

JUAN CARLOS PLAZA SOLER

ABOGADO

DPTO. DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

“BROSETA ABOGADOS”

Plaza de Tetuán, 8-2º

46003 (Valencia)

Tel. 963921006/07

Fax: 963921088

jcplaza@broseta.com

LOS CORREOS ELECTRÓNICOS COMERCIALES
NO SOLICITADOS EN EL DERECHO EUROPEO Y
NORTEAMERICANO

Valencia, 19 de julio de 2002

1.-) INTRODUCCIÓN

Independientemente de la mayor o menor aceptación popular que tengan Internet y algunas de sus posibilidades, como el comercio electrónico o la formación a distancia –sustancialmente diferente en cada país que analicemos-, el correo electrónico es uno de los hijos de Internet que ha sido adoptado de forma realmente veloz por una cantidad ingente de personas como un medio de comunicación a larga y corta distancia óptimo, haciendo de él la aplicación de Internet más ampliamente utilizada. Y es que la utilización de este nuevo medio de comunicación es tan frecuente que algunos han hablado de Internet como el medio que ha puesto de moda nuevamente el género epistolar, después de una crisis tremenda en su versión manuscrita.

Cada día son varios cientos de millones los mensajes del más diverso contenido que se cruzan entre ordenadores de todo el mundo gratis o a un precio simbólico en el más oneroso de los casos, habiendo convertido este tráfico de datos al correo electrónico en un medio tan común de comunicación hoy en día que se puede comparar en determinados ámbitos al teléfono o al fax.

El uso de esta poderosa herramienta ha sido visto, a la vez que como una oportunidad nunca conocida en la historia para la relación personal y profesional a un coste reducido y en un tiempo récord, como una oportunidad de promoción de productos e ideas de toda índole de forma sencilla, barata y masiva.

Y es que el uso del correo electrónico para fines comerciales tiene acérrimos detractores e incondicionales defensores que utilizan su poder e influencia en los más diversos sectores sociales.

Entre los primeros destaca especialmente Vint Cerf, uno de los conocidos como “padres de Internet”, que opina que *“el correo basura es el azote del correo electrónico y los grupos de noticias en la Red. Puede interferir seriamente con la operación de servicios públicos, por no mencionar el efecto que puede tener en los sistemas de correo electrónico de cualquier individuo (...) Los spammers¹ están, de forma efectiva, sustrayendo recursos de los usuarios y proveedores de servicio sin compensación y sin autorización”*.

Los argumentos esgrimidos por los contrarios a este fenómeno de envío de comunicaciones comerciales no solicitadas son, por una parte, que no sólo hacen perder tiempo a sus receptores (al igual que la publicidad tradicional), sino que además –y a diferencia de aquella- cuesta dinero al receptor del correo, porque el acceso a la Red en la mayoría de las ocasiones supone un pago por unidad de tiempo conectado y, en otras, como cuando el usuario posee la denominada “tarifa plana”, la recepción de este tipo de mensajes roba “ancho de banda” o velocidad de transferencia del resto de los datos que

¹ Se denominan “spams” en terminología anglosajona, como veremos posteriormente, los correos electrónicos de contenido comercial no solicitados, y “spammers” quienes los envían. Estos correos también se suelen denominar en los países anglosajones “junk mail” o “bulk mail”.

sí desea recibir el usuario. Por otra parte, el correo indeseado también cuesta dinero a los proveedores de servicios en Internet, porque les ocupa memoria, ancho de banda y recursos que no pueden ser dedicados a sus clientes, además de crearles problemas por las quejas de éstos.

Los defensores de esta forma de publicidad, sin embargo, basan su apoyo a la misma en la libertad de expresión que –según ellos- les ampara, la minimización del impacto negativo que los correos publicitarios tienen comparados con otros correos superfluos –por ejemplo de carácter jocoso- que todos recibimos periódicamente, el coste reducido que tiene la recepción de este correo en un contexto tecnológico de acceso a la Red cada vez más basado en la tarifa plana telefónica, el interés que puede tener la información enviada para el receptor y que este ni conocía ni hubiera conocido nunca a priori o la posibilidad de enviar correo ordinario con este tipo de contenidos publicitarios sin que ello suponga un problema especial.

Se han propuesto algunas soluciones para-legales a este problema que no impliquen su prohibición o regulación por los estados, como la adopción de códigos éticos *anti-spam* por parte de las asociaciones de comerciantes por Internet o la instalación de filtros automáticos que rechacen los mensajes que llegan a los servidores informáticos de correo con determinadas palabras o frases.

No obstante, los códigos éticos no son seguidos por la mayoría de los verdaderos *spammers*, bien porque éstos precisamente utilizan esta vía de publicidad por no poder acceder a otras menos intrusivas pero más caras bien porque no suelen pertenecer a este tipo de asociaciones.

Por lo que se refiere a los filtros, los mismos son capaces de eliminar ciertos mensajes que llegan a los servidores, aunque, por una parte, la posibilidad de eliminar correos no comerciales con frases aleatoriamente coincidentes con aquéllos y por otra parte la posibilidad de engaño al filtro que existe por el mero hecho de cambiar las frases o palabras modelo hacen poco eficaz en la práctica este sistema. Y ello por no hablar de los filtros que operan desde el propio software de recepción de correo del destinatario, que ciertamente evita tener que borrar manualmente los correos indeseados pero no reduce el gasto suplementario que para el usuario supone la recepción del correo.

2.-) REGULACIÓN DEL SPAM

Resulta paradójico que el fenómeno de la recepción de correos electrónicos no solicitados haya introducido el deseo inmediato por parte de sus destinatarios en todo el mundo de nuevas cautelas que nunca se plantearon respecto del correo publicitario tradicional. Es –quizás- fruto del sentimiento de inseguridad que todo lo relacionado con Internet introduce en los consumidores.

Es por ello que, ante las nuevas necesidades en un tema tan novedoso, el Derecho –también en esta ocasión- ha de buscar la mejor alternativa, y el equilibrio, entre los deseos de los contrarios al *spam* y los de los partidarios incondicionales del mismo, entre el derecho fundamental a la privacidad y las lógicas necesidades económicas que aconsejarían *prima facie* no renunciar a una nueva modalidad de

publicidad que, de ser prohibida en unos países, podría colocar a sus empresas en inferioridad de condiciones competitivas respecto de otras empresas residentes en el extranjero y que sí la usan.

Los sistemas legislativos que regulan y limitan el envío de este tipo de correo se dividen, esencialmente, entre los que exigen el consentimiento expreso del receptor de correos electrónicos no solicitado para que le puedan ser enviados éstos (sistema denominado “*opt-in*”) y los que permiten el envío de correo a destinatarios en general siempre que éstos no hayan manifestado su voluntad de no recibir los mismos (sistema denominado “*opt-out*”).

Ambos sistemas tienen reflejo en las legislaciones de los diferentes países, y, mientras el primer sistema parece ser el adoptado en Europa, el segundo es el que los estados de los Estados Unidos que tienen regulación específica sobre el tema vienen generalmente prefiriendo.

Europa y los Estados Unidos son las dos grandes locomotoras económicas mundiales y, cómo no, también en el universo virtual de Internet. Ambas potencias tienen sistemas jurídicos bien diferentes, sensibilidades distintas en lo relativo a la libertad de expresión y la protección de datos y una voluntad de regular la materia de modo satisfactorio. Aunque Estados Unidos fue el primero en utilizar Internet, Europa intenta solucionar a su manera y de forma independiente los nuevos problemas del Derecho en torno a las Nuevas Tecnologías, por lo que resulta conveniente analizar cómo se intenta regular el envío de correos electrónicos no solicitados en ambos lados del Atlántico para conocer las alternativas y las soluciones propuestas, todo lo cual quizás sirva para implantar en nuestro propio país la mejor regulación.

