

# **SPAMMING Y RESPONSABILIDAD CIVIL**

## **Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado**

**Leysser L. León\***

*¿Cansado de recibir correos electrónicos publicitarios que llenan su bandeja de entrada? Al parecer nuestros congresistas también lo estaban...*

*En este entretenido artículo, el autor analiza la recientemente promulgada Ley 28493 (“Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado”) demostrándonos que a fin de crear una norma válida y útil para la sociedad no basta con regular un tema novedoso, pues, resulta indispensable realizar un cuidadoso análisis al respecto. En éste se deben tomar en consideración los intereses afectados buscando la solución más adecuada para el problema en cuestión dentro de nuestra sociedad, ya que, en caso contrario, se corre el serio riesgo de crear una norma que no genere beneficio alguno.*

*El autor aborda el tema desde diferentes perspectivas como son la del Derecho comparado y la responsabilidad civil. Quedando establecido, una vez más, que la calidad de una ley no siempre guarda correspondencia con la primera impresión que de ella se genera.*

\* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). *Visiting researcher* en la Universität Hamburg y en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (mayo-octubre de 2005).

## 1. PREMISA

Con la Ley 28493 del 18 de marzo de 2005, defectuosamente intitulada “Ley que regula *el uso* del correo electrónico comercial no solicitado”, el Perú se ha colocado, por lo menos de manera formal, a la vanguardia en el movimiento mundial que, desde hace algún tiempo, viene combatiendo a los *spammers*, incluso en el área normativa.

Con grandes e inusitados encabezados, muchos periódicos locales y *websites* dedicadas a la temática de las nuevas tecnologías, han presentado en sociedad este texto legal, y lo han expuesto como un avance importante frente a un problema propio de nuestra época. En tal sentido, hay coincidencia en el realce multitudinario de los aspectos sancionatorios del régimen apenas instaurado.

El juicio del jurista, y de más está anotararlo, no puede ser tan irreflexivamente entusiasta. Quien estudia el Derecho tiene la obligación, ante todo, de evaluar de la manera más diligente los intereses en juego, a fin de vislumbrar, dentro de límites razonables, los efectos que pueden producir las decisiones del legislador, puesto que –como enfatiza un persuasivo bando del análisis económico del Derecho– “uno de los fines primarios del sistema jurídico es modificar el comportamiento humano, inducir por lo menos a ciertas personas a actuar de forma distinta de la que elegirían en ausencia de incentivos o desincentivos jurídicos”<sup>1</sup>.

Dicha exigencia tendría que observarse con rigurosidad no menor, naturalmente, en las discusiones de política del Derecho, es decir, en el nivel de la planificación de las normas. Pero no hay visos de que el análisis de estas fundamentales cuestiones previas haya precedido la ley en cuestión.

La impresión que se genera, por el contrario, es la de una ilógica renuncia, por parte de los artífices de la Ley 28493, a considerar en su plenitud el ordenamiento jurídico, a pesar de que tal visión – como fácilmente se comprende – es la única que puede garantizar la coherencia de las intervenciones de orden legislativo.

Los indicios de tamaña falta de criterio son muchos: desde la nula apreciación de lo inocuo que resulta un régimen sancionatorio cuando las conductas que se buscan reprimir, además de ser las más de las veces anónimas, poseen carácter global, hasta la manifiesta falta de integración de la nueva norma con la legislación en materia de telecomunicaciones, a la cual da la segura impresión de superponerse; desde una pasmosa carencia de ideas acerca de las situaciones que merecen amparo legal, al apriorístico privilegio del punto de vista de la protección del consumidor.

También desde la óptica de la responsabilidad civil puede ponerse de manifiesto la incongruencia de nuestra flamante legislación anti-*spam*, y acaso evitarse la recaída en los lugares comunes que circulan, abundantemente, en torno de este asunto<sup>2</sup>.

En las páginas que siguen analizaré brevemente el impacto de la Ley 28493 en el régimen ordinario del resarcimiento frente a los daños por *spamming*. Por medio de este inequívoco botón de muestra quedarán ilustradas, pues, las distorsiones que provoca la legislación especial, siempre *in crescendo*, en la consideración y aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil. En la parte final, trataré de demostrar por qué es nula la incidencia de la nueva normativa en la identificación de los daños que deberían ser resarcidos por los *spammers*; daños cuya difícil cuantificación servirá, entonces, para confirmar la necesidad de introducir, en el marco de una normativa del sector, un régimen autónomo de responsabilidad.

## 2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO Y CRÍTICO DE LA LEY 28493. LAS SITUACIONES A TENER EN CUENTA EN LA PLANIFICACIÓN DE UNA NORMATIVA DE PROTECCIÓN CONTRA EL SPAMMING. LA POSICIÓN DEL RECEPTOR DEL SPAM: EL NUEVO DERECHO A LA INTIMIDAD, EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL DERECHO A LA TRANQUILIDAD INDIVIDUAL. EL CORRECTO ENFOQUE DE LOS MÚLTIPLES INTERESES EN JUEGO EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE.

<sup>1</sup> GOETZ, Charles J. “Law and Economics – Cases and Materials”. Minnesota: West Legal Publishing Co. 1984. p. 1.

Este enunciado sintetiza con nitidez la premisa del bando del análisis económico del Derecho que considera a las *legal rules*, esencialmente, como *behavioral modifiers*, término utilizado por el propio autor. GOETZ, Op. Cit. p. 292.

Llama la atención constatar que esta obra de Goetz, cuyo título no debe llevar a pensar que se trata de un *case-book* común y corriente, no figure entre los materiales citados en los más famosos “manifiestos” del *behavioral law and economics*, como los de JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Carl S.; y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: *Stanford Law Review* 50. 1998. p. 1471 y siguientes; y JOLLS, Christine. “Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules”. En: *Vanderbilt Law Review* 51. 1998. p. 1653 y siguientes; ni en la reconstrucción crítica de ENGLERTH, Markus. “Behavioral law and economics – eine kritische Einführung”. Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. 2004. En: <http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/>.

Los citados trabajos de Jolls, Sustain y Thaler se centran más bien en el punto de la “investigación de las implicancias del comportamiento humano concreto (no hipotético) para el Derecho”.

<sup>2</sup> Lugares comunes contra los cuales previene LIEB, Rebecca. “The Ten Biggest Spam Myths”. 2003. En: [http://hallme.com/Ten\\_Spam\\_Myths.asp](http://hallme.com/Ten_Spam_Myths.asp).

Para descalificar la Ley 28493 bastaría con saber que ella, en gran parte, no es más que el resultado del *download* de un anteproyecto de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de Argentina, que se remonta a septiembre de 2001; un documento de trabajo preliminar que, como suele acontecer, no ha llegado a convertirse en norma siquiera en el país donde ha sido concebido<sup>3</sup>. Es hasta risible que una ley vinculada con el mundo de la informática haya sido producida con tan vergonzosa, tradicional y nociva forma de proceder de nuestros congresistas, la cual, para fortuna, ha sido por fin denunciada, en relación con el plagio de la Ley Orgánica Española 4/2001, “reguladora del derecho de petición”<sup>4</sup>. A pesar de todo, cabe intentar analizar el fondo del asunto.

En abril del presente año, Jeremy Jaynes ha pasado a la historia como el primer condenado a prisión en Estados Unidos por *felony spam charges*, pocos meses después de haber sido denunciado por el envío de decenas de miles de anuncios publicitarios a las cuentas de correo electrónico de clientes de la empresa America Online (en adelante, “AOL”)<sup>5</sup>. También ha hecho noticia el caso de Jason Smathers, un ex ingeniero de esta última empresa, que ha sido declarado culpable de la venta de noventa y dos millones de direcciones de correo electrónico de AOL a un *spammer* por la suma de veintiocho mil dólares, y sobre quien podría recaer una condena de hasta dos años de cárcel, además del pago de una reparación civil que oscila entre doscientos mil y cuatrocientos mil dólares<sup>6</sup>. Siempre en Estados Unidos, un juez de Iowa ha dictado sentencia contra las compañías AMP Dollar Savings Inc., Cash Link Systems Inc. y TEI Marketing Group, obligándolas al

pago de *damages* que, en su conjunto, superan el billón de dólares, a favor de CIS Internet Services, bajo la flamante *CAN Spam Act* de 2003<sup>7</sup> y con el sostén de la legislación federal que reprime severamente las organizaciones criminales y las conductas delictivas en el ámbito industrial; monto que, previsiblemente, jamás podrá hacerse efectivo<sup>8</sup>. Mientras tanto, la Federal Trade Commission’s Bureau of Consumer Protection ha informado que recibe unas mil comunicaciones diarias sólo con quejas de receptores de *spam*<sup>9</sup>.

Desde hace pocos años, la Unión Europea, a partir de la Directiva 2002/58/CE, “relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas”, ha manifestado también su decisión de combatir el envío de correo no solicitado<sup>10</sup>. Se ha exigido a los Estados miembros la dación de leyes precisas para tal fin<sup>11</sup>. Por estos días, precisamente, se ha empezado a debatir en el Bundesrat alemán la propuesta legislativa contra el *spamming*<sup>12</sup>. Trece Estados miembros han suscrito, además, un acuerdo de cooperación para coordinar acciones contra la correspondencia electrónica comercial no solicitada. En Italia, la todopoderosa Microsoft ha interpuesto acción de daños y perjuicios, ante el Tribunal de Turín, por más de treinta mil euros (más de ciento veinte mil nuevos soles), contra un *spammer* de la localidad de Cesena<sup>13</sup>.

Siempre en el viejo continente, la Comisión de las Comunidades Europeas, en una Comunicación del 22 de enero de 2004<sup>14</sup>, señala que el *spamming* constituye un problema que afecta varias esferas: “intimidad, fraude a los consumidores, protección

<sup>3</sup> Se trata del “Anteproyecto de Regulación de las Comunicaciones Comerciales Publicitarias por Correo Electrónico”. Véase: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/68925.htm>.

<sup>4</sup> Véase la excelente nota de Flor Huilca en la edición *online* del diario “La República”, del 14 de mayo de 2005: <http://www.larepublica.com.pe>.

<sup>5</sup> Véase: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A38788-2005Apr8.html>.

<sup>6</sup> El caso es referido en “Datenschutz-Berater”. Año XXIX. 2005. Número 3. p. 8.

<sup>7</sup> La “Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act”, que se puede consultar en: <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.shtml>. En ella se expone que el correo comercial no solicitado supera la mitad del total de la correspondencia electrónica en circulación, y con tendencia a aumentar, lo cual afecta la conveniencia y eficiencia del correo electrónico (Sección 2.a.2).

