrónico se inicia en el año 1971 en que Ray Tomlinson, un ingeniero contratado por el gobierno de los Estados Unidos para construir la red Arpanet (la precursora de Internet), tuvo la idea de crear un sistema para enviar y recibir mensajes por la red. Allí eligió la arroba, que en inglés se lee "at" (en tal lugar), para especificar el destinatario del mensaje: Fulano en tal lugar. Acto seguido, se envió un mensaje a sí mismo y dio inicio a la era del e-mail, aunque él mismo no lo consideró entonces un invento importante. Así, el uso del correo electrónico se extendió de forma gradual en redes locales en los setenta y tuvo un rápido crecimiento con el uso de Internet en la década de los ochenta. Si bien en sus inicios se plantea como un medio de intercambio de información para grupos pequeños y selectos, actualmente su uso se ha extendido a millones de usuarios por todo el mundo y es el servicio de comunicación y relación más utilizado.

Analizando el uso del Correo electrónico observamos su incidencia en distintas esferas del derecho por lo que podemos decir que:

1-El correo electrónico es el eje vertebral de las contrataciones mediante soporte automatizado. Ya sea que hablemos de comercio electrónico, contratos electrónicos o de contratos informáticos. En definitiva en el comercio electrónico se involucran múltiples modalidades negociables, instrumentadas mediante los contratos electrónicos que encuentran en el correo electrónico la vía más rápida y económica para su concreción

2- El correo electrónico tiene destacada incidencia en el derecho a la intimidad, al facilitarse notablemente el acceso a datos personales, su deliberado almacenaje, entrecruzamiento, recopilación y difusión quebrando la privacidad personal y familiar. Su manipulación incluso la que adolece de falsedad o inexactitud genera el derecho a replica o respuesta, garantizando al ciudadano, el acceso a la base de datos y su rectificación, actualización, supresión o bloqueo de ellos según corresponda

para preservar la tutela de la vida privada mediante la acción de habeas data

3- En el ámbito laboral, conforme el Anteproyecto de Ley de protección del Correo Electrónico, en su articulado nos habla de que cuando el correo sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independiente del nombre y clave de acceso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar, por lo que puede asimismo prohibir su uso para fines personales. El ejercicio de estas facultades deberán ser notificadas por medio fehaciente al trabajador. Como requisito previo a su ejercicio se obliga al empleador a notificar en forma fehaciente al trabajador respecto de su política sobre el acceso y uso del email en el lugar de trabajo.

4- Como decíamos precedentemente, el uso del correo electrónico puede provocar también conflictos, por el envío y recepción masiva de mensajes de correo electrónico publicitarios no solicitados conocidos comúnmente como SPAM. El spam es la técnica de envío indiscriminado de e-mails a miles de usuarios que no pidieron recibirlos e integra el grupo de los llamados abusos en el correo electrónico, pues su práctica trasciende los objetivos habituales del servicio y perjudica a proveedores y usuarios. Si bien la práctica habitual consiste en el envío de correo comercial y publicitario, no son pocos los casos en que se lo utiliza con el fin de paralizar el servicio por saturación de las líneas, del espacio en disco o de la capacidad de procesamiento de un servidor.

El problema de los spam, tiene por lo menos un triple análisis:

a) La pérdida de tiempo del usuario de Internet. La catarata de spams que se recibe en la casilla de correo electrónico, complica la tarea del usuario, dado que cuando se reciben decenas de mails no solicitados, se pierde mucho tiempo abriendo cada uno de ellos.

b) La violación de su intimidad. Resulta claro que con los spams se está conculcando la "privacidad", dado que el usuario de Internet se ve "invadido" por decenas de mails que no requirió,

que lo "bombardean" con todo tipo de productos y/o servicios que jamás solicitó.

c) El conocimiento por parte del usuario de que sus "datos personales" figuran en un "banco de datos ilegal". Usualmente los mensajes indican como remitente del correo una dirección falsa. Por esta razón, no sirve de nada contestar a los mensajes de spam: las respuestas serán recibidas por usuarios que nada tienen que ver con ellos. Por ahora, el servicio de *correo electrónico* no puede identificar los mensajes de forma que se pueda discriminar la verdadera dirección de correo electrónico del remitente, de una falsa. Esta situación que puede resultar chocante en un primer momento, es semejante por ejemplo a la que ocurre con el correo postal ordinario: nada impide poner en una carta o postal una dirección de remitente aleatoria: el correo llegará en cualquier caso. No obstante, hay tecnologías desarrolladas en esta dirección: por ejemplo el remitente puede firmar sus mensajes mediante *criptografía de clave pública*.