2.1- REGULACIÓN DE LA MATERIA EN USA

Por todos es conocida la difusión de Internet en los Estados Unidos de Norteamérica, que fue el país donde nació esta herramienta tecnológica y donde la misma cuenta con un mayor número de usuarios, que utilizan la Red para todo tipo de usos en cantidades proporcionalmente muy superiores al resto de la población mundial.

Esta cierta “experiencia” –con la relatividad en los términos que da un mundo tan novedoso como Internet- y la extraordinaria dimensión numérica de los usuarios de la Red ha otorgado a USA la oportunidad de poseer la casuística jurisprudencial y la legislación más abundante por el momento en materia de correo electrónico comercial no deseado.

El “*spam*” se halla regulado en varios estados norteamericanos pero carece todavía de legislación federal específica, aunque hay varios proyectos de leyes que afrontan muchos de los diversos problemas que se derivan del uso de este medio de comunicación.

A) Legislación federal en la materia:

Respecto de la legislación federal en esta materia, aunque sí hay legislación –por ejemplo- para los envíos por fax no solicitados y proyectos de ley para regular fenómenos como los de la publicidad a teléfonos móviles mediante mensajes SMS , no hay leyes aprobadas que regulen en todo el país los envíos de correos electrónicos no solicitados.

Sí que hay, sin embargo, en el período de sesiones actual (107º) algunos proyectos de ley que introducen conceptos y regulan fenómenos interesantes desde el punto de vista jurídico y que pasamos a analizar:

H.R 718 (Wilson):

Esta norma, propuesta en febrero de 2001 por el Sr. Wilson y 67 representantes más, se autodenominaba en el momento en que fue propuesta “*Ley del Correo Electrónico No Solicitado*”. Definía el *spam* como “*Un correo electrónico comercial enviado a un destinatario sin su previo consentimiento y sin que el remitente haya tenido una relación comercial previa con el mismo*” y exigía incluir una dirección válida y funcional de respuesta en cada correo comercial enviado para que el destinatario pudiera solicitar su exclusión futura de la lista, así como imponía multas de hasta 50.000 \$ a los infractores y sólo permitía a los proveedores de acceso no poner a disposición de sus usuarios mecanismos de *opt-out* si el cliente estaba de acuerdo en recibir *spam* a cambio del acceso gratuito o con bonificaciones a Internet.

Tras su paso por la Comisión de Justicia, este proyecto de Ley sería profundamente modificado y, en su estado actual, se denomina “*Ley anti-spamming*” y propone castigar a quienes envíen 10 o más mensajes de correo conociendo que contienen información falsa o torticera, así como obliga a colocar cláusulas específicas para todos los correos electrónicos con un contenido sexual. Define el *spam* como “*un correo electrónico cuya finalidad primordial es anunciar o promocionar, con un propósito comercial, un producto o servicio, incluyendo el contenido de una página web*”.

H.R 1017 (Bob Goodlate):

Este proyecto de Ley, que sería un complemento a la anterior, fue introducido en marzo de 2001 y modificaría normas federales penales referentes a delitos electrónicos en los USA, haciendo penalmente sancionable el hecho de enviar correo con remitentes, direcciones o mensajes falsos, así como distribuir software destinado a este propósito.

H.R 1846:

Esta Ley se denominaría “*Ley sobre quién está mandando correos electrónicos a nuestros hijos*”, y exigiría a los colegios y bibliotecas que tienen servicio de correo electrónico accesible para el público en general que adopten políticas que prohíban que en sus locales se puedan enviar correos de forma anónima.

H.R 2472:

Esta Ley, llamada “*Ley para la protección de los niños contra los correos electrónicos obscenos*”, exigiría a quienes envíen correos electrónicos comerciales con

contenido sexual dirigidos a niños adoptar medidas de identificación uniformes y especiales.

H.R 3146 (Smith):

Esta Ley, propuesta en octubre de 2001, se denominaría “*Ley para la Protección de los Ciber-Ciudadanos*” y exigiría que los correos electrónicos no solicitados contuvieran el nombre del remitente, su dirección física y de correo electrónico, así como instrucciones para ejercitar el derecho de *opt-out*. Los mensajes o títulos falsos también estarían prohibidos, y los proveedores de acceso estarían obligados a informar a sus clientes sobre su política para rechazar correos electrónicos no solicitados.

S. 630 (Burns):

Este Proyecto de Ley –el que se halla en más avanzado estado de tramitación en la actualidad²- partió de la Comisión de Comercio del Senado en marzo de 2001, con la denominación de “*Ley para el Control del Marketing y la Pornografía No Solicitados*”. Esta Ley exigiría que los mensajes no solicitados sean claramente identificados como tales e incluyan instrucciones para ejercitar el *opt-out*, así como prohibiría contenidos o títulos falsos en los mensajes. En mayo del presente año se ha introducido una enmienda para prohibir la recopilación de direcciones de correo electrónico provenientes de páginas web en las que no se cumplan los requisitos de privacidad legalmente establecidos.

H.R 95:

Esta Ley requeriría que los correos electrónicos comerciales estuvieran titulados como tales e incluyeran instrucciones para el *opt-out*, prohibiendo mensajes falsos en el encabezamiento de los mensajes. También prohibiría utilizar la infraestructura de un proveedor de Internet para el envío de correos electrónicos comerciales si el citado proveedor tuviera como práctica habitual no aceptar tales envíos y esta prohibición estuviera claramente expuesta en una página web.

Como se ve, no ha tenido el *spam* regulación legal suficiente en todo el territorio de los USA, pero de los proyectos de Ley que hemos analizado se desprende que hay un interés especial por los legisladores americanos para que los remitentes de los correos electrónicos queden identificados, así como para que aparezcan direcciones válidas de correo que permitan ejercitar la posibilidad de excluirse de las listas de correo.

Sin excepción, todos los proyectos de ley estadounidenses adoptan la filosofía de acceso del *opt-out*, pretenden garantizar la transparencia de los envíos y establecen precauciones especiales para cuando los correos electrónicos son de contenido sexual y

² Este Proyecto ha sido aprobado definitivamente en el Senado el día 11 de junio de 2002.

va dirigido a menores –aunque nada se dice de, por ejemplo, los correos electrónicos de contenido violento dirigidos a los mismos destinatarios-.

B) Legislación estatal en la materia:

De acuerdo con las fuentes consultadas, son hoy en día 24 estados norteamericanos los que poseen legislación específica para regular el uso de los correos electrónicos comerciales: Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiana, Maryland, Minnesota, Missouri, Nevada, North Carolina, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, West Virginia y Wisconsin.

El resto de los estados no tienen normas específicas, salvo –en todo caso- para obligar a los abogados que realizan publicidad de sus servicios por este medio a que adviertan a los destinatarios de que el correo contiene propaganda de servicios legales.

La mayoría de los estados comparten las siguientes características en sus respectivas regulaciones:

Exigen que conste una palabra o unas siglas al principio del encabezamiento del mensaje (lo cual facilita a los programas filtro la identificación y eliminación de los mensajes publicitarios)

Obligan a que los correos contengan instrucciones para ejercitar el *opt-out* de manera sencilla

Se prohíben los mensajes que contienen información falsa sobre la procedencia de los correos electrónicos o si no contienen una dirección válida y funcional del remitente. Asimismo, se prohíbe distribuir programas informáticos que permitan falsificar esta procedencia.

No se permite la utilización de un nombre de dominio de un tercero para enviar correo sin su consentimiento.

Algunos estados sólo regulan el envío de correos comerciales no solicitados cuando contienen archivos o información de naturaleza sexual, obligando a introducir frases en el título del mensaje.