<sup>8</sup> Véase: <http://www.thestandard.com/internetnews/000777.php>. Este caso surgió a raíz del envío, por parte de las compañías sentenciadas, de millones de *spam pieces* a los cinco mil clientes de CIS Internet Services, entre agosto y diciembre de 2003. Según la legislación de Iowa, se aplica una sanción de diez dólares por cada mensaje de correo no solicitado.

<sup>9</sup> FISHER, Michael A. “The Right to Spam? Regulating Electronic Junk Email”. En: Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 23. 2000. p. 365 y nota 4.

<sup>10</sup> Artículo 13. “Comunicaciones no solicitadas [...] 3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa [...], bien sin el consentimiento del abonado, bien respecto de los abonados que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional. 4. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones”.

<sup>11</sup> Hasta el momento, han cumplido con aplicar lo prescrito en la Directiva, cuyo término se venció el 31 de octubre de 2003, países como Dinamarca, España, Inglaterra e Italia.

<sup>12</sup> Lo informa el “Datenschutz-Berater”. Año XXIX. 2005. Número 5. p. 4.

<sup>13</sup> Véase: [http://www.lastampa.it/redazione/news\\_high\\_tech/archivio/0502/spammer.asp](http://www.lastampa.it/redazione/news_high_tech/archivio/0502/spammer.asp).

<sup>14</sup> Se la puede consultar en: <http://www.europa.eu.int>.

de los menores y de la dignidad humana, costes suplementarios para las empresas, pérdida de productividad. Más en general, el fenómeno socava la confianza de los consumidores, algo indispensable para el éxito del comercio electrónico, de los servicios en línea e, incluso, de la sociedad de la información". E indica, asimismo, que este fenómeno "ha alcanzado proporciones inquietantes y podría inducir a los usuarios actuales de mensajes electrónicos o SMS a dejar de utilizar el servicio de correo electrónico –que es una de las aplicaciones más populares de Internet– o los servicios móviles, o a utilizarlos de manera más restringida. Más en general, el *spam* exige una atención aun mayor si se tiene presente que, según lo previsto, Internet y otros medios de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, el acceso de banda ancha, el acceso inalámbrico o las comunicaciones móviles) deben constituir un elemento esencial del crecimiento de la productividad en una economía moderna". Ante ello, se insta a los Estados miembros a velar para que, "existan vías de recurso y sanciones. Toda violación de los derechos garantizados por la legislación nacional debe ir acompañada del derecho individual a un recurso judicial [...] Cualquier perjuicio sufrido a causa de un tratamiento o de un acto ilícito debe ir acompañado de un derecho individual a una indemnización. Deben estar previstas sanciones en caso de infracción".

Australia, país que se ha hecho famoso por el amplio espacio que concede a la autorreglamentación en la solución de los problemas relacionados con Internet, cuenta, desde el 2003, con una *Spam Act*<sup>15</sup>.

En Argentina, ya existe un precedente judicial en el que se ha dictado, sobre la base de la legislación en materia de protección frente a la manipulación de datos personales, una medida cautelar contra el envío de correos no solicitados<sup>16</sup>.

¿Si tal es el panorama<sup>17</sup>, qué tendría de malo la normativa peruana que se acaba de emitir para regular el sector?

El punto del que no debería prescindir ningún discurso en torno de la protección jurídica contra el *spamming* es la identificación –preliminar a toda intervención en concreto– de las situaciones que se pretenden tutelar.

Aquí la brújula del legislador apunta de inmediato –pero sesgadamente, como se verá más adelante– hacia el destinatario del correo no solicitado.

El primero de los derechos que entra a tallar, en tal sentido, es el derecho a la intimidad, expresamente consagrado en la Constitución (artículo 2, inciso 7, primer párrafo) y en el Código Civil (artículo 14).

A pesar de su inapropiada adjetivación como "personal y familiar" en las normas citadas, algo pacíficamente reconocido en distintas experiencias es que el derecho a la intimidad ha dejado de referirse exclusivamente a la defensa del espacio de soberanía, por decirlo así, de los miembros de la sociedad. Hoy la intimidad ha abandonado aquel contenido "negativo", de exclusión de las intrusiones de los demás, que representaba su núcleo en tiempos pretéritos y ha pasado a comprender, igualmente, un contenido "positivo", el cual se plasma en la posibilidad de incidencia de los sujetos en el control de las informaciones que les conciernen<sup>18</sup>.

En sentido más amplio, se habla de "autodeterminación" del sujeto de derecho, la cual tiene relevancia, no sólo en lo que atañe al destino y uso de las informaciones personales, sino también en el de ciertas "libertades" por las que se viene combatiendo, y que en algún país ya han ganado reconocimiento, entre cuyos terrenos de conquista se encuentran, por ejemplo, el aborto, la procreación

<sup>15</sup> Esta ley viene produciendo óptimos resultados, y ha sido considerada superior a la *CAN-Spam Act* estadounidense, según se informa en: <http://www.newstarget.com/z001463.html>. Su texto puede leerse en: [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/sa200366/s28.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/sa200366/s28.html).

<sup>16</sup> En el fallo del juez Roberto Torti, del Juzgado Civil y Comercial Federal Número 3, Secretaría Número 6, de la Capital Federal de Buenos Aires, emitido el 11 de noviembre de 2003. Al respecto, véase: <http://www.fundaciondike.org.ar/legislacion/spam-resolucion.htm>.

<sup>17</sup> Todo lo indicado no puede dejar de provocar asombro, si se tiene en cuenta que el fenómeno del *spamming* tiene fecha precisa de nacimiento y ésta apenas supera el decenio. Se remonta solamente a 1993, cuando dos abogados de Arizona, Laurence A. Canter y Martha S. Siegel, especialistas en el rubro de las migraciones, utilizaron masivamente los mensajes de correo electrónico para ofertar sus servicios de asesoría a los interesados en obtener *green cards*, lo cual les valió su desafiliación como *barristers*. El episodio es recordado por SMITH, Reagan. "Eliminating the Spam from your Internet Diet: the Possible Effects of the Unsolicited Commercial Electronic Mail Act of 2001". En: *Texas Tech Law Review* 35. 2004. p. 416 y nota 38.

El término *spam* resulta de la combinación de "(s)pic(ed) (p)ork" y "h(am)", un producto a base de carne de cerdo, enlatado, al que se hacía referencia en uno de los *sketches* televisivos del famoso grupo satírico británico "Monty Phytton". La referencia es de STRÖMER, Tobias H. "Online-Recht – Rechtsfragen im Internet und in Mailboxnetszen, Dpunkt, Heidelberg". 1997. p. 109, nota 279.

<sup>18</sup> Esta evolución de la noción de intimidad es común al ordenamiento estadounidense y a los ordenamientos europeos (y, sólo por reflejo, latinoamericanos). De ella rendían cuenta ya FRIED, Charles. "Privacy". En: *Yale Law Journal* 77. 1967-1968. p. 475 y siguientes; y AULETTA, Tommaso Amedeo. "Riservatezza e tutela della personalità". Milán: Giuffrè. 1978. pp. 30-31. Una perspectiva histórico-social al respecto ha sido brindada, más recientemente, por BEZANSON, Randall P. "The Right to Privacy Revisited: Privacy, News and Social Change 1890-1990". En: *California Law Review* 80. 1992. p. 1133 y siguientes.

asistida, la libre comercialización de las drogas y el llamado derecho a morir con dignidad<sup>19</sup>.

En directa vinculación con la nueva concepción del derecho a la intimidad y con la autodeterminación, e igualmente agredido por la actividad de los *spammers*, se presenta el principio del consentimiento al tratamiento de datos personales. Quien considere que la dirección de correo electrónico constituye, por lo menos en los casos en los que coincide con el nombre del titular de la cuenta<sup>20</sup>, un “dato personal”, es decir, uno de aquellos elementos a partir de los cuales se puede deducir la identificación de un sujeto, no tendrá dudas en afirmar que el envío de mensajes no solicitados es contrario, justamente, al principio en virtud del cual el único que puede decidir si admite o no recibir correspondencia es el propio interesado.

La violación de este principio es clara cuando se constata que muchas veces los *spammers* utilizan direcciones que recogen de *websites*, con la errónea premisa de que la circunstancia que ellas se encuentren publicadas autoriza a su empleo por terceros para toda finalidad.

El principio del consentimiento puede ser afectado entonces, no solamente por la publicidad electrónica comercial no solicitada, sino también por el envío de todo tipo de mensaje que se remita a una dirección de correo electrónico “de dominio público” –la llamaré así– que sea contrario a la finalidad para la cual ésta fue publicada<sup>21</sup>.

Para estos efectos, por lo tanto, han sido igual de ilegítimas, en tanto contrarias al principio del consentimiento, por ejemplo, la remisión de correos electrónicos en los cuales un abogado ofertaba su servicio de “jurisprudencia civil” –en el fondo, no otra cosa que una base de datos de sentencias tomadas de aquí y de allá–, y aquellos en los cuales un candidato al decanato del Colegio de Abogados de Lima pedía el apoyo, en las urnas, de los colegas de la Orden.

La tercera situación que aquí se llama en causa es el derecho a la tranquilidad individual, igualmente reconocido en la Constitución (artículo 22).

La tranquilidad individual es un derecho prácticamente desconocido en nuestro medio. En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, ha sido asociada, en el plano conceptual, con fenómenos inmediatamente relacionados con la problemática ahora analizada.

Así ha ocurrido en Italia, donde, sobre la base de la Directiva 97/7/CE<sup>22</sup>, se ha deducido, “una suerte de complemento al ‘derecho a ser dejado en paz’, [...], orientado a proteger al individuo del efecto –proveniente del exterior, y no solicitado ni deseado– que ocasionan las iniciativas de contacto realizadas según modalidades particulares (ligadas, sobre todo, al uso de las nuevas tecnologías), y para específicos fines (esencialmente, de orden comercial), con lo cual se da forma a una libertad negativa en la cual se mezclan, por un lado, la

<sup>19</sup> En algunas sentencias del Tribunal Constitucional peruano ya se hace uso caótico de la categoría de la “autodeterminación informativa” (*informationelle Selbstbestimmung*), elaborada en Alemania, a propósito de la protección frente a la manipulación de datos personales. Esta importación doctrinal, lamentablemente, se ha producido, “de segunda mano”, por el conducto de libros españoles sobre derechos fundamentales.

Así, nuestro ordenamiento jurídico ha hecho suya –sin ninguna posibilidad de entenderla adecuadamente, desde luego– una fase posterior del desarrollo a la autodeterminación (que debió, para no atentar contra la lógica, ser desarrollada primero), así como una aplicación de la teoría del derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), igualmente desconocida en la cultura jurídica peruana.

Para una aproximación certera a las implicancias de la moderna evolución de los derechos de la personalidad, y de la técnica legislativa aplicadas en su protección, también con referencia al derecho a la autodeterminación, consúltese: MARINI, Giovanni. “La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità”. 2005. En: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/home.html>.