En nuestro país la primera Resolución judicial contra el Spam es del 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.

El caso se inició en febrero de este año cuando Gustavo Daniel Tanús y Pablo Andrés Palazzi, especialistas en derecho informático y privacidad, decidieron recurrir a la justicia luego que el demandado hiciera caso omiso a sus pedidos de que no les enviara más mensajes de correo electrónico con publicidad no solicitada (el demandado vende bases de datos en violación a la

Ley citada y se anuncia enviando mensajes de correo electrónico a través de Internet).

En la demanda, Tanús y Palazzi acompañaron copias de los mensajes de correo electrónicos recibidos, que contenían direcciones a las que supuestamente podían solicitar ser removidos de la lista de distribución, pero que nunca funcionaron, y de los que ellos enviaban ejerciendo los derechos reconocidos por la Ley de Protección de Datos.

El demandado es una persona que se dedica a la venta de bases de datos, muchas de las cuales contienen millones de datos personales de individuos que no han dado su consentimiento para el tratamiento de su información.

La ley argentina en forma específica regula las comunicaciones de marketing y en su art. 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 (art. 27 ley 25.326). Si no lo hacen, al afectado le queda la posibilidad de iniciar una acción de habeas data.

En materia legislativa, la Secretaría de Comunicaciones había elaborado un anteproyecto que contenía fuertes sanciones de multa para aquellos que practicaran Spam, pero el proyecto nunca obtuvo estado legislativo. En la actualidad, se encuentran en trámite en el Congreso dos proyectos de Ley que pretenden regular el correo electrónico no solicitado, conocido mundialmente como SPAM, aunque se desconoce en qué estado se encuentran dichos trámites.

El problema del spam -que este año llegó a constituir la mitad del correo electrónico que circula por la red-, es que hace recaer los costos de la publicidad en quien recibe el mensaje (los usuarios de Internet) y no en quien lo envía. A ello se suma el perjuicio que les causa a los proveedores de servicio de Internet que tienen que procesarlos y la que los filtros o programas para detenerlos no son 100% efectivos.

Ahora bien, el uso del correo electrónico posee identidad para generar diversas formas de dañosidad, y en relación a estas consecuencias nuestro derecho consagra un doble sistema de responsabilidad: el **contractual** y el **extracontractual**. La

responsabilidad contractual nace de la existencia de una obligación previa, nacida en un contrato (acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue una relación jurídica); mientras que la extracontractual, nace del deber genérico e indeterminado de no dañar. En ambos casos, quien reclama el daño debe acreditar la **relación de causalidad**. Pero en el sistema de responsabilidad extracontractual, se deberá acreditar además, que el hecho ha sido **antijurídico**. Se entiende por antijuricidad, una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico.-

Consecuentemente, debemos analizar la **responsabilidad extracontractual**, con un factor de atribución subjetivo, por: **1º)** La intromisión en el derecho a la intimidad de los damnificados, ante el envío masivo de mensajes no solicitados a su cuenta de correo electrónico (derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona) -cuestión que es reconocida por nuestra jurisprudencia-; y **2º)** El daño producido ante la pérdida de velocidad de acceso y almacenamiento de datos en las computadoras de los damnificados por el SPAM, a raíz de la fragmentación de los dispositivos de soporte (discos rígidos, dispositivos USB) -su probanza dependerá de la cantidad de mensajes recibidos; del Sistema Operativo utilizado; y del formato del sistema de archivos de las particiones de las unidades.