Respecto de la competencia territorial, la mayoría de los Estados declaran aplicables su normas cuando el origen y destino del correo comercial estén dentro del mismo estado y cuando el destinatario de los mensajes resida en el Estado en cuestión y se utilicen sistemas informáticos, proveedores de Internet o equipos del mismo. En otras ocasiones se aplica la Ley del Estado también a los casos en que el remitente pueda saber que el destinatario está en el Estado preguntando al proveedor de Internet. En algunos estados, por último, se aplica la Ley incluso a no residentes siempre que éstos utilicen una red de transmisión o un ordenador situado en el Estado.

C) Jurisprudencia norteamericana relativa a correos electrónicos comerciales no solicitados.

La Jurisprudencia norteamericana sobre el tema de los correos electrónicos no solicitados es ya relativamente abundante, así como de un gran interés para interpretar las normas a las que nos hemos referido en el apartado anterior.

Los demandantes en este tipo de casos suelen ser empresas proveedoras de conexión a Internet -que ven perjudicada su posición, en el mercado, su capacidad técnica de funcionamiento y su credibilidad por el uso masivo de sus líneas por remitentes de este tipo de publicidad- o fiscales generales de los diferentes estados, que actúan de oficio ante estas actividades, aunque también ha habido demandas promovidas por asociaciones o grupos de ciudadanos.

Entre los primeros, destacaremos, a título de ejemplo, dos juicios promovidos por las empresas *AOL* y *COMPUSERVE* respectivamente, y entre los segundos el caso *STATE v. HECKEL*..

a) AOL v. LCGM, Inc

En este juicio, que tuvo lugar en el estado de Virginia, American On Line (la mayor empresa proveedora de Internet en USA, conocida tradicionalmente por sus siglas "AOL") demandó a la empresa LCGM (empresa dedicada a promocionar páginas web con contenido pornográfico) por el envío de millones de correos electrónicos no solicitados a clientes de la empresa americana AOL. La empresa infractora había utilizado software para burlar los sistemas de filtrado que AOL posee en sus servidores para evitar que los correos publicitarios lleguen a sus clientes, así como había incluido el nombre de dominio *AOL.com* en los correos enviados. Basando su resolución en las leyes tanto federales –relativas al cyber crimen- como estatales, las cuales prohibían a un remitente de *spams* utilizar nombre de dominio de terceros sin autorización, el Tribunal halló mala fe e incumplimiento reiterado de la legislación vigente y, en consecuencia, LCGM fue condenada a pagar a AOL daños y perjuicios, así como costas judiciales

b) Compuserve v. Cyber Promotions

En este famoso juicio, que se siguió en el estado de Ohio en el año 1997, Compuserve (la segunda mayor empresa proveedora de servicios en Internet de los USA) demandó a la empresa Cyber Promotions por enviar miles de correos electrónicos a sus clientes a pesar de haber sido reiteradamente conminados a cesar en su actitud.

La empresa demandada utilizó estrategias para burlar los sistemas automáticos de filtro de Compuserve, tales como cambiar la dirección del remitente o el título de los correos.

Compuserve acudió a los tribunales alegando que se había atacado su derecho de propiedad y el acusado contentó a la demanda alegando (i) que no se puede considerar ataque a la propiedad el envío de correo electrónico; (ii) que existe libertad de expresión reconocida en la propia Constitución de los USA y (iii) que los remitentes de correo tienen derecho a utilizar las facilidades que un medio público como Internet supone para ejercitar su libertad de expresión con el fin que consideren oportuno.

Compuserve alegó que la existencia de mensajes en sus servidores con direcciones de retorno inválidas suponía un coste extraordinario para la Compañía, al no poder devolver los citados mensajes y tener que almacenarlos en sus sistemas, trayendo espacio en los mismos para sus clientes. Por ello, los sistemas informáticos de Compuserve se perjudicaban aunque físicamente no sufrieran un perjuicio.

En su resolución, el Tribunal reconoce el derecho a utilizar Internet en general, pero niega que Internet sea un medio público, puesto que *“no constituye una necesidad vital”*, al existir otras formas de comunicación alternativas. Al haber tales medios de comunicación alternativos, el ejercicio de la libertad de expresión puede ejercitarse a través de otros cauces, mucho más teniendo en cuenta que Compuserve es una compañía privada que presta servicios de acceso a Internet a sus clientes previo pago de una cuota. Incluye como argumento el Tribunal las reiteradas advertencias que hizo Compuserve al demandado para que cesara en sus envíos –con escaso resultado- y el perjuicio económico que Compuserve alegó y pretendió probar mediante los correos electrónicos de muchos clientes que amenazaban con pedir la baja de la Compañía si ésta no ponía medios para evitar los correos electrónicos no deseados del acusado.

El Tribunal, en sus conclusiones, estimó íntegramente la demanda, obligando al demandado a cesar en sus envíos, indemnizar al demandante y pagar las costas del juicio.

c) State v. Heckel:

En este caso, sustanciado en el estado de Washington el año 2001, un ciudadano del estado de Oregón llamado Jason Heckel, dueño de una empresa denominada *“Natural Instincts”*, fue demandado por la fiscalía del Estado por el envío masivo de publicidad sobre un libro escrito por él de 46 páginas que llevaba por título *“Como ganar dinero con Internet”* y el cual vendía al precio de \$39.95 por ejemplar.

Utilizando un programa especial, envió publicidad sobre el libro a miles de ciudadanos del Estado –entre otros foráneos- mediante correos electrónicos que no contenían direcciones válidas de respuesta, utilizando como tales varias direcciones obtenidas de la página Web *“juno.com”* de forma gratuita que cambiaba periódicamente en cada lote de correos electrónicos que enviaba.

Mientras el Estado alegaba violación de las leyes de Washington, que obligan a los remitentes a incluir direcciones de correo de respuesta veraces, el demandado se defendió aduciendo que el estado del que era originario no tiene legislación *anti-spam* y era materialmente imposible hacer que los correos que enviaba no llegaran a los ciudadanos de Washington, así como a cualquier ciudadano de otro Estado que abriera su correo electrónico en Washington y, por ello, utilizara sistemas situados en este Estado o incluso a ciudadanos de Washington que abrieran su correo en otro estado sin regulación *anti-spam* (por ejemplo, Oregón), creando así un conflicto de competencias intolerable.

En su interesante y elaborada sentencia, el Tribunal afirma que *“la única obligación que la Ley impone a los remitentes de mensajes de correo no solicitados es la buena fe, que no se puede considerar una carga en modo alguno excesiva, puesto que*

mientras el cumplimiento de este requisito no cuesta dinero al remitente de los mensajes el incumplimiento del mismo sí cuesta dinero al resto de los internautas”. Sobre la aplicación de las leyes del estado de Washington a residentes de otros estados, el Tribunal lo considera correcto, con el argumento de que “los beneficios que para los ciudadanos de Washington se derivan de la existencia de una ley en este estado superan los perjuicios que se producen al comercio interestatal, por lo que la balanza se debe inclinar del lado de los primeros”, además de afirmar que, en cualquier caso, los requisitos que introduce la legislación de Washington no sólo no es contraria a la que se establece en otros estados, sino que es objetivamente razonable.

Sobre el conflicto de jurisdicción que la norma supondría al estar involucradas las legislaciones de varios estados en el caso de que el correo electrónico fuera abierto fuera del estado de Washington, aunque la sentencia no entra directamente a resolver la cuestión, afirma –utilizando otra sentencia de un tribunal de Nueva York- que la norma del estado de Washington no se dirige a los que envían mensajes que meramente transitan por el Estado, sino a los que envían correspondencia específicamente a ciudadanos de Washington.