<sup>20</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos”. Madrid: Edisofer. 2001. pp. 114-115, informa que la Agencia de Protección de Datos española “entiende que tanto cuando la dirección de correo electrónico contiene información acerca de su titular (pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o a su país de residencia) como en los supuestos en los que, en principio, dicha dirección no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta, estamos en presencia de datos de carácter personal susceptibles de protección”.

<sup>21</sup> Ejemplar, en tal sentido, es la experiencia del ordenamiento italiano, donde la *Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali*, hasta hace poco comandada por el profesor Stefano Rodotà, dispuso, en el 2003, que “la amplia conocibilidad de las direcciones de correo electrónico que permite la Internet no vuelve lícito el uso de estos datos personales para finalidades diversas de aquellas para las cuales se presentan *online*. En otras palabras, dichas direcciones no son ‘públicas’ como ocurre con las recogidas en las guías telefónicas. El hecho de que la dirección de correo electrónico sea conocida, de hecho, y aun cuando fuera sólo momentáneamente, por una pluralidad de sujetos, no la hace, en efecto, libremente utilizable, y tampoco autoriza, en modo alguno, el envío de informaciones de ningún tipo, aunque no sean de carácter comercial o promocional, sin un consentimiento previo”. Así lo refiere MASSIMI. Op. Cit. p. 777, nota 133.

<sup>22</sup> Directiva 97/7/CE, del 20 de mayo de 1997, “relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”, en cuya parte introductoria se señala que “la técnica de promoción consistente en enviar un producto o proporcionar un servicio a título oneroso al consumidor sin petición previa o acuerdo explícito por parte de éste, siempre que no se trate de un suministro de sustitución, no puede admitirse”; y que “procede reconocer al consumidor el derecho a la protección de la vida privada, en particular frente a ciertas técnicas de comunicación especialmente insistentes y, en consecuencia, precisar los límites específicos a la utilización de este tipo de técnicas; que los Estados miembros deben tomar las medidas adecuadas para que los consumidores que no deseen ser contactados mediante determinadas técnicas de comunicación puedan ser protegidos de forma eficaz de este tipo de contactos, sin perjuicio de las garantías particulares de que disponga el consumidor en virtud de la legislación comunitaria referente a la protección de la intimidad y de los datos personales”.

libertad de no comunicar, y, por otro, el derecho al respeto de la vida privada”<sup>23</sup>.

Desde este punto de vista, “la lucha contra el *spamming*, contra el envío de mensajes no deseados de correo electrónico, se desarrolla en nombre del derecho a la tranquilidad, del control de las informaciones ‘entrantes’ en la esfera privada, que es objeto, además, de una fuerte presión por parte de los propios operadores del sector, los cuales buscan evitar la transformación de la Internet en un gigantesco contenedor de ‘mensajes-basura’, con problemas de eficiencia y costos crecientes para el sistema económico”<sup>24</sup>.

Para ser precisos, aquí la tranquilidad es invocada, en su vestidura de derecho de la personalidad –o de derecho “fundamental”, como se suele decir–, en el supuesto, ni más ni menos, del envío de publicidad, el cual comprende, no sólo al *spam*, sino también a las ofertas “agresivas”<sup>25</sup>, como las que se realizan casa por casa o mediante llamadas telefónicas, así como al envío de folletos con ofertas que, también en nuestro medio, se realiza cotidianamente, por parte de centros comerciales que los remiten directamente al domicilio de los potenciales consumidores<sup>26</sup>.

En el Perú, dicho sea de paso, se presenta la particularidad de que tales folletos contienen el nombre y la dirección de la persona a los que están dirigidos; sólo que, hasta el momento, no se sabe de nadie que haya salido a hacer valer su derecho a no

recibir este tipo de correspondencia, ni, mucho menos, a cuestionar u oponerse a la manipulación de sus datos personales (nombres y dirección, precisamente) que, o han sido comunicados para finalidades distintas, o bien han sido obtenidos de listas no menos ilegítimas que los elencos de direcciones de correo electrónico que se procuran los *spammers*.

Este es el motivo por el cual los estudios sobre la problemática del *spamming* son normalmente precedidos por consideraciones acerca de la diferencia que existe entre los costos de la publicidad impresa y la publicidad a través del correo electrónico. Y se señala unánimemente, al respecto, que los costos del *spamming* son prácticamente nulos para quien recurre a él<sup>27</sup>. Así pues, los beneficios para los *spammers* comportan costos externos, o “externalidades”, que son asumidos por los usuarios y proveedores del correo electrónico, y, más en general, por los Internet Service Providers (ISPs)<sup>28</sup>.

Aquí hay quien recuerda, con atinada ironía, que “lo que para uno es basura, para otro es oro”<sup>29</sup>.

Las bases conceptuales que acabo de señalar han guiado, aunque sea sólo de manera nominal, ciertamente, la concepción de la Ley 28493.

En el Proyecto de Ley 11424/2004-CR, presentado el 13 de septiembre de 2004<sup>30</sup>, uno de los que sirvió para dar forma a la norma definitiva, se realizaba una desordenada enumeración de derechos a proteger,

<sup>23</sup> ATELLI, Maximiliano. “Il diritto alla tranquillità individuale nella rete”. En: NIVARRA, Luca y Vincenzo RICCIUTTO. “Internet e il diritto dei privati – Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche”. Turín: Giappichelli. 2002.p. 46. En un trabajo precedente, ATELLI. “Dal diritto di essere lasciati soli al diritto di essere lasciati in pace: la prospettiva del danno da petulanza”. En: Rivista critica del diritto privato. Año XV. 1997. p. 623 y siguientes; extrema su posición sobre la tranquilidad individual, y afirma, consecuente con su perspectiva, que incluso la práctica de actos de mendicidad “agresivos” constituyen atentados contra este derecho.

Me pregunto, tras esta lectura, qué sentido tiene legislar, inconscientemente, sobre la tranquilidad individual *online* en un país como el nuestro, donde un derecho como el individualizado por el autor citado es inexistente. ¿O admitiría alguien que el envío de *spam* fuese asimilado a la conducta de la persona que, sin ningún “consentimiento” del destinatario, limpia un parabrisas, o de la que ofrece algún producto puerta a puerta, o de la que sube a una “combi” a ofertar golosinas, o a pedir dinero tras entonar una canción?

Y sin embargo, el razonamiento que sustenta el rechazo del *spamming* es el mismo que impone condenar conductas como las que se acaban de señalar, en tanto violatorias de la tranquilidad.

<sup>24</sup> RODOTÁ, Stefano. “Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione”. En: Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato. Actas del Congreso de la Associazione Italiana di Diritto Comparato, celebrado en Pisa, del 22 al 24 de mayo de 2003, al cuidado de COMANDÉ, Giovanni y Giulio PONZANELLI. Turín: Giappichelli. 2004.p. 407.

<sup>25</sup> Según observa MASSIMI, Michela. “Il trattamento dei dati personali nell’ambito dei servizi di comunicazione elettronica”. En: Il diritto alla protezione dei dati personali, al cuidado de ACCIAI, Ricardo. Maggioli-Rimini. 2004. pp. 776-777: “las técnicas utilizadas para fines publicitarios pueden resultar incluso agresivas, y determinar fuertes interferencias en la vida privada de los usuarios, los cuales, a menudo, son literalmente ‘bombardeados’ por el envío masivo de mensajes de correo electrónico con contenido publicitario, que ellos no han solicitado, con la consiguiente violación de su *privacy*, en particular, de su derecho a la tranquilidad individual”.

<sup>26</sup> Este fenómeno lleva a FISHER, Michael A. Op. Cit. p. 372, a observar, certeramente, por un lado, que los servicios postales han perdido su función de medio para la transmisión de información primaria, y han pasado a desarrollar una labor adjunta a la de los productores de los correos masivos, y por otro lado, que la mayor parte del correo de todas las personas está, hoy por hoy, compuesto por comunicaciones de desconocidos.

<sup>27</sup> Lo señalan, por ejemplo, D’AMBROSIO, Joseph. “Should ‘Junk’ E-mail be Legally Protected?”. En: Santa Clara Computer and Hight Technology Law Journal 17. 2001. p. 231; y SMITH, Reagan. Op. Cit.p. 414, *et passim*, quien informa que el costo del envío de treinta y cinco millones de este tipo de mensajes no representa un gasto mayor que cien dólares para el *spammer*.

<sup>28</sup> El tema de las externalidades producidas por el *spamming* es tratado en síntesis por AMADITZ, Kenneth C. “Canning ‘Spam’ in Virginia: Model Legislation to Control Junk-Email”. En: Virginia Journal of Law and Technology. <http://www.vjolt.net/archives.php>. Volumen 4. Número 4. 1999. pp. 3, 19, 70.

<sup>29</sup> D’AMBROSIO, Joseph. Op. Cit. p. 247: “one man’s ‘junk’ is another man’s ‘gold’ ”.

<sup>30</sup> Tanto este proyecto, presentado por el congresista Walter Alejos Calderón, y que tenía como mérito, por lo menos, el de contar con un título más adecuado: “Ley que protege de los correos electrónicos no solicitados”, como los demás, pueden ser consultados en el *website* del Congreso de la República: <http://www.congreso.gob.pe>

los cuales se tomaban, con vanos propósitos de fundamentación, incluso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, como debería saberse, no tiene ningún valor efectivo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino, a lo sumo, en las relaciones interestatales<sup>31</sup>, sino es que, tal es la verdad, ninguno.

Se llamaba en causa, así mismo, el artículo 2, numeral 6 de la Constitución, donde se establece que toda persona tiene derecho “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Esta es una norma programática, copiada de la Constitución española de 1978, pero que, como es fácil advertir, no tiene absolutamente nada que ver con el problema del *spamming*, el cual afecta –como ya se ha anotado– el control de las informaciones “entrantes”, y no el de las informaciones “salientes”.

El tercer fundamento normativo que se cita en el Proyecto es el artículo 65 de la Constitución, según el cual “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”.

Respecto de este enunciado, bien se podría omitir mayor comentario. Si en los dos primeros fundamentos era dado, por lo menos, estirar el discurso para tentar una argumentación en términos de derechos de la personalidad “constitucionalizados”, en el tercer caso se confronta una pura declaración aislada, sin punto de conexión con la temática tratada.

En el Proyecto citado se anotaba confusamente, sin embargo, que “el uso del correo electrónico para enviar mensajes electrónicos no solicitados ni autorizados por el usuario-destinatario implica la invasión hacia esferas protegidas de la persona, por tratarse de derechos fundamentales”.

A estas alturas, sin embargo, no se ha descubierto nada nuevo. Este es el modo de trabajar que singulariza al Congreso peruano.