Además, se podría analizar la posible comisión de un ilícito penal (Art. 157 bis del Código Penal) por parte de los usuarios, en el modo de obtención de los datos personales de los damnificados.-

Se han dictado además diversas normas protectorias del usuario como ser la Res. 338/01 de la Secretaria de Comunicaciones que aprobó el Anteproyecto sobre Spam distingue entre Correo Electrónico Comercial de Correo Electrónico no solicitado. Dicha norma diferencia los diferentes tipos de correos, y en consecuencia tenemos: el Correo Electrónico Comercial es el que tiene por fin la publicidad, comercializar, despertar interés por un producto, servicio o empresa, en cambio el no solicitado es enviado sin que medie pedido del receptor. El Correo Electrónico Comercial no solicitado tiene varios requisitos: -identificación de su naturaleza, con la leyenda publicidad o su abreviatura, - identificación de su contenido, al adicionarle el termino el termino adultos, cuando verse sobre productos, bienes o servicios para

mayores de edad, -identificación completa del emisor, - veracidad de la información, incluso de la dirección de correo electrónico a fin de notificarla voluntad de no recepcionar mas correo no solicitados. Este Correo electrónico será ilegal cuando no cumple con ese contenido, cuando media falsedad en contenido, en la identidad del emisor o se remita en contra de la voluntad del destinatario.

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor, también se ocupa del tema en el art. 35 que prohíbe la realización de propuestas al consumidor de bienes o servicios “por cualquier medio” y “que no haya sido requerido previamente” generando un cargo de debito automático que lo obliga a manifestarse por la negativa.

Tampoco escapa el correo electrónico a la esfera del código civil, así el artículo 1071 bis del Código Civil sanciona comportamientos representativos sobre todo de violaciones a formas hogareñas de la intimidad, mediante el siguiente texto: *«El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres y sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias...»*. Para la aplicación del art. 1071 bis del Código Civil, debe existir entrometimiento arbitrario en la vida ajena, y que, de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar, la interferencia perturbe la intimidad personal y familiar del perjudicado. El margen de apreciación judicial de tales circunstancias es muy extenso, debiéndose tener en cuenta, en especial, la personalidad del afectado, el ámbito en que se desenvuelve, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, el medio empleado y la incidencia futura que pueda tener sobre la vida familiar, entre otros factores y parámetros.

Existe un proyecto de Ley sobre Régimen de Protección del Correo electrónico que obtuvo media sanción de Diputados en Julio de 2002 y en este momento se encuentra pendiente de tratamiento en el Senado de la Nación. Este proyecto conceptualiza el correo electrónico, como toda transmisión de

información enviada a través de una red de interconexión entre dispositivos electrónicos con capacidad de procesamiento, a una dirección o casilla de correo electrónico. Asimismo confiere al email el mismo estatus de privacidad que al correo postal. El citado proyecto lo equipara con la correspondencia epistolar abarcando su creación, transmisión y almacenamiento. (Art. 2) El email quedaría protegido por la Constitución Nacional.

En ese orden se inscribe la Resolución del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea para impedir la difusión de, puede afirmarse que los derechos, garantías, obligaciones y responsabilidades en la red –aún reconociendo la novedosa trama de vínculos jurídicos que ha puesto al descubierto- no pueden ser medidos con diferente vara que los derechos, garantías, obligaciones y responsabilidades fuera de la red (en tal sentido, Vibes, o contenidos ilícitos en Internet. Así, es de resaltar que ese órgano advirtió en punto a que la legislación nacional de cada uno de los países miembros resulta aplicable a la red porque “...lo que es ilícito fuera de línea lo es también en línea.” (Res. 27/9/96). La conclusión contraria –en nuestro país- llevaría casi al establecimiento de fueros personales (o reales) que la Carta Magna repugna (art. 16 CN).

En otras palabras, no debe analizarse si los derechos y garantías Constitucionales se adecuan a las nuevas tecnologías de la información, sino –por el contrario- verificar si éstas, en su instrumentación, son respetuosas de los derechos de los ciudadanos.

En conclusión y conforme la normativa explicitada, sabemos que:

- 1) La violación de la intimidad y de la privacidad es una cuestión sobre la que debemos especial atención.
- 2) Los "datos personales" tienen amparo en la Constitución Nacional y en la ley 25326.
- 3) La violación de la protección de los datos personales se ve potenciada por el uso de Internet.
- 4) Los spams que se sustentan técnicamente en bases de datos (obtenidas en violación de la normativa vigente), son ilegales.
- 5) Quien envíe los spams tiene que probar que la base de datos que utilizó tiene un origen lícito.