Y es que la jurisdicción territorial en lo relativo al correo electrónico es un tema polémico, que es utilizado como argumento de defensa por la práctica totalidad de los demandados, afirmando algunos, incluso, que Internet es un mundo virtual y, por definición, insensible a fronteras territoriales.

Frente a este argumento muchos tribunales norteamericanos afirman que el mismo no es plenamente aplicable al correo electrónico no solicitado, donde sí hay remitentes y destinatarios concretos. Bien al contrario, la legislación en materia de correo electrónico, siempre que incluya requisitos que redunden en una mayor confianza de los consumidores, debe considerarse oportuna y no colusiva.

2.2- LEGISLACIÓN EN EUROPA:

En la Comunidad Europea, donde Internet tiene una dimensión mucho más modesta que en los Estados Unidos porque ha tenido una introducción en tiempos más recientes, aunque sí hay Directivas que se refieren a este tema no hay todavía una legislación del todo uniforme en todos los Estados miembros.

Hasta el momento coexisten las diferentes legislaciones nacionales sobre Internet –en los países que las poseen- y, con ellas, una balbuceante legislación en el seno de la Comunidad Europea que se esfuerza por aportar soluciones uniformes para todos los Estados miembros, los cuales parten de situaciones particulares difíciles de conciliar.

Las diferencias entre Europa y los Estados Unidos en esta materia comienzan ya con el hecho de que el tratamiento de los datos personales en uno y otro continente es bien diferente: Así, mientras que en USA los datos personales pueden ser objeto de tráfico económico y están protegidos por laxas regulaciones (y la mayoría de las veces por meros códigos éticos de voluntaria adhesión y cumplimiento), en Europa la Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos, fue la primera norma europea al respecto y el origen de una larga serie de legislaciones nacionales en materia de protección de

datos en los últimos años en los países europeos. Estas normas, si bien ciertamente dispares en cuanto al rigor, son en su conjunto mucho más exigentes y garantistas que la que existen actualmente en los USA.

Esta filosofía proteccionista que imbuye a los legisladores europeos es evidente, sin duda, respecto de los correos en papel, y parece haber calado en lo que a los correos electrónicos se refiere.

Respecto de los correos ordinarios no solicitados, se reconoce en la Directiva 95/46/CE el derecho de los destinatarios a solicitar la cancelación de los datos personales, así como se prohíbe la obtención de datos personales que puedan ser utilizados para publicidad sin cumplir con una serie de requisitos legales. También se prohíbe la cesión de datos sin el consentimiento del titular de los mismos, así como la utilización de datos obtenidos para un fin diferente de aquel para el que se comunicó al destinatario que se utilizarían.

Por lo que se refiere a los correos electrónicos, sin embargo, la legislación ha sido bastante pendular, con normas que reconocen el principio del *opt-in* y otras que prefieren el *opt-out*.

Mientras que este segundo principio ha sido el habitualmente reconocido hasta el momento presente a nivel europeo (a pesar de que algunos países europeos ya reconocían en sus respectivas legislaciones el principio contrario), el principio del “*opt-out*” parece haber triunfado definitivamente en la propuesta de modificación que ha aprobado recientemente el Parlamento Europeo de las Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, sobre el Tratamiento de los Datos Personales y la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones. Esta modificación parece que prohibirá el envío de correo electrónico no autorizado expresamente de forma previa por el destinatario de los mensajes, consagrando a nivel europeo el principio del *opt-out*.

La regulación actualmente vigente del correo electrónico no solicitado pasa, por el momento, por la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones y por la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico.

Respecto de la Directiva 97/7/CE, su artículo 10 dispone que “*Los estados velarán porque las técnicas de comunicación a distancia distintas de las mencionadas en el Apartado 1, cuando permitan una comunicación individual, sólo puedan utilizarse a falta de oposición expresa del consumidor*”. Con esta redacción, la Directiva parece optar si la interpretamos literalmente (a semejanza del sistema norteamericano) por el “*opt-out*”, ya que –a sensu contrario- parece deducirse de este párrafo que se permite el envío de publicidad por correo electrónico si no ha habido oposición expresa del destinatario.

Aún así, la Directiva parece no cerrar el camino a las interpretaciones que ven en ella una permisividad encubierta del sistema del *“opt-in”*, ya que la expresión *“sólo puedan utilizarse”* se debería entender como una declaración de máximos y no como una obligación dirigida a los gobiernos para que permitan el *spam* sin oposición previa de los destinatarios. La expresión habría quedado –en todo caso, y si esa fue la intención verdadera del legislador comunitario- más clara incluyendo la expresión *“en su caso”* después de la palabra *“utilizarse”*.

Respecto de la Directiva 2000/31/CE, la exposición de motivos de la misma opta de nuevo por el sistema del *“opt-out”*, pero resulta ser más prolífica en la explicación de este problema del correo electrónico de carácter comercial no deseado que su predecesora, diciendo al respecto en su exposición de motivos que:

“El envío por correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas puede no resultar deseable para los consumidores y los prestadores de servicios de la sociedad de la información y trastornar el buen funcionamiento de las redes interactivas. La cuestión del consentimiento del destinatario en determinados casos de comunicaciones comerciales no solicitadas no se regula en la presente Directiva, sino que ya está regulada, en particular, por las Directivas 97/7/CE y 97/66/CE. En los estados miembros que autoricen las comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas, deberá fomentarse y facilitarse la creación por el sector competente de dispositivos de filtro; además, las comunicaciones comerciales no solicitadas han de ser en todos los casos claramente identificables como tales con el fin de mejorar la transparencia y facilitar el funcionamiento de los dispositivos creado por la industria. Las comunicaciones por correo electrónico no solicitadas no deberán redundar en gastos suplementarios para el destinatario.”

Los Estados miembros que permiten el envío de comunicación comercial no solicitada por parte de prestadores de servicios establecidos en su territorio por correo electrónico sin consentimiento previo del receptor, deben garantizar que los prestadores de servicios consultan periódicamente las listas de exclusión voluntaria en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales, y las respeten.”

Ya en su articulado, la Directiva se refiere a las comunicaciones comerciales en la Sección 2 –arts. 6 a 8-, diciendo al respecto que las comunicaciones comerciales deben ser identificables como tales en el mismo momento de su recepción, así como la persona en nombre de la cual se hacen. También obliga a identificar como tales las ofertas, concursos o juegos promocionales, así como a identificar con toda claridad los requisitos a cumplir para acceder a los mismos. También dispone que los estados deberán garantizar la existencia de listas de exclusión (haciendo incluso referencia expresa a la palabra *“opt-out”*) para que se inscriban las personas físicas, así como se deberá asegurar de que los remitentes respetan dichas listas.

Por último la Directiva se refiere a los miembros de profesiones reguladas para decir que los Estados garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales por los mismos, condicionando este derecho al cumplimiento de las normas profesionales, el honor y la lealtad hacia clientes y colegas, así como anima a los Estados miembros y a la Comisión a establecer códigos de conducta al respecto.

La ubicación de este Derecho de los profesionales regulados a remitir comunicaciones comerciales no solicitadas –situada en un artículo aparte-, la rotundidad del término “*garantizarán*” y la ausencia de referencia alguna a la permisividad o no de los Estados nos hacen pensar que, en este caso, los Estados no pueden prohibir el envío de esta clase de correos electrónicos por estos profesionales, siempre que respeten las reglas de sus colegios.

En la redacción de este artículo se pretendió respetar ambas filosofías de consentimiento para la recepción de correos electrónicos –“*opt-in*” y “*opt-out*”-, dejando libertad a los Estados para adoptar una u otra postura.