Hasta este punto no se ha hecho otra cosa que centrar la discusión en torno del usuario del correo electrónico. Pero ¿es acaso su posición la única a tomar en cuenta al momento de decidir utilizar normas jurídicas para disuadir a los *spammers*?

La jurisprudencia de Estados Unidos, país que, como es harto conocido, ocupa el primer lugar en la producción mundial de *spam*, es una fuente de conocimiento de la que no se puede prescindir en estas reflexiones.

La causa a la cual es obligatorio hacer referencia es *Washington v. Hecke*<sup>32</sup>. Este proceso enfrentó al Estado de Washington y Jason Hecke, un ciudadano de Oregon que, actuando en representación de su empresa “Natural Instincts”, había enviado entre cien mil y un millón de mensajes con publicidad a direcciones de correo electrónico que había obtenido utilizando el programa “Extractor Pro”.

En dichos mensajes, Hecke ofertaba una obra de su autoría, “How to Profit from the Internet”, que podía ser adquirida en línea al precio de treinta y nueve dólares con noventa y cinco centavos.

A Hecke se le imputó la infracción de la entonces reciente legislación anti-*spam* de Washington, en vigor desde 1999. Según esta última, se considera ilícito el envío de mensajes en los que se utilizan direcciones que ocultan la identidad del remitente, así como aquellos que contienen información falsa o engañosa en el encabezado<sup>33</sup>.

Éste, precisamente, había sido el *modus operandi* de Hecke, quien refirió haber realizado entre treinta y cincuenta ventas mensuales de su producto<sup>34</sup>.

La Supreme Court of Washington fue llamada a pronunciarse porque Hecke alegó en su defensa, y

<sup>31</sup> Lo hacía notar, hace cuatro décadas, PUGLIESE, Giovanni. “Il diritto alla ‘riservatezza’ nel quadro dei diritti della personalità”. En: Rivista di diritto civile. Año IX. Parte I. 1963. p. 619. a quienes creían que a partir de tal Declaración era posible deducir la existencia concreta, en un país firmante del documento, del “derecho al respeto de la vida privada y familiar”.

<sup>32</sup> *Washington v. Hecke*. 24 P. 3d 404 (2001). Aquí sigo, además del texto de la sentencia que suministra “Lexis-Nexis”, <http://www.lexis.com>, la reseña crítica publicada en Harvard Law Review 115. 2002. p. 931 y siguientes.

<sup>33</sup> Nótese la coincidencia con lo señalado en el artículo 6 de la Ley 28493, subtítulo “Correo electrónico comercial no solicitado considerado ilegal”: “El correo electrónico comercial no solicitado será considerado ilegal en los siguientes casos: [Cuando] b) Contenga nombre falso o información falsa que se oriente a no identificar a la persona natural o jurídica que transmite el mensaje. c) Contenga información falsa o engañosa en el campo del ‘asunto’ (o subject), que no coincida con el contenido del mensaje”.

A esta redacción hay que reprocharle el defecto de aplicar el adjetivo “ilegal” al correo en sí, cuando lo ilegal es el “envío” del correo que tiene ciertas características, así como la impertinente referencia a las personas naturales y jurídicas. ¿O acaso no puede enviar ilícitamente correo comercial una entidad no inscrita? Lo mejor hubiera sido utilizar sólo la palabra “remitente”.

<sup>34</sup> Lo cual no es de sorprender. Un importante porcentaje de los destinatarios de *spam* adquiere los productos ofertados, lo cual aumenta las posiciones de interés que se deben tomar en cuenta en la planificación de un régimen jurídico represivo del correo electrónico comercial no solicitado.

con éxito en primera instancia, que la legislación de dicho Estado en materia de correo electrónico comercial no solicitado, al prohibir el envío de publicidad con esas características a los ciudadanos de Washington o desde una computadora ubicada en Washington, no respetaba la llamada dormant Commerce Clause de la Constitución estadounidense (artículo 1, sección 8, literal c), según la cual es facultad del Congreso la reglamentación del comercio entre los diferentes Estados de la Federación<sup>35</sup>.

El fallo de la Supreme Court of Washington es importante porque, más allá de reconocer la constitucionalidad de la normativa cuestionada, identifica ejemplarmente los intereses en juego en la problemática estudiada, en lugar de concentrarse de manera exclusiva, como ha hecho nuestro legislador, en la esfera de los usuarios del servicio de correo electrónico.

La juez Susan Owens opinó, en efecto, que los intereses conculcados eran, en primer lugar, los de los ISPs<sup>36</sup>; en segundo lugar, el de los titulares de *domain names*; y por último, el de los usuarios. Los ISPs, porque ven incrementados sus costos, al tener que invertir, por ejemplo, en la detección de las cuentas desde las cuales se envía el *spam*, en personal que atiende los reclamos de los usuarios, y en equipos adecuados para administrar el tráfico excesivo; los titulares de *domain names*, porque es común que los *spammers* usen identificaciones ajenas, a las cuales los destinatarios terminan enviando, equivocadamente, sus masivas quejas<sup>37</sup>; y los usuarios, por el enfado que la situación genera y por la imposibilidad de aprovechar eficientemente el servicio de correo electrónico, es decir, por la pérdida de tiempo y de dinero, sobre todo en el caso de los que utilizan el servicio de pago por minuto de conexión<sup>38</sup>.

El caso fue devuelto a la instancia inferior, para nuevo juicio. En el 2002, Heckel fue condenado al pago de

*penalties* por un total de noventa y ocho mil dólares, por la infracción cometida y por las costas del proceso, incluidos los honorarios de los abogados que intervinieron en éste.

Como venía anotando, es un error que una norma como la aquí analizada haya sido concebida teniendo como única base los intereses de los usuarios del correo electrónico. La experiencia estadounidense, que debería ser mejor conocida, es de enorme valor en este ámbito, pero no tanto por las sanciones que se vienen aplicando, y que cada cierto tiempo ocupan los titulares de los medios de comunicación, sino porque enseña que los primeros interesados en la represión del *spamming* son los proveedores del servicio de correo electrónico y, de ser el caso, los ISPs. Tanto es así que las duras sanciones económicas que los tribunales de Estados Unidos están imponiendo a los *spammers* se han obtenido, casi en su totalidad, por iniciativas de ISPs, como la ya mencionada AOL.

Más aún, en la doctrina estadounidense no se duda a la hora de señalar que la posición de un usuario es demasiado ínfima como para ser tomada en cuenta a la hora de reprimir a los *spammers*. Esta es la razón por la que se ha sugerido seguir, en todo caso, el camino de las *class actions*.

Los “verdaderos” daños, si así cabe considerarlos, los pueden demostrar, en sede judicial, los ISPs, que gastan considerables sumas para combatir el *spamming*, como señalaba bien la juez Owens, y que incluso pierden clientes por dicha causa.

Desde este punto de vista, resulta superfluo que en el artículo 4 de la Ley 28493, cuyos artífices, según parece, no solamente ignoran los intereses conculcados por el *spamming*, sino que carecen también de los más elementales conocimientos sobre el mundo de la correspondencia electrónica, “obliguen” a los proveedores de este servicio a disponer de “sistemas o programas de bloqueo y/o filtro para la recepción o la

<sup>35</sup> Esta dormant Commerce Clause se deduce implícitamente, y en sentido negativo, de la citada disposición de la Constitución estadounidense. La interpretación jurisprudencial que rige es que la Constitución es contraria a la intromisión singular de los Estados en la regulación del comercio interestatal, al reconocer la potestad federal en dicho ámbito.

Con particular referencia a la Internet, GOLDSMITH, Jack L. y Alan O. SYKES, “The Internet and the Dormant Commerce Clause”. En: *Yale Law Journal* 110. 2001. p. 786; recuerdan que la “dormant Commerce Clause is a judge-made doctrine that prohibits states from regulating in ways that unduly burden interstate commerce”.

<sup>36</sup> La juez Owens cita, respecto de los daños causados a los ISPs, lo decidido por la *United States District Court for the Southern District of Ohio* en: *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.* 962 F. Supp. 1015 (1997). Este es otro de los *leading cases* en materia de *spamming*.

<sup>37</sup> En el caso específico, el titular del *domain name* “localhost.com”, refirió que su sistema de cómputo había colapsado, luego de recibir 7,000 mensajes de usuarios que lo habían identificado como el remitente del *spam* enviado, en realidad, por Heckel.

<sup>38</sup> Un realce del mismo tenor ha sido efectuado, en la doctrina italiana, por TOSI, Emilio. “Tutela dei dati personali online”. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*. 2. Tomo II. Turín: Utet. 2003. p. 1282. “La molestia que deriva de esta práctica ilícita, desde diversos aspectos –disciplinario, civil y penal–, consiste, esencialmente, en que vuelve lentas las funciones del sistema informático utilizado por el destinatario de los mensajes no deseados, con el agravio consiguiente en lo relativo a los costos del acceso”.

transmisión que se efectúe a través de su servidor, de los correos no solicitados por el usuario”<sup>39</sup>.

Para nadie es desconocido que Hotmail, Yahoo! y las demás entidades “sin rostro” que proveen, gratuitamente además, el servicio de correo electrónico ya han adoptado medidas al respecto, lo cual es otro claro indicio de la importante posición que se tiene que reconocer a los proveedores en la represión del *spamming* a nivel global.

Otro tanto cabe decir de las instituciones públicas, como las universidades, y de las grandes empresas que proveen de cuentas de correo electrónico a las personas a ellas vinculadas. En la mayoría de tales casos, también se pueden constatar libres iniciativas de los “proveedores” para mantener al reparo del *spam* a sus allegados, a través de sistemas de “filtrado”. Al hacerlo, ellos piensan, ciertamente, en los usuarios del servicio, pero quizás más en los intereses institucionales en mantener sistemas de cómputo que operen eficientemente.

No se olvide, por otro lado, y aunque no se la pueda considerar generalizada, aquella peculiar forma de “autotutela” de los usuarios de correo electrónico que consiste en procurarse de programas de filtrado, muchos de los cuales se pueden descargar gratuitamente a través de la Internet<sup>40</sup>.

### **3. LA PENA PRIVADA CONTEMPLADA EN LA LEY 28493: EL “DERECHO A COMPENSACIÓN PECUNIARIA” DE LOS RECEPTORES DE SPAM. ESQUEMA DE LAS SANCIONES JURÍDICAS: RESTITUTORIAS, RESARCITORIAS, SANCIONATORIAS. LA FUNCIÓN DE DETERRENCE DE LAS PENAS PRIVADAS. DESLINDE ENTRE PENAS PRIVADA Y RESARCIMIENTO. LA LEY 28493 NO PERJUDICA NI LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD AQUILIANA NI LA PROTECCIÓN RESARCITORIA DE LOS PROVEEDORES DEL SERVICIO DE CORREO ELECTRÓNICO.**

El desconocimiento de los intereses que deben considerarse en la planificación de la represión del *spamming*, por parte del legislador peruano, se hace aun más evidente en lo que atañe a la protección resarcitoria.

Ésta, como era previsible, dado el mal planteamiento, no se ha concedido a los proveedores del servicio de correo electrónico ni a los titulares de *domain names*, sino únicamente a los “receptores” de “correos electrónicos ilegales”.

En efecto, lo que se dispone en la Ley 28493 (artículo 7, subtítulo “responsabilidad”) es que el receptor de “correo electrónico comercial no solicitado considerado ilegal” –de acuerdo con la alambicada expresión del legislador– será “compensado”, sea por “toda persona que envíe correos electrónicos no solicitados conteniendo publicidad comercial”, sea por “las empresas o personas beneficiarias de manera directa con la publicidad difundida”, sea por los “intermediarios de correos electrónicos no solicitados, tales como los proveedores de servicios de correos electrónicos”. El carácter paternalista de la norma no podía tener mejor demostración.

Ratificando su carencia de sentido común, el legislador ha hecho de cargo de los propios proveedores del servicio de correo electrónico, es decir de agentes que son también víctimas del *spamming*, los costos generados por éste.

Así, al mismo tiempo, se ha hecho posible concebir que un estudiante o profesor universitario podrá considerar “responsable” del *spam* que recibe al centro de estudios que le ha asignado una cuenta de correo electrónico por el sólo hecho de pertenecer a la institución.

Esta ilógica situación ha dejado de ser improbable, en efecto, por la inexistencia en la Ley 28493 de una definición de “usuario”, y por la inserción, en cambio, de una definición legislativa de “proveedor” tan vaga como la siguiente: “toda persona natural o jurídica que provea el servicio de correo electrónico y que actúa como intermediario en el envío o recepción del

<sup>39</sup> Esta norma se concuerda con el artículo 3, literal c, del mismo texto legal, donde se reconoce el derecho del usuario “a que su proveedor de servicio de correo electrónico cuente con sistemas o programas que filtren los correos electrónicos no solicitados”.

<sup>40</sup> En este punto, TOSI, Emilio. Op. Cit. p. 1282, habla de “legítima autotutela informática” de los usuarios de correo electrónico, y efectúa un atinado paralelo con lo que sucede en la defensa contra el registro de *cookies*, que es igualmente susceptible de ser prevenido y neutralizado por los propios usuarios. Recuerda, así mismo, la técnica, desde cierto punto de vista vindicativa, del *flaming*, la cual consiste en el envío a la cuenta del remitente del correo indeseable de numerosos mensajes de protesta y que, de ser realizada por un gran número de agentes, puede crear efectos molestos (por saturación o paralización) a los *spammers*.

Sólo que, como se entiende, el *flaming* sería un adecuado modo de reaccionar si los productores del *spam* utilizaran direcciones verdaderas, y no engañosas, como hoy se ha hecho costumbre.

mismo". No existe ninguna referencia de esta normativa que permita entender con certeza que en ella se está tratando de "usuarios" y "proveedores" ligados por una relación de consumo.

Es curioso verificar que aquí, como muchas otras ocasiones, los errores en el sentido de la elaboración de las normas habrían podido evitarse si la copia del referido Anteproyecto argentino hubiese sido íntegra.

Porque en la prudente propuesta del legislador del vecino país se señala, distintamente, que "toda persona que transmita o ayude en la transmisión de correo electrónico en violación a la presente ley es responsable y deberá indemnizar al receptor y al proveedor de servicios de correo electrónico" (artículo 9); que "el proveedor de servicio de correo electrónico y el receptor de un correo electrónico comercial no solicitado ilegal podrán, independientemente, iniciar acción judicial por los daños y perjuicios contra la persona que transmita o ayude en la transmisión del mensaje de correo electrónico ilegal" (artículo 10); y más aún, que "el receptor damnificado no tendrá derecho a iniciar una acción contra el proveedor de servicios de correo electrónico que simplemente transmita la publicidad no solicitada enviada por correo electrónico a través de su red informática" (artículo 12).

Pero la mala regulación, por parte del legislador peruano, no se limita a lo indicado hasta el momento.

A renglón seguido de la disposición sobre "responsabilidad", en el artículo 8 de la Ley 28493, subtítulo "derecho a compensación pecuniaria", se establece 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 obtener una compensación pecuniaria, la cual será equivalente al uno por ciento (1%) de la Unidad Impositiva Tributaria por cada uno de los mensajes de correo electrónico transmitidos en contravención de la presente Ley, con un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias".

Aquí se confirma algo que indicaba en el acápite precedente, en relación con la dimensión económicamente insignificante de los daños sufridos

por los destinatarios, individualmente considerados, del *spam*.

Como es obvio, quien pretenda hacer valer este "derecho a compensación pecuniaria" que la norma concede tendrá que ser alguien afectado en tal medida por los *spammers* como para ambicionar, con seguras expectativas, la obtención de una "compensación" superior a los costos que implique la puesta en práctica de la acción ahora reconocida. Naturalmente, es de esperar que esto sucederá sólo en muy raros casos, si no es que en ninguno.

Y no debe llevar a equívoco, por otro lado, el hecho de que en la Ley 28493 se utilice el término "responsabilidad", si por éste se entiende, simplemente, el tener que asumir una obligación de resarcimiento.

Es indudable que lo previsto por nuestro legislador es, verdaderamente, una pena privada, es decir, una sanción civil de carácter dinerario para un comportamiento que se pretende reprimir.

La doctrina<sup>41</sup> enseña que existen sanciones jurídicas "restitutorias", las cuales persiguen la restauración exacta de la situación precedente a la comisión del hecho que desencadena la consecuencia jurídica de su aplicación; sanciones "resarcitorias", cuyo propósito es también el restablecimiento del status quo ante, pero a través de un "equivalente" en dinero; y sanciones "punitivas", cuyo objetivo real es la prevención. Y esta prevención es, a la vez, "general", en tanto apunta a disuadir a la colectividad de incurrir en la conducta sancionada, y "especial", porque con ella se espera impedir que el específico sujeto infractor no sea reincidente.

La pena privada no debe confundirse, entonces, con el resarcimiento. La pena privada está orientada – como es dado interpretar, precisamente, en las prescripciones de la Ley 28493– hacia objetivos de desincentivación o *deterrence*, como se estila señalar en los países del *common law*, y, por lo tanto, de represión sancionatoria.

Es esta carga desincentivadora-sancionadora lo que distingue la pena privada del resarcimiento que

<sup>41</sup> PONZANELLI, Giulio. "Pena privada". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen XXII Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990. p. 1 (de la separata), quien hace ver, de igual forma, que "el renovado interés frente a la pena privada constituye uno de los momentos más interesantes del proceso, de mayor amplitud, de la alternativa 'civilística' en la protección de bienes que no se consideran adecuadamente protegidos por las normas de otras áreas (y en particular, [por el] sistema de normas penales".

Sobre la pena privada, y sobre la identificación con ésta de los montos que se conceden, en la vía judicial, por concepto de "daño moral", véase: LEÓN, Leysser L. "Equívocos doctrinales sobre el daño moral. A propósito de un reciente artículo". En: "La responsabilidad civil – Líneas fundamentales y nuevas perspectivas". Trujillo: Normas Legales. 2004. p. 268 y siguientes.

cumple, más bien, un haz de funciones, entre las que cabe destacar, como he anotado, la de reparación de los daños “por equivalente”.

Mientras que la pena privada no guarda ninguna relación directa con el daño causado, el resarcimiento se deduce únicamente sobre la base de éste. Ello explica por qué la pena privada puede concretizarse en montos que jamás son coincidentes con los daños sufridos, y por qué el resarcimiento, en cambio, tiene por lo menos la aspiración funcional de llegar a cubrir “íntegramente” –como se acostumbra afirmar– tales detrimentos.

Que la Ley 28493 contempla una pena privada y no un resarcimiento está fuera de dudas, desde este último punto de vista, porque la suma a recibir por el “receptor de correo electrónico ilegal” no corresponderá ni siquiera a un monto estimado de los daños que él haya experimentado, sino que será fijada de acuerdo con pautas de cuantificación predeterminadas en la norma.

Llevando hasta el límite el análisis, es dado especular que un beneficiario de la “compensación pecuniaria” que reconoce la Ley 28493 bien podría ser alguien que, en realidad, no haya sufrido daño alguno.

En lo que se dispone, en efecto, la obligación de compensar pecuniariamente al receptor del correo electrónico publicitario no solicitado deriva de la pura infracción de la ley en la cual figura la sanción, y no de la comisión de un daño, lo cual constituye un argumento más para descartar que una “compensación” semejante pueda tener la calidad de “resarcimiento”.

Más allá de estas importantes precisiones –que, como puede apreciarse, no tienen un valor puramente conceptual–, la decisión de introducir una pena privada en el marco de la legislación especial tiene sentido, porque la agresión del *spammer* incide, como antes se ha expuesto, en la esfera personal del usuario de correo electrónico (intimidad, consentimiento al tratamiento de datos personales, tranquilidad individual).

Un jurista que ha contribuido egregiamente al estudio de las penas privadas enseña que éstas representan un instrumento verdaderamente eficaz “cuando el autor potencial del daño no encuentra en la obligación

resarcitoria una razón suficiente para abstenerse de su comportamiento, porque la medida previsible del resarcimiento, al estar ligada al límite del daño, es inferior al beneficio de su iniciativa ilícita”<sup>42</sup>.

Sólo aplicando esta valiosa observación resulta comprensible la previsión de una pena privada contra los *spammers*, porque, como es notorio, los daños a los derechos de la personalidad suelen quedar sin ser resarcidos.

Las razones de la virtual desprotección de los derechos de la personalidad, en lo que atañe al resarcimiento, son diversas. Aunque ésta no sea la sede oportuna para efectuar un análisis cabal del asunto, haré referencia a algunos de aquellos motivos en el siguiente acápite. Por el momento, basta anotar que la improbable imposición de una obligación resarcitoria a un *spammer*, por la vía normal de la demanda de daños y perjuicios, y con el solo soporte de la violación de derechos “fundamentales”, no es suficiente –siguiendo la explicación del autor citado– para inhibir al dañador de la realización de su conducta lesiva; en ello, precisamente, radica el sentido de la previsión, por parte del legislador, de una pena privada, y más aún, el sentido de toda la normativa contra el *spam*, dado que, ante un vacío legal, los *spammers* no tendrían ningún “incentivo” para abstenerse de sus actividades, y sí muchos incentivos para persistir en éstas<sup>43</sup>.