Aún así, resulta paradójico que la Directiva –aunque comparte elementos comunes con la legislación estadounidense ya analizada- contenga en realidad obligaciones más difusas que la legislación vigente y en proyecto en Estados Unidos.

Por ejemplo, a pesar de que exige que las comunicaciones comerciales no solicitadas deben figurar claramente como tales, no establece la Directiva ninguna palabra común para todos los Estados miembros que deba figuraren el encabezamiento del mensaje, y ni siquiera obliga a que la identificación conste en el espacio destinado al asunto del correo electrónico, pudiéndose prestar ello a la picaresca de que se haga referencia al carácter comercial del correo electrónico una vez expuesto el mensaje que se deseaba hacer llegar con el mismo.

Por otra parte, aunque exige que consten los datos del remitente la Directiva no obliga a que éste aporte una dirección de correo electrónico válida y funcional para que el destinatario del mensaje pueda exigirle la exclusión de su lista de correos. Es más, ni siquiera contiene obligación alguna de incluir pies de correo en los que se indiquen enlaces a las listas de exclusión o a la dirección del remitente de los mensajes, junto con el aviso al remitente de tal derecho.

Tampoco se incluye en la Directiva referencia alguna a contenidos de carácter pornográfico o que estén dirigidos a menores de edad, así como se obvia igualmente prohibir la inclusión de títulos o contenidos falsos en los mensajes, aparte de los relativos a ofertas promocionales, o utilizar direcciones de terceros sin su consentimiento.

En conclusión, la redacción de la Directiva parece que pretendió establecer mínimos de protección de los destinatarios de mensajes de correo electrónico ciertamente poco exigentes, dejando a los estados más ambiciosos en esta materia establecer garantías adicionales hasta llegar –incluso- a la prohibición total del *spam*.

En la actualidad, sin embargo, como ya hemos visto, la situación ha cambiado radicalmente, puesto que el proyecto votado favorablemente por el Parlamento Europeo que pretende modificar dos de las Directivas que regulan el uso del correo electrónico prevé la prohibición del correo electrónico no consentido en el seno de la Comunidad Europea., en contraposición clara con la situación en USA.

Esta medida, que se halla actualmente pendiente de aprobación definitiva en el seno de la CE, obligaría a todos los países comunitarios a incluir la medida en sus

legislaciones, haciendo así que la legislación europea se coloque entre las más restrictivas del mundo en la materia.

Algunos –fundamentalmente asociaciones de internautas y de consumidores- justifican la prohibición total de los correos electrónicos no deseados que se piensa introducir en estas modificaciones normativas (equiparando su tratamiento a los faxes o llamadas automáticas de contenido promocional), considerando esta medida la justa respuesta a la evidencia de que el correo electrónico es un medio extraordinariamente barato de comunicación –y por lo tanto especialmente invasivo de la intimidad- y que es importante controlar para no hacer del correo electrónico un medio de comunicación que vea sus ventajas lastradas por la sobrecarga de mensajes.

Otros, sin embargo, consideran que la medida podría perjudicar muy seriamente a las empresas europeas sobre las norteamericanas (sus competidoras más directas en este sentido) o del resto del mundo, las cuales no están sometidas a la Directiva ni tienen en sus legislaciones propias tales limitaciones.

En todo caso, habrá que esperar a ver si se produce la aprobación definitiva por la Comunidad Europea de las citadas modificaciones y a la incorporación a los derechos internos que se haría de la futura Directiva para poder estudiar con más detenimiento los efectos reales de la misma.

2.3.- LEGISLACIÓN EN ESPAÑA

El fenómeno del correo electrónico de carácter comercial no solicitado no había sido hasta hace muy poco tiempo regulado particular y expresamente en nuestro país.

La publicidad a través de este medio es tratada con los mismos parámetros y garantías que el resto de las modalidades de publicidad, y a ella es aplicable, como norma fundamental, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (llamada de forma abreviada “LOPD”).

La citada norma –que destacó ya desde su aprobación por ser una de las más garantistas de Europa en esta materia- considera la dirección de correo electrónico como dato personal. Y ello con independencia de que la dirección de correo esté compuesta por el nombre y/o apellidos del titular de la cuenta de correo o por series numéricas o nombres de fantasía. Según la Agencia de Protección de Datos, cabrían varios supuestos:

(i) Si la dirección de correo estuviera compuesta por los nombres, apellidos y/o las iniciales del titular de la misma, independientemente del nombre de dominio al que la citada cuenta estuviera vinculada, indudablemente la citada dirección sería un dato de carácter personal.

(ii) Si la dirección de correo estuviera compuesta por un nombre de fantasía o una serie de caracteres aleatorios alfanuméricos, siempre que el nombre de dominio al que la cuenta estuviera vinculada correspondiese a la empresa donde trabaja el titular, la doctrina también coincide en afirmar que se consideraría también como dato de carácter personal.

(iii) Por último, si la dirección de correo está compuesta por un nombre de fantasía o una serie de caracteres alfanuméricos aleatorios y el dominio es un dominio ajeno a la empresa, aunque la doctrina no es pacífica al respecto, la Agencia de Protección de Datos considera que también es un dato de carácter personal, puesto que se puede acudir al servidor para verificar sin demasiada dificultad los verdaderos datos del titular.

Aún así, la tercera de las posibilidades debería –en nuestra opinión– ser verificada con la realidad para llegar a la conclusión a la que llega la Agencia al analizar esta cuestión. Y ello porque, en la gran mayoría de las ocasiones, el registro de un usuario en un servidor de correo gratuito no supone para aquél tener la obligación de entregar datos personales de identificación correctos, puesto que la creación de la cuenta de correo se produce por un procedimiento completamente automático y la mera introducción de caracteres de cualquier clase o con cualquier combinación en las casillas correspondientes ya es suficiente para que la cuenta se considere creada. Este procedimiento de registro procura, en la práctica, cuentas de correo completamente anónimas, las cuales no creemos que debieran ser consideradas como datos de carácter personal en ningún caso.

En todo caso, como dato personal que son, las direcciones de correo se someten a las medidas de protección reguladas en la LOPD, como son la declaración de ficheros que contengan las direcciones de correo a la Agencia de Protección de Datos, el cumplimiento de los requisitos en la recogida de los citados datos previstos en el artículo 5 de la Ley, la prohibición de tratamiento o cesión in consentidos de datos o la limitación de las fuentes de recogida de datos para fines promocionales. Respecto de esta limitación de fuentes de recogida de datos, la Ley permite obtener los mismos de las denominadas “*fuentes de acceso público*” o voluntariamente del propio interesado. No obstante, al no haber en la actualidad muchas fuentes públicas que contengan direcciones de correo de las personas de forma masiva –con la excepción, quizás, de listados de colegios profesionales– el consentimiento se configura como la única forma legal en la práctica de obtener direcciones de correo electrónico.

La Ley Orgánica 15/1999, no obstante, no incluye el requisito del consentimiento “*expreso*” para el envío de publicidad por medios tradicionales, sino que se conforma con que los datos hayan sido obtenidos legítimamente. Y es precisamente en este punto en el que la nueva normativa sobre comercio electrónico que acaba de nacer va a revolucionar el sector del correo electrónico comercial no solicitado.

En efecto, la nueva norma que está destinada a regular por primera vez el correo electrónico comercial no solicitado es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

La citada Ley se ha convertido en la primera norma que regulará un sector como Internet en España desde sus diferentes perspectivas, y ha sido objeto de furibundos ataques y de incondicionales adhesiones ya durante su largo trámite de gestación que comenzó con su publicación en Internet.