Por todo lo anterior, merece destacarse que en la Ley 28493 ni siquiera se haga mención de los “daños ocasionados” ni del “resarcimiento” de éstos. En su lugar, se habla de “infracción de la ley” y de “compensación pecuniaria”.

Esta terminología, que seguramente ha sido empleada de forma inconsciente por nuestro legislador, permite establecer, de todas maneras, un seguro deslinde entre el régimen establecido en la normativa aquí estudiada y el régimen “ordinario” –lo llamaré así– de responsabilidad civil.

En consecuencia, no podrá sostenerse que por el hecho de que la Ley 28493 contemple un “derecho a compensación pecuniaria” el receptor del *spam* no pueda tener derecho al “resarcimiento” –esta vez sí– del daño ulterior, sobre la base de los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

<sup>42</sup> MOSCATI, Enrico. “Pena (diritto privato)”. En: Enciclopedia del diritto. Volumen XXXII. Milán: Giuffrè. 1982. p. 781.

<sup>43</sup> SMITH, Reagan. Op. Cit. pp. 417-418, subraya este punto para explicar por qué la solución al problema del *spam* no puede realizarse a través de la autorreglamentación, porque el beneficio económico vuelve improbable que los *spammers* estén dispuestos a detenerse.

Y no podrá afirmarse, con mayor razón, que por lo restrictivamente dispuesto en esta ley, no puedan acceder a la plena protección resarcitoria, contra los *spammers*, tanto los proveedores del servicio de correo electrónico cuanto los titulares de *domain names* que fueran ilegítimamente utilizados por los remitentes de *spam*.

Estas falsas impresiones podrían suscitarse atendiendo a la circunstancia de que la letra de nuestra ley contra el correo electrónico comercial no solicitado sólo deja “sin perjuicio” la aplicación de la normativa sobre publicidad y protección al consumidor.

Desde luego que una previsión legal explícita de “dejar a salvo” el derecho de los destinatarios del *spam* al resarcimiento del daño efectivamente sufrido, o de “dejar a salvo” la aplicación de lo dispuesto en el Código Civil, en lugar de establecer, con muy limitado ámbito visual, que sólo queda sin perjuicio la “aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor” (como se lee en el artículo 1 de la Ley 28493)<sup>44</sup>, no tiene por qué juzgarse imprescindible. Sólo que en la elaboración de las normas que regirán en nuestro país –como nadie debería ignorar– es contraproducente omitir tomar en cuenta la acostumbrada sujeción de los aplicadores del Derecho a la letra de las normas<sup>45</sup>.

Es de lamentar que esta última acotación sea válida, no sólo respecto de la administración de justicia ordinaria, sino también del Tribunal Constitucional. Todo lo contrario viene ocurriendo en el campo de acción de entidades como el INDECOPI, que, en honor a la verdad, ha dado algunas pruebas válidas de estar en capacidad de “interpretar”, en el correcto sentido de la palabra, con el sustento de fuentes esenciales para el desarrollo del Derecho de las nuevas tecnologías, como la doctrina –a pesar de la preeminencia, perezosamente concedida, de los no siempre atendibles autores españoles– y la comparación jurídica.

#### 4. CÓDIGO CIVIL Y PROTECCIÓN RESARCITORIA FRENTE AL SPAMMING. REAFIRMACIÓN DE LA CONVENIENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DEL SECTOR. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOY COMO RESPONSABILIDAD SEGÚN STATUS. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES ESPECIALES VINCULADAS CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL. RÉGIMEN ORDINARIO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y DAÑOS RESARCIBLES POR LOS SPAMMERS. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS COMO PROBLEMA. LOS RIESGOS DE OVERCOMPENSATION.

La plena protección resarcitoria de los damnificados por los *spammers*, a la cual he hecho referencia en el acápite anterior, es la que tendría que conceder, en teoría, el tantas veces subestimado Código Civil, al que ahora toca prestar atención.

Pero hay que dejar en claro, antes de proseguir, que no debe creerse que el Código Civil, aquí considerado en su articulado relativo a la responsabilidad aquiliana, represente una solución eficaz para todos los problemas, mucho menos para aquellos teñidos de la novedad de las nuevas tecnologías.

A mí me parece, por el contrario, y como corolario de lo que he escrito hasta este punto, que se tiene que reconocer la conveniencia de la legislación especial para la regulación de temas como el que es materia del presente estudio. Y me refiero a una legislación “del sector”, en la cual la responsabilidad civil debería representar sólo un componente.

Tienen razón, en tal sentido, un agudo civilista que subraya, desde una óptica límpida, cabal y bien formada del sistema jurídico, que el Derecho de la responsabilidad civil se ha convertido en un derecho

<sup>44</sup> El artículo 1 de la Ley 28493 también es transcripción del Anteproyecto argentino, donde se dice: “la presente ley regirá las comunicaciones comerciales publicitarias realizadas por medio de correo electrónico, sin perjuicio de la aplicación, en los casos que corresponda, de la normativa vigente en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor”.

<sup>45</sup> Alguna carga persuasiva podría tener, en este punto, el conocer que incluso el legislador estadounidense, en la *CAN-Spam Act*, ha tenido el cuidado de “dejar a salvo”, ni más ni menos, la posibilidad de los distintos Estados para interponer acciones civiles, a través de su *general attorney, official or agency*, en representación de los directos afectados por los *spammers*. En tal sentido, se dispone (sección 7.f.1.b) que el monto de los *damages* será igual a la cantidad que sea mayor entre la real pérdida económica sufrida o la suma resultante de multiplicar el número de infracciones cometidas por 250 dólares, hasta el límite de 2'000,000.00 de dólares.

En el citado Anteproyecto de la Secretaría Argentina de Comunicaciones, en cambio, se incluye, peculiarmente, una norma dedicada a la indemnización a la que tiene derecho el proveedor de servicio de correo electrónico: “Artículo 13. Indemnización a favor del proveedor de servicios.- El proveedor de servicio de correo electrónico cuya política de servicios prohíba o restrinja el uso de su servicio o equipo para iniciar el envío de publicidad no solicitada por correo electrónico podrá, independientemente de cualquier otra acción que pueda iniciar en virtud de la ley, reclamar una indemnización monetaria por los daños y perjuicios sufridos debido a dicha violación, o una indemnización de cincuenta pesos (\$50) por cada mensaje de correo electrónico enviado o distribuido hasta un máximo de veinte mil pesos (\$20.000) diarios. En toda acción instaurada conforme este artículo, el proveedor de correo electrónico deberá acreditar el hecho de que con anterioridad a la alegada violación se haya notificado fehacientemente al demandado respecto de su política de publicidad”.

de *status*<sup>46</sup>, es decir, en un conjunto de reglas que se conciben, no pensando en el ciudadano común y corriente, sino con el propósito de reglamentar conductas de un sector definido de los miembros de la sociedad o –para quien así lo prefiera– de los agentes del mercado. Y la vía a través de la cual se plasma esta responsabilidad civil según *status* es, justamente, la legislación especial.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha estado al margen de estos importantes desarrollos, a pesar de que su realce haya sido efectuado por juristas europeos, a la luz de sus singulares experiencias<sup>47</sup>.

Son de recordar, como ejemplos de leyes especiales peruanas que contienen sanciones resarcitorias y sancionatorias de naturaleza civil aquellas que regulan la responsabilidad de los profesionales, técnicos y auxiliares del sector salud (Ley 26842, “Ley General de Salud”, del 15 de julio de 1997, artículo 36), la responsabilidad del conductor o propietario de automóviles, o del prestador de servicio de transporte terrestre (Ley 27181, “Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre”, del 7 de octubre de 1999, artículo 29); la responsabilidad por manipulación de residuos sólidos (Ley 27314, “Ley General de Residuos Sólidos”, del 21 de julio de 2000, artículo 23), la responsabilidad del propietario o poseedor de canes (Ley 27596, “Ley que regula el régimen jurídico de canes” del 14 de diciembre de 2001, artículo 14).

Las leyes especiales pueden intervenir, básicamente, de cuatro maneras:

- 1) Efectuando un reenvío a los artículos del Código Civil, con la precisión, por ejemplo, que el supuesto legislado se somete a la cláusula normativa general de la responsabilidad objetiva relativa (artículo 1970) y no al de la cláusula normativa general de responsabilidad por dolo o culpa, o subjetiva (artículo 1969), como ocurre en la citada legislación sobre salud, donde se enfatiza el carácter subjetivo de la responsabilidad<sup>48</sup> (aunque ésta, por tener lugar en el ámbito de una relación nacida de contrato o de “contacto social”, tendrá siempre carácter contractual), o en la normativa en materia de transporte y de residuos sólidos, en las cuales se encuentra implícita, por el contrario, la consideración de la conducción de vehículos o de manipulación de residuos como “actividad riesgosa o peligrosa”<sup>49</sup>.
- 2) Suministrando pautas para la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad extracontractual del Código Civil, como ocurre en la normativa sobre el transporte, en la parte donde se hace del conductor y del propietario del vehículo responsables “solidarios”<sup>50</sup>.
- 3) Creando un régimen especial y autónomo de responsabilidad, con o sin los elementos que suministra el Código Civil.
- 4) Instaurando un régimen de penas privadas, como en el caso de la normativa sobre canes<sup>51</sup> y en el de la ley “que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado”.

<sup>46</sup> Esta constatación, que es reforzada por la evolución del ordenamiento jurídico alemán, se debe a CASTRONOVO, Carlo. “Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali”. En: “Europa e diritto privato”. 1998. pp. 676-677: “también la responsabilidad civil ha devenido un régimen de *status*, y, desde este punto de vista, no puede maravillar el hecho de que el legislador alemán, mucho más cuando una regulación nueva tienda a configurarse como *Gefährdungshaftung* [“responsabilidad por exposición al peligro”], continúe extendiéndola fuera del BGB [el Código Civil alemán], en leyes especiales, las cuales denotan tal expansión, en primer lugar”.

<sup>47</sup> En Europa continental, donde prima el Derecho civil codificado, esta responsabilidad civil según *status* se puede identificar por la instauración, mediante leyes especiales, de reglas que norman la institución con arreglo a criterios de imputación objetivos, y que representan, por lo tanto, una excepción a la regla de la culpa, que sigue primando en el texto de los códigos.

Al respecto, véase el comentario al artículo 1970 del Código Civil que he escrito en coautoría con el profesor Gastón Fernández Cruz a publicarse en “El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas”. Lima: Gaceta Jurídica. 2005.

<sup>48</sup> Ley General de Salud: “Artículo 26.- Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio *negligente, imprudente e imperito* de sus actividades”.

<sup>49</sup> Ley General de Residuos Sólidos: “Artículo 23. Responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños. 23.1. El que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos, está obligado a repararlo, de conformidad con el artículo 1970 del Código Civil”.

Hay que señalar, empero, que, a renglón seguido, en el tercer párrafo de este mismo artículo se establece: “23.3. El generador [de residuos sólidos] será considerado responsable cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño”. Con ello, como es evidente, se vuelve a hacer entrar en escena a la responsabilidad subjetiva, aunque respecto, no ya del manipulador de los residuos, sino de su generador.

<sup>50</sup> Ley general de transporte y tránsito terrestre: “Artículo 29. *De la responsabilidad civil*. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados”.

<sup>51</sup> Ley que regula el régimen jurídico de canes: “Artículo 14. *De la responsabilidad de propietarios o poseedores de canes*.- Independientemente de las sanciones administrativas a las que haya lugar: (a) Si un can ocasiona lesiones graves a una persona, el dueño estará obligado a cubrir el costo total de la hospitalización, medicamentos y cirugía reconstructiva necesaria, hasta su recuperación total, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada. (b) Si el can ocasiona lesiones graves a otro animal, el dueño estará obligado a cubrir el costo que demande su restablecimiento. En caso de que el animal atacado muriese, el propietario o poseedor del agresor deberá pagar a favor del perjudicado una indemnización equivalente a 1 UIT. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada”.

Sobre esta normativa, véase: LEÓN, Leysser L. Op. Cit. p. 601 y siguientes.

En ninguno de los supuestos que acabo de identificar, ciertamente, el artífice de la legislación especial puede prescindir de tomar en cuenta lo señalado en el Código Civil.

Lo anterior es cierto, incluso en la hipótesis en la que se decidiera introducir un régimen autónomo, porque una decisión semejante involucrará, como es natural, un juicio sobre lo inadecuado de las reglas ordinarias para la óptima administración jurídica de un determinado problema.

Propongo imaginar, sin perjuicio de lo anterior, que únicamente se dispusiera de las normas del Código Civil para hacer frente a un caso de daños por *spamming*. Para ilustrar este supuesto, voy a reseñar un reciente caso, proveniente de la experiencia italiana<sup>52</sup>.

El señor Angelo Pisani, abogado de profesión, recibió en su cuenta personal de correo electrónico un mensaje de la empresa Nencini Sport S.R.L. En él, la remitente, dedicada a la venta de artículos deportivos, ofertaba una gama de productos.

A Pisani no ha de haberle caído nada bien aquella propuesta, porque interpuso acción de daños y perjuicios contra Nencini Sport S.R.L. En su demanda, Pisani pedía que la remitente del mensaje fuera obligada al resarcimiento de los "daños materiales y morales" por responsabilidad extracontractual derivada de hecho ilícito. Tales daños eran catalogados por el actor como daños "a la vida de relación" y "existenciales", por un monto de 1,032.91 euros (más de cuatro mil nuevos soles), teniendo en consideración, así mismo, el ilícito tratamiento que se había hecho de sus datos personales.

Pisani pedía también, a parte de los intereses legales y de la condena de la demandada al pago de las costas del proceso, que ésta cancelara de sus registros su dirección de correo electrónico, y que publicara, asumiendo los costos, la eventual sentencia

condenatoria, en cinco periódicos y en dos semanarios de interés nacional.

Llamado a resolver el pleito, al cual, es obligatorio anotar, jamás se apersonó la demandada, el Juzgado de Paz de Nápoles dio la razón a Pisani, e impuso a Nencini Sport S.R.L. un resarcimiento de 1.000.00 euros, o sea, prácticamente la suma que era objeto del petitorio.

El fundamento de la resolución fue el siguiente: el Código Civil italiano contiene una cláusula normativa general en materia de responsabilidad extracontractual (o de "responsabilidad derivada de hecho ilícito", como se dice en la terminología jurídica itálica), a saber, el artículo 2043, según el cual "todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño". Esta cláusula, que, como se aprecia, coincide con la primera parte del artículo 1969 del Código Civil peruano (salvo en la adjetivación del daño como "injusto") hace que el régimen de responsabilidad aquiliana vigente en Italia posea carácter "atípico" y abierto<sup>53</sup>. Ello quiere decir que la protección resarcitoria puede concederse, si así lo interpreta el juez, frente a supuestos de daño y formas de lesión de situaciones, bienes e intereses, que, de un tiempo a esta parte, no hacen otra cosa que diversificarse.

Bajo esta premisa, el juez considera que el sistema integrado por los artículos 2043 y siguientes del Código Civil italiano "no prefigura *a priori* precisas y cerradas categorías de ilícitos", ni "ofrece criterios circunscritos de aplicación de la cláusula normativa general de la injusticia del daño". Así pues, nada obsta para establecer que "el envío de correo electrónico no deseado, en el caso planteado, es ilegítimo desde dos puntos de vista: por un lado, por la reprochabilidad e ilicitud del tratamiento de los datos personales del actor por parte de la demandada, y por otro lado, porque provoca una ilegítima intrusión e invasión en la esfera de su intimidad".

<sup>52</sup> Se trata de la sentencia del Giudice di Pace di Napoli, del 10 de junio de 2004, publicada en "Responsabilità civile e previdenza". Año LXIX. 2004. p. 1144 y siguientes; con comentario de SANNA, Paolo, "Responsabilità civile per danno da spamming: un cattivo esordio da prendere sul serio". p. 1146 y siguientes; y en: "Danno e responsabilità". 2005. Numeral 6. p. 659 y siguientes; con comentario de POLICELLA, Eulalia Olimpia. "Il danno da spamming". p. 660 y siguientes.

<sup>53</sup> En Italia, el eje de la interpretación es, de acuerdo con el texto del citado artículo 2043 del Código Civil, que el daño sea "injusto". En cambio, en el Código Civil peruano, las cláusulas normativas generales (artículos 1969 y 1970) hacen referencia sólo al "daño". Desde este punto de vista, la redacción de nuestro Código Civil habilita a un aprovechamiento que sería similar, más bien, al verificado en la experiencia francesa, en lo concerniente a la aplicación del artículo 1382 del Code Napoléon, que también menciona el "daño" sin adosarle calificativos. El aprovechamiento señalado es impensable, desde luego, en un ordenamiento donde el Poder Judicial no da muestras de ser hábil en la aplicación de la interpretación. Este es uno de los motivos por los cuales reafirmo mi opinión sobre la inconveniencia de la legislación por cláusulas normativas generales en el Perú. Véase: LEÓN, Leysser L. "La reforma del Código Civil vista en serio". 2003. En: "El sentido de la codificación civil – Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano". Lima: Palestra. 2004. p. 295 y siguientes; y más recientemente, en relación con la responsabilidad civil. : LEÓN, Leysser L. "La responsabilidad extracontractual y la reforma del Código Civil". En: "Jurídica", suplemento del Diario Oficial "El Peruano". Lima. 31 de mayo de 2005. pp. 1-2.

Lo que se dictamina, entonces, es que la demandada “es responsable por hecho ilícito, *ex* artículo 2043 del Código Civil, al ser claro y definido el nexo de causalidad entre el evento y el daño injusto sufrido por el actor. Teniendo en cuenta el hecho de que el actor ha aportado la prueba del daño material y moral que se han derivado, para él, del ilícito tratamiento de sus datos, así como del envío ilegítimo, por parte de la empresa demandada, el día 3 de septiembre de 2003, de un mensaje publicitario, de grandes caracteres, donde se ofertaban numerosos artículos deportivos, a su cuenta de correo electrónico, utilizada para fines personales y profesionales de su actividad de abogado; teniendo en cuenta el daño a la vida de relación y el daño existencial consiguiente a la lesión y a la perturbación de la calidad de vida del actor; y teniendo en cuenta la documentación exhibida y los resultados de la investigación, la empresa demandada, Nencini Sport S.R.L. es sentenciada al resarcimiento de los daños materiales y morales por un monto de 1000 euros, determinado según equidad, tanto por el daño patrimonial cuanto por el daño moral, y atendiendo a los gastos generales y pérdida de tiempo sufridos, y derivados del ilícito envío de correspondencia electrónica con fines publicitarios no efectuado sobre la base del consentimiento preventivo e informado del actor, además de los intereses legales a partir de la demanda”<sup>54</sup>.

Nencini Sport S.R.L. fue condenada, además, al pago de otros 750 euros por las costas del proceso, y a proveer a la publicación de la sentencia, como había requerido el demandante, en periódicos y semanarios del país. Todo, como se ve, por un simple mensaje de correo electrónico publicitario.

La doctrina italiana más atendible ha desbaratado, impecablemente, los pilares conceptuales de la sentencia<sup>55</sup>. Se ha subrayado la incoherencia de los argumentos del juez, que ponen el acento en la función de *deterrence* de la responsabilidad aquiliana, pero sin el cuidado de dotar a la decisión de fundamentos lógicos y adecuados; se ha hecho notar que el envío de un solo mensaje de correo electrónico publicitario, a pesar de ser ilegítimo, carece de potencialidad lesiva, como para autorizar a asumir, sin mayor análisis, que ocasiona consecuencias económicas apreciables para su receptor; y se ha vuelto a poner en evidencia los graves riesgos de *overcompensation* que implica el reconocimiento del llamado “daño existencial”.

Acerca de este último punto, que ya he tenido oportunidad de analizar con mayor amplitud en otras ocasiones<sup>56</sup>, me limitaré a reafirmar mi parecer.

Sostener que tiene carácter resarcible un daño “invisible” como éste, que afecta el perfil “existencial” de todo individuo, es inaceptable y, especialmente entre nosotros, hasta imprudente. Con la admisión de dicha categoría, se lleva más allá de los límites de lo razonable el principio de la íntegra reparación de los daños, y la institución de la responsabilidad civil termina, contradictoriamente, generando desigualdades entre los miembros de la sociedad.