La Ley regula el correo electrónico comercial no solicitado en su Título III, artículos 19 a 22:

Podría merecer la atención del exegeta de la norma, en primer lugar, el hecho de que se regulen por la Ley las comunicaciones comerciales por vía electrónica en los dos primeros artículos de los citados para decir a continuación –en el artículo 21- que las mismas quedan prohibidas salvo consentimiento expreso del destinatario. Este asunto, aunque meramente anecdótico, muestra la defectuosa técnica legislativa de este título en la LSSI, pues si según los términos de la Ley la prohibición de las comunicaciones comerciales a través del correo electrónico no solicitadas se convierten en regla general, como parece que es el caso, parece que debería enunciarse en primer lugar ésta para pasar después a enumerar y desgranar las excepciones a la misma.

En segundo lugar, debemos resaltar que –según el tenor literal de la norma- ésta se aplica, además de a los correos electrónicos comerciales no solicitados, a los mensajes dirigidos a ser recibidos mediante telefonía móvil. En efecto, la expresión “*u otro medio de comunicación electrónica equivalente*” parece abrir la puerta a este medio de envío de mensajes. Y ello porque, según la definición de “*servicios de la sociedad de la información*” que incluye el Anexo de la Ley, sí quedan excluidos de la misma los servicios de telefonía vocal, fax o telex pero no se dice nada –por lo que quedarían incluidos- los de transmisión de datos. Por consiguiente, como la Ley se aplica a todos los servicios de la sociedad de la información y los mensajes SMS podrían considerarse como análogos a los correos electrónicos, también éstos estarían dentro del ámbito de prohibición de la norma.

El artículo 19 –ya entrando en materia- declara compatible la regulación prevista en esta Ley con la recogida en las leyes que regulan la publicidad y las actividades comerciales, además de declarar –como no podía ser menos- plenamente aplicable la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que ya hemos estudiado anteriormente. Sin embargo, la referencia a la Ley Orgánica citada no hace mención alguna a las diferencias de fondo que hay entre ambas normas en lo que se refiere a la forma que debe tener el consentimiento para que se considere suficiente para enviar publicidad.

En efecto, mientras que la Ley Orgánica 15/1999 no exige el consentimiento del titular de los datos de carácter personal para poder proceder a enviarle a éste correspondencia, sino que sólo exige que los datos se hayan obtenido de una fuente legítima de carácter público, de su propietario o de alguien a quien éste haya autorizado a ceder sus datos, la LSSI exige que el destinatario de los mensajes –cualquiera que fuera la fuente de la que procedieran sus datos- haya llegado un paso más lejos, autorizando *expresamente* –y este adverbio es del todo relevante- el envío de la publicidad.

Esta exigencia de consentimiento expreso aumenta de modo muy importante las restricciones para el remitente de la comunicación comercial y las garantías para el destinatario, además de introducir un plus de exigencia respecto de la LOPD, lo cual debería evitar en lo sucesivo que se pueda incluir –como está ocurriendo hoy en día en la práctica- la cláusula de consentimiento dentro de las condiciones generales de un contrato electrónico y entre otras muchas de naturaleza bien diversa. La redacción de la LSSI ofrece argumentos suficientes para defender que el consentimiento para ser destinatario de publicidad a través de correo electrónico deberá ser solicitado desde ahora de modo claramente independiente y separado de otras cláusulas del contrato, así como aceptado también singularmente. Ello en la práctica significará –seguramente- la

utilización de casillas para esta declaración que deberán ser marcadas por el futuro destinatario de los mensajes y debería impedir definitivamente el envío de correos electrónicos que ofrecen al destinatario la posibilidad de no recibir más como ocurre en la actualidad, al más genuino estilo *opt-out*.

La nueva Ley incluye en su artículo 20 los requisitos que deberán cumplir los correos electrónicos solicitados o autorizados expresamente por el destinatario. En aras de garantizar la transparencia de los mensajes, se exige que el mensaje incluya al principio la palabra “*publicidad*”. Resulta paradójico que se hable de “*al comienzo*” como un lugar general, puesto que si la intención es que una persona no haya de leer el mensaje si no lo desea o hacer la labor de los filtros automáticos comerciales más sencilla, se debería haber exigido que la palabra en cuestión constara en el campo del mensaje dedicado al título del mismo, puesto que la indeterminación del término “*al comienzo*” puede dar lugar a conflictos de interpretación, llevándonos a plantearnos si – por ejemplo- la inclusión de una “frase- gancho” en el título del mensaje, incluyendo la palabra “*publicidad*” en caracteres especialmente pequeños camuflada al comienzo del cuerpo del mensaje incumpliría o no la norma. En nuestra opinión, deberíamos interpretar restrictivamente la norma –estando en juego los intereses de los consumidores, siempre especialmente protegidos en estas cuestiones- y considerar que la palabra “*publicidad*” debe ser la primera palabra del mensaje y debe aparecer sin abreviaturas y con caracteres de forma y tamaño al menos análogos a los del cuerpo del mensaje publicitario.

La segunda de las exigencias que incluye este artículo es que se debe “*indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan [los envíos]*”. Tras esta frase parece pretenderse por el legislador que quede claro el origen del mensaje. No obstante, esta expresión no es del todo afortunada, y ello porque la persona en nombre de quien se realiza el envío no tiene por qué corresponderse siempre con quien envía de hecho el mensaje, que es quien de verdad importa al destinatario, tanto para exigirle la exclusión de su lista como para exigirle responsabilidades en su caso. Por otra parte, muchas veces la empresa que realiza el envío real de los mensajes son empresas contratadas para ello por las agencias de publicidad, en un proceso del cual no siempre es consciente la empresa que se pretende en último término promocionar su producto. La redacción que se da al artículo obligará a éstas asegurarse de con quién contrata su empresa de publicidad los servicios de distribución de sus anuncios, puesto que un mal uso de este servicio puede redundar en sanciones por incumplimiento de la Ley para la empresa anunciante y un deterioro de su imagen. Quizás habría sido más oportuno que la Ley obligara a incluir en el mensaje tanto los datos del remitente efectivo del mensaje como su dirección válida y funcional de correo electrónico con el objeto de dar una mayor transparencia al envío.

En el artículo 20 se exige también que las comunicaciones comerciales sean claramente identificadas como tales –sin incluir, sin embargo, la Ley ninguna palabra o frase modelo que haga más uniforme la identificación por los receptores y que evite redacciones alambicadas- y que las condiciones de participación se expresen de forma clara e inequívoca.

Tras prohibir en su artículo 21 el envío de comunicaciones publicitarias o con contenido comercial a los que no las hubiesen solicitado o no hubiesen prestado su

consentimiento para recibir las mismas de modo previo, la Ley trata –por último- los derechos de los destinatarios de las comunicaciones comerciales en el artículo 22.

En este artículo la Ley incluye el requisito de que, si el poseedor de una página Web desea utilizar los correos de quienes contratan con él posteriormente para enviarles correos de contenido comercial, en el curso del procedimiento de contratación el futuro receptor de correo tendrá que dar su consentimiento expreso para ello. La Ley también da la posibilidad al destinatario de un correo electrónico que consintió en su día a la recepción de mensajes de naturaleza publicitaria de poder revocar la autorización en cualquier momento –de manera análoga, e incluso reiterativa, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 para el Derecho de modificación o cancelación de los datos personales- con la mera notificación al remitente de su voluntad. La citada posibilidad se cumple por el remitente del mensaje mediante la habilitación de un procedimiento sencillo y gratuito para facilitar la revocación. El citado procedimiento, en la práctica, consistirá en la inclusión de una dirección de correo electrónico de respuesta con instrucciones para el borrado, pero nada impide que se pueda buscar otro procedimiento por el remitente para que el destinatario pueda ejercitar su Derecho.

La expresión "*procedimiento gratuito*" que se contiene en el artículo 22 de la Ley coincide plenamente con la utilizada en la Ley Orgánica 15/1999. En la actualidad, la expresión se viene aplicando por las empresas remitentes de correspondencia exigiendo a los destinatarios que la petición de rectificación o cancelación de datos se les remita mediante carta certificada o fax (por lo tanto con coste para el que la envía), pero no cobrando cantidad alguna al solicitante por la cancelación o modificación de sus datos. Por ello, esperamos que la nueva norma suponga la definitiva gratuidad total de los medios para ejercitar el derecho a excluirse de las listas de correspondencia.

Otro aspecto interesante en la Ley es la sanción por el envío de correo comercial no solicitado sin consentimiento expreso. A este respecto, el artículo 38 de la Ley considera infracción leve el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 para las comunicaciones comerciales promocionales, así como el mero envío de comunicaciones comerciales a quienes no hayan solicitado o autorizado expresamente su remisión. La sanción correspondiente a la infracción leve puede llegar hasta los 30.000 euros.

No se explica por una primera lectura de la Ley por qué no se considera sanción, asimismo, el incumplimiento de las obligaciones que contiene para el remitente de los correos electrónicos el artículo 22 de la Ley. Entre éstas, la obligación de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para facilitar la revocación del consentimiento, o la obligación de solicitar el consentimiento del destinatario para que se le pueda enviar publicidad en el curso de un procedimiento contractual, son de gran calado. La primera de las obligaciones porque su incumplimiento puede tener la importante consecuencia de que se impida al usuario, una vez que prestó su consentimiento a que le enviaran correos electrónicos publicitarios, excluirse de la lista y por ello se le condene a seguir recibiendo correos indefinidamente. El incumplimiento de la segunda obligación porque puede significar verse incluido en la lista de correo de una empresa simplemente por haber contratado con ella.

El envío de más de tres comunicaciones comerciales no solicitadas en un año a un mismo destinatario o el envío masivo de mensajes se considera, sin embargo, infracción grave y puede ser sancionado hasta con 150.000 euros.

No se explica tampoco en la Exposición de Motivos de la LSSI por qué empiece a ser infracción grave el cuarto envío de correo, y no los tres anteriores, aunque el límite cuantitativo coincide –seguramente no de forma casual- con el establecido tradicionalmente por la jurisprudencia penal para que exista reiteración. Pero en lo que desde luego denota la Ley una vez más su imprecisión terminológica es en el concepto de “*envío masivo de mensajes*”. Esta expresión, sin duda, no recoge el supuesto de que se envíen muchos mensajes a un solo destinatario -en cuyo caso estaríamos en la infracción anterior- sino los casos en que se envía un solo mensaje a muchos destinatarios. El problema es que no se explica si el envío masivo consiste en el envío de muchos mensajes individualizados a la vez –y, en ese caso, si el envío sistemático pero claramente individualizado es o no envío masivo-, a partir de cuántos mensajes se puede considerar masivo el envío o si por *envío masivo* debemos entender el envío habitual de mensajes prohibidos, independientemente de que se envíen todos de una vez o no. Deberá ser –así pues- la jurisprudencia la que determine la extensión del término a debate y su correcta delimitación, en justo equilibrio entre el derecho de comunicación y el de defensa de la intimidad, bien moderado por el principio de proporcionalidad.

Queda por analizar en este trabajo el tema de la tradicional prohibición de la doble sanción en nuestro Derecho aplicada a esta materia, cuestión relevante cuando se declara en la LSSI expresamente que la LOPD es aplicable plenamente en este tema. Por ello, nos podríamos plantear si una infracción de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información en materia de comunicaciones comerciales podría teóricamente coincidir con que el mismo hecho esté también sancionado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para resolver esta cuestión es necesario acudir a las infracciones contenidas en la LSSI para observar si alguna de ellas tiene su correspondiente sanción en la Ley Orgánica 15/1999 y, en este caso, cómo se resolvería la doble regulación.

No ofrece duda el hecho de que algunas obligaciones de la LSSI –como la identificación de los mensajes comerciales, la indicación de la persona física o jurídica en nombre de quien se envían éstos o la transparencia en las ofertas promocionales- no tienen equivalente en la LOPD y, por lo tanto, las sanciones que se impongan por estas causas difícilmente pueden incurrir en la figura del *non bis in idem*.

Otras obligaciones –la solicitud del consentimiento del cliente en el curso de un procedimiento de contratación para poder enviarle posteriormente comunicaciones comerciales- no se hallan expresamente sancionadas ni en una norma ni en la otra, aunque en este caso, ante una reclamación del destinatario del correo electrónico, sería el remitente de los mensajes quien debería probar que el contratante prestó su consentimiento expreso para recibir correo y ello redireccionaría la responsabilidad de aquél a la prevista en el artículo 21 de la LSSI.

Un tercer grupo de obligaciones son las que otorga el artículo 22 *in fine*, relativas a la obligación del remitente de los mensajes de ofrecer al destinatario un modo sencillo y gratuito para poder revocar su consentimiento. En este caso, a falta de sanción expresa de la LSSI, y ante el incumplimiento de esta obligación por el remitente, deberíamos buscar apoyo legal en la LOPD, que sí considera como infracción

impedir el derecho de acceso, rectificación o cancelación de los datos personales, y aplicar sus sanciones.

Por último, cabe analizar la hipótesis de que alguien recibiera un correo electrónico sin haber prestado anteriormente su consentimiento expreso –infringiendo con ello el artículo 21 de la LSSI- y además su dirección de correo hubiera sido obtenida de modo que infrinja la LOPD. En este caso consideramos que nos hallamos ante dos infracciones diferentes –aunque ciertamente conexas- y cabría la sanción conforme a la LSSI por lo que respecta al envío de correos comerciales no solicitados o autorizados expresamente y conforme a la LOPD por lo que respecta a la infracción cometida al obtener los datos de una fuente ilegítima.

En el resto de los supuestos en los que se pudiera pensar en hipotéticas colusiones reales de infracciones, pensamos que deberían dirimirse las mismas teniendo muy presentes los Principios Generales del Derecho, como el principio de especialidad, optando por la aplicación de la LSSI cuando la infracción se refiera expresamente a un correo electrónico.

3.- CONCLUSIONES

Internet se puede considerar un invento equivalente por importancia al teléfono en su día y ofrece posibilidades ilimitadas a sus usuarios, de las cuales sólo hemos descubierto y explotado en la actualidad algunas. En concreto, una de las herramientas que Internet proporciona y que gozan de más aceptación, por su sencillez, rapidez y precio simbólico, es el correo electrónico, que se considera por muchos como el medio de comunicación del siglo XXI.

El correo electrónico, no obstante, también supone un nuevo terreno para multitud de empresas y colectivos interesados en explotar todo su potencial, por lo que el Derecho debe regular esta herramienta desde todos los ángulos posibles, incluyendo –sin duda- la publicidad enviada a través del correo electrónico, la cual es tan invasiva de la intimidad como la tradicional pero mucho más barata para el remitente, constituyendo por ello una jugosa tentación para las empresas de publicidad y un riesgo cierto para los consumidores.

Entre los sistemas elegidos para limitar el envío de esta clase de mensajes, destacan dos de ellos: el denominado “*opt-in*” (que exige el consentimiento del destinatario de los mensaje para que se le puedan enviar mensajes de correo) y el denominado “*opt-out*” (el cual permite al destinatario exigir que no se le envíen más correos publicitarios). Mientras en Estados Unidos es esta segunda opción la que ha venido triunfando, en Europa, tras algunas vacilaciones, ha sido la del “*opt-in*” la que parece que va a adoptarse finalmente.