Que esta opinión sea digna de seguir se comprueba cuando se leen sentencias como la citada, donde el juez asocia automáticamente la violación de los

<sup>54</sup> Algo que no está de más destacar en el fallo citado, es el uso que realiza el juez de la legislación italiana en materia de protección frente a la manipulación de datos personales. En la época en que se presentó el caso, se encontraba vigente la Ley 675 del 31 de diciembre de 1996, sobre “protección de las personas y demás sujetos respecto del tratamiento de los datos personales”. Ahora rige el Código en materia de protección de los datos personales, también conocido como “Código de la *privacy*”, Decreto legislativo 196 del 30 de junio de 2003, que contiene un artículo específico relativo al *spam*: “130. *Comunicaciones no deseadas*. 1. El uso de sistemas automatizados de llamada, sin la intervención de un operador, para el envío de material publicitario o de venta directa, o para el cumplimiento de investigaciones de mercado o de comunicación comercial es permitido sólo con el consentimiento del interesado. 2. La disposición del párrafo 1 se aplica también a las comunicaciones electrónicas, realizadas para las finalidades allí indicadas, mediante correo electrónico, telefax, mensajes del tipo *Mms* (*Multimedia Messaging Service*) o *Sms* (*Short Message Service*) o de otro tipo. [...]. 4. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo 1, si el titular del tratamiento utiliza, para fines de venta directa de sus propios productos o servicios las coordenadas de correo electrónico provistas por el interesado en el contexto de la venta de un producto o servicio, puede no requerir el consentimiento del interesado, siempre que se trate de servicios análogos a aquellos que han sido objeto de venta, y que el interesado, adecuadamente informado, no rechace dicho uso, desde el inicio o en alguna comunicación sucesiva. El interesado, al momento de la recogida y en ocasión del envío de toda comunicación realizada para las finalidades señaladas en el presente párrafo, será informado de la posibilidad de oponerse, en todo momento, al tratamiento, de manera fácil y gratuitamente. 5. Está prohibido, en todos los casos, el envío de comunicaciones para las finalidades señaladas en el párrafo 1, o con fines promocionales de todo tipo, en las que se camufle o esconda la identidad del remitente, o no se indique una dirección idónea para el ejercicio [de los derechos del interesado]. 6. En caso de reiterada violación de las disposiciones del presente artículo, el Garante puede [...] prescribir que los proveedores de los servicios de comunicación electrónica adopten procedimientos de filtrado u otras medidas que se puedan practicar contra las coordenadas de correo electrónico desde las cuales son enviadas las comunicaciones”.

Hay dos puntos a destacar, para ratificar las carencias de la legislación peruana que nos ocupa. En el Código de la *privacy* italiano se extienden, coherentemente, estas prohibiciones a las comunicaciones efectuadas por medio del *Mms* o del *Sms*. Además, la aplicación de la técnica del filtrado no es obligatoria desde un inicio, sino que puede ser dispuesta mediante resolución de la Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali.

<sup>55</sup> Especialmente, SANNA, Paolo. Op. Cit.p. 1154 y siguientes. El muy inferior análisis de POLICELLA, Eulalia Olimpia. Op. Cit. p. 665 y siguientes. (especialmente) se concentra, en cambio, en la normativa que el juez ha utilizado o no, y es por ello que pierde de vista las importantes implicancias de la sentencia que se comenta desde la perspectiva de las funciones de la responsabilidad extracontractual y de la confirmación de la categoría del “daño existencial” como elemento que promueve fenómenos de *overcompensation*.

<sup>56</sup> Principalmente, en LEÓN, Leysser L. “El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?” En: Op. Cit. p. 101 y siguientes.

derechos de la personalidad del demandante con una lesión de su esfera existencial, haciendo un desarreglado uso, por lo demás, de las categorías del “daño moral” y del “daño a la vida de relación”.

Con jueces de paz como el autor de este fallo, lo que se puede prever, no sin temor, es una avalancha de demandas de personas interesadas en ver convertidas en dinero sus “agraviadas” esferas existenciales<sup>57</sup>.

Ante decisiones como éstas, no se puede sino compartir la preocupación de quien se pregunta, con entendible perplejidad, incluso si la responsabilidad civil será en realidad un instrumento adecuado para enfrentar el problema del *spamming*<sup>58</sup>.

Sin embargo, debe escapar de la mira de la crítica contra el “daño existencial” la protección resarcitoria de los derechos de la personalidad.

Piénsese, al respecto, en lo que ocurriría bajo el Código Civil peruano. ¿Habría algún juez dispuesto a amparar una demanda de daños y perjuicios nacida de la violación de un derecho fundamental?

Y sin embargo, la “generalidad” de las cláusulas normativas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, con su sola referencia al “daño”, sin ninguna adjetivación adicional, podría servir también para que los jueces abandonaran su costumbre de otorgar protección a situaciones expresamente nominadas, y que sean, además, fáciles de convertir a valores monetarios.

Hace años que se advirtió que el problema de la cuantificación de los daños a los derechos de la personalidad, en especial de los que comenzaban a propagarse con el advenimiento de la era informática, era otro de los factores que movía a seguir, justamente, el camino de la legislación especial.

“De la utilización de los modernos instrumentos –se escribía, en relación con el empleo de las bases de datos personales– pueden derivar enormes ventajas para la colectividad, pero, por otro lado, la manipulación de bases de datos es una actividad que por su naturaleza presenta una particular predisposición para producir daños de naturaleza no económica, ligados a la lesión de derechos fundamentales de individuos y de grupos. La delicadeza del problema induce a considerar muy urgente la dación de una normativa *ad hoc*, que regule la materia, teniendo cuenta, como es debido, los riesgos e intereses a proteger. Así pues, se confirma la necesidad de prever idóneos instrumentos de protección preventiva de los daños, también en consideración de las objetivas dificultades de monetización de éstos. Y es desde este punto de vista, ni más ni menos, que se deduce la necesidad de identificar perfiles de prevención incluso en el ámbito de la responsabilidad civil”<sup>59</sup>.

La legislación especial puede ser vista, por consiguiente, como una oportunidad para evitar las ambigüedades que se presentan en la interpretación del Código Civil, y también para superar el riesgo de dejar desprotegidas situaciones que, a pesar de lo propicio de las reglas codificadas, y por las razones antes señaladas, no gozarían, seguramente, de amparo en el nivel judicial.

La legislación especial podría establecer con claridad, por ejemplo, si en el supuesto normado procede o no tener en consideración el daño moral –en su vestidura, no ya de sufrimiento anímico o dolor, sino de lesión de los derechos inherentes a la persona–, y, si la elección es afirmativa<sup>60</sup>, de acuerdo con qué criterio se determinará su monto<sup>61</sup>.

Pero ninguna intención de integrar las normas de nuestro ordenamiento jurídico, como sería conveniente, se puede advertir en la Ley 28493.

<sup>57</sup> Problema que difícilmente se presentará, dado que la tradición del Derecho civil repudia la idea del “precedente judicial de observancia obligatoria”, es decir, la idea de la jurisprudencia como “fuente de Derecho”, que los temerarios autores del Anteproyecto de reformas al Código Civil de 1984 pretenden consagrar en el, cada vez más venido a menos, título preliminar.

<sup>58</sup> SANNA, Paolo. Op. Cit. p. 1161.

<sup>59</sup> GIACOBBE, Giovanni. “La responsabilità civile per la gestione di banche dati”. En: Centro Di Iniziativa Giuridica “Piero Calamandrei”. *Le banche dati in Italia – Realtà normativa e progetti di regolamentazione*. Al cuidado de Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, Jovene. Nápoles. 1985. pp. 127-128.

<sup>60</sup> Lo cual parece inevitable, por dos razones que ya se han indicado: (i) porque los daños ocasionados por *spam*, respecto del usuario del servicio de correo electrónico, individualmente considerado, carecen de incidencia económica, o la tienen en minúsculo margen; y (ii) porque si hay algo que resulta innegablemente agredido con la actividad de los *spammers*, eso es la intimidad, el consentimiento a la manipulación de datos personales y la tranquilidad individual de los destinatarios de estos mensajes no solicitados.

<sup>61</sup> En Italia, la tendencia jurisprudencial se orienta hacia la determinación con arreglo a la equidad –como en el fallo aquí citado– de monto a título de daño moral. A lo mejor en el Perú sería necesario que una norma estableciera, textualmente, una remisión de dicho tenor.

La Ley chilena 19.628, “sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal”, de 1999, contiene, por ejemplo, una norma que parece ser lo suficientemente clara como para propiciar soluciones eficaces en aquella ardua materia: “La persona natural o jurídica o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el *daño patrimonial y moral* que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal. [...] El monto de la indemnización será establecido *prudencialmente* por el juez, *considerando las circunstancias del caso y los hechos*” (artículo 23, 1<sup>er</sup>. y 3<sup>er</sup>. párrafos).

## 5. CONCLUSIÓN: ¿UN *JUNK STATUTE* PARA LOS *JUNK E-MAILS*?

El juicio sobre la Ley 28493 no puede, entonces, ser positivo, sino en lo que se refiere al espíritu que la alienta, que inserta a nuestro país en el coro de los ordenamientos que están uniendo fuerzas para combatir jurídicamente al *spamming*.

Esta ley especial no tiene en cuenta los intereses afectados por los *spammers*, e incurre incluso en el contrasentido de hacer de víctimas del *spam*, como las empresas proveedoras del servicio de correo electrónico, las encargadas de asumir los costos de las compensaciones pecuniarias que podrían demandar los usuarios.

Es una normativa paternalista, que centra todo en la protección de los usuarios de correo electrónico, sin advertir que la sola posición de uno de ellos no basta, en los hechos, para admitir, de manera automática, la pretensión de obtener una sanción pecuniaria, como la que expresamente se concede.

Es, por último, una normativa que puede suscitar equívocos de tipo nominal respecto de la vigencia – plena, como aquí he procurado demostrar– del régimen ordinario de responsabilidad extracontractual frente a los daños por *spamming*. Sin embargo, en tanto ella no contempla el derecho al resarcimiento, sino una simple pena privada, y no se guía de la realización concreta de un daño, sino de la pura violación de las reglas que ella misma impone, es de todos modos factible delimitar los campos, ahora paralelos, de la

protección mediante “compensación pecuniaria”, ex artículo 8 de la Ley 28493, y de la verdadera protección resarcitoria, sustentada, si bien con difíciles posibilidades de aplicación, en el Código Civil.

Lo que probablemente ocurrirá es que los usuarios de correo electrónico, como los abogados que –según he recordado– recibimos a menudo aquella molesta publicidad de la base de datos de sentencias o el mediocre programa de trabajo de algún candidato al decanato de nuestro Colegio, o anuncios de cursos “a la carta” organizados por cierta empresa de “asesoramiento y análisis”, todos, provenientes de remitentes con tanta vocación por el “Derecho” que exteriorizan hábitos de *spammers*, continuaremos frunciendo el ceño por algún minuto, y apreciaremos el momento en el que hacemos “clic” sobre el botón *delete*, o en el que configuramos nuestro gratuito programa de filtrado con nuevos nombres y encabezados, como una forma de hacer justicia por nuestra propia mano.

Mientras tanto, de los usuarios de correo electrónico gratuito que actúen con racionalidad económica, como maximizadores de beneficios, es de esperar que, si el *spam* llega a representar un problema para ellos, simplemente abran otras cuentas, y abandonen las infestadas. Después de todo, las cuentas de correo electrónico no son, en modo alguno, recursos escasos.

Para el común de las personas, el *spam* seguirá siendo, simplemente, parte de la comunicación por Internet. Como se ha escrito, “every new technology spawns its own monsters, and electronic mail is no exception”<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> AMADITZ, Kenneth C. Op. Cit. p. 1.