En Estados Unidos los diferentes proyectos federales de leyes que hasta ahora se han tramitado exigen a los correos electrónicos promocionales requisitos como que figure una palabra o una serie de palabras (dependiendo de la naturaleza o destinatarios de los mensajes) en el apartado destinado al asunto de los mensajes, así como que el mensaje no contenga falsedades y que se incluya una dirección válida y funcional de respuesta para poder ejercitar ante esta el derecho a ser excluido de la lista de correo.

En Europa la legislación, hasta ahora, exigía que el mensaje enviado hiciera constar su naturaleza de publicitario, así como que se permitiera al destinatario solicitar su exclusión de la lista de correo. En todo caso, las Directivas que regulan la materia -a diferencia del Derecho de los Estados Unidos-, no entran a precisar modos concretos de comunicar que el mensaje enviado tiene carácter publicitario, ni indica palabras uniformes para todos los Estados miembros, dejando al albur de cada uno de éstos el mejor modo de conseguir la transparencia que la Directiva preconiza.

En España a la nueva legislación sobre Internet, constituida por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, se le achacó por muchos sectores al principio de su larga tramitación que iba más lejos de lo dispuesto explícitamente por la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico, al prohibir el envío de correos comerciales no solicitados sin la previa autorización expresa del destinatario. No obstante, esta crítica ha quedado obsoleta tras las últimas noticias que han surgido respecto de la nueva política de “*opt-in*” que parece va a adoptar la Comunidad Europea a iniciativa del Parlamento Europeo.

En todo caso, la Ley española, aunque difusa en algunas de sus definiciones y requisitos, regula el correo electrónico comercial no deseado –pensamos- de una manera correcta, aunque quizás debería haber incluido algunas medidas más concretas de transparencia, como por ejemplo la exigencia de una dirección de correo electrónico de respuesta válida o la obligación a los servidores de identificar a petición del usuario el origen del mensaje que ha recibido. Parece una omisión de la norma la no regulación del envío de publicidad por este medio por parte de los profesionales regulados, pero también supone un gran acierto de la Ley equiparar las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma a las que prevé la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En definitiva, la regulación del correo electrónico, que parece ha corrido hasta ahora en paralelo en ambos lados del Atlántico con algunos matices, parece que se encamina a su divergencia definitiva y sustancial en el futuro. La filosofía del *opt-in*, si bien es ciertamente más garantista para los usuarios de Internet que el *opt-out*, supone la más radical de las soluciones posibles para intentar limitar los abusos derivados del envío de correos electrónicos no solicitados. La adopción de una solución tan extrema podría tener en un futuro consecuencias imprevisibles para los agentes económicos europeos, que deberán abstenerse de utilizar este medio de comunicación para publicitarse entre los ciudadanos europeos mientras –seguramente- verán a su competencia de otros países enviarles a ellos y a sus clientes correos no solicitados sin poder hacer gran cosa.

LOS CORREOS ELECTRÓNICOS COMERCIALES NO SOLICITADOS EN EL DERECHO EUROPEO Y AMERICANO

Los correos electrónicos de carácter comercial no solicitados (también denominados “*spam*”) son uno de los aspectos de Internet que más polémica conllevan, siendo objeto de opiniones y valoraciones bien diversas dependiendo de quién sea el interlocutor. Mientras que los partidarios de este tipo de mensajes defienden que la prohibición de los mismos perjudica al comercio y en especial al comercio del país que lo prohíba frente a sus competidores que se rigen por otras legislaciones menos restrictivas, los partidarios de su prohibición se remiten a datos de coste en tiempo y dinero de los spams, así como a la libertad del receptor de mensajes para elegir qué correos desea en su buzón virtual.

Hay dos filosofías esenciales a la hora de comprender el fenómeno: “*Opt-in*” (la cual defiende que sólo se pueda enviar correo electrónico comercial no solicitado a un particular previa expresa petición de éste) y “*Opt-out*” (que defiende el libre envío de este tipo de correo siempre que se permita al destinatario del mismo solicitar la exclusión de la lista de envíos). Ambas posturas se ven atemperadas por otras más moderadas que intentan buscar una tercera vía.

Los Estados Unidos de Norteamérica son el país pionero en Internet, gozando este medio allí de una envidiable salud, tanto por número de usuarios conectados como por cantidad de transacciones realizadas. Por ello es un buen espejo en el que mirarse para ver cómo ha intentado solucionar los problemas derivados del *spam* este país, innovador en gran parte de la legislación de Internet y donde ya han llegado incluso a los tribunales asuntos relativos a esta materia.

Por ello, se realiza en la presente Ponencia un estudio detallado de la legislación estatal relativa al *spam*, así como de los proyectos de ley federal más relevantes, destacando básicamente la ausencia de legislación vigente federal pero la abundancia de legislación estatal, así como la preponderancia del concepto del “*Opt-out*” en todas las normas. Asimismo, se analizan algunas sentencias de tribunales estadounidenses paradigmáticas en la materia, las cuales nos ayudarán a interpretar el fundamento de esta postura.

Respecto de la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos, sirvió para consagrar entre los países miembros un respeto especial por la intimidad en la recepción de comunicaciones comerciales en toda clase de soporte, por lo que, aunque en un principio parece que la postura de la Unión fue favorable al “*Opt-out*”, actualmente las últimas iniciativas se dirigen a consolidar el principio contrario.

En la presente ponencia se analizan los antecedentes legislativos y la actual legislación al respecto en el seno de la Unión Europea.

Por último, en España la nueva Ley 34/2002, de 11 de julio, (LSSI) introduce una regulación del *spam* realmente restrictiva, que tendrá consecuencias sobre el mercado de la publicidad en el futuro y que se analiza en la presente Ponencia para ayudar a aplicarla correctamente.

THE UNSOLICITED COMMERCIAL ELECTRONIC MAIL MESSAGES IN THE EUROPEAN AND AMERICAN LAW

The unsolicited commercial electronic mail messages (also known as "spam") are one of the most discussed matters related to Internet, being object of very diverse opinions and valuations depending on who the speaker is. While those in favour of this type of messages defend that their ban harms Internet trade agents, and especially to the domestic shops in favour of their competitors that are governed by other less restrictive legislations, those in favour of the spam ban talk about the cost in time and money of the spam, as well as about the right of the message receiver to choose which kind of mails he wants in his virtual mailbox.

There are two essential positions to focus this matter from: "*Opt-in*" (which defends that one can only send spam to a receiver if there is an actual request from him) and "*Opt-out*" (which defends the free shipment of this mail whenever its addressee is given the ability to request his exclusion of the mailing list). Both postures are moderated by other eclectic ones that try to look for other options.

The United States of North America is the pioneer country in Internet, which enjoys there an enviable health, both because of the number of connected users and because of the quantity of economic transactions. Thus, it is a good mirror in which to look at oneself and see how this country has tried to balance the different and conflicting interests of spam.

The present report includes an overview of the State and Federal acts related to the spam, highlighting the absence of federal effective legislation but the abundance of state legislation, as well as the preponderance of the "Opt-out" concept in the whole legislation. We also analyse some key judgements of some American courts about spam, which will help us to understand this "Opt-out" philosophy.

As for the European Union, the Directive 95/46/CE, of Data Protection, did consecrate among the member countries a special respect for the intimacy in the reception of all types of commercial communications. Although at the beginning it seemed that the position of the EU was in favour of the "Opt-out", at the moment the last initiatives tend to consolidate the contrary principle.

The present report analyses the legislative records and the current legislation in the European Union.

In Spain the 34/2002 Act, of 11th July (LSSI) has introduced a very restrictive regulation of the spam that will have consequences on the publicity market in the future. We also include a brief review of this part of the Act and its consequences, pros and cons, from a practical point of view.

JUAN CARLOS PLAZA
BROSETA ABOGADOS