

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENSAJES  
ELECTRÓNICOS NO DESEADOS EN REDES DE TELEFONÍA  
MÓVIL.**

**Santiago Marcelo Rojas Pi de la Serra.**

**Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título  
de Abogado de los Tribunales de la República.**

Quito, marzo de 2009

© Derechos de Autor  
**Santiago Rojas Pi de la Serra.**  
2009

*A María Eugenia*, por soportar tormentas,  
a *Marcelo*, por hacerlas.

## **Resumen**

De los 73 trillones de correos electrónicos que se enviaron el año pasado, cerca del 90% fueron mensajes electrónicos no solicitados de todo tipo. Este fenómeno conocido como SPAM, ocurre también en las redes de telefonía móvil. En la jurisdicción ecuatoriana, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (LCE) regula el envío de este tipo de mensajes de datos no deseados.

La LCE, es el marco legal general de las transacciones electrónicas por Internet.

En Ecuador, se celebran más actos comerciales vía teléfono móvil que por Internet.

Esta tesis examina la aplicabilidad de las normas de la LCE a otras redes telemáticas como la de telefonía móvil avanzada celular en lo que se refiere a la regulación del SPAM de SMS y MMS. Así como la posibilidad de regulación del comercio electrónico “celular” por dicha Ley.

## Abstract

Of the 73 trillion e mails that were send last year, nearly 90% where unsolicited electronic messages of all kinds. This phenomenon called SPAM, also occurs in mobile telephone networks. In the Ecuadorian jurisdiction, the *Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (LCE)*, regulates the distribution of these form of unsolicited data messages.

The LCE is the general legal system of Internet electronic transactions.

In Ecuador, the vast majority of the electronic commerce acts is celebrated through the cellular telephone network.

This paper explores the applicability of the norms of the LCE to other telematic networks, such as, the advanced mobile cellular telephone network regarding the regulation of SMS and MMS SPAM. The paper, as well, explores the possibility that the LCE regulates “cellular” electronic commerce.

## GLOSARIO

**1G, 2G, 3G, 4G.** Distintos estándares de tecnología móvil celular.

**Facebook.** La segunda red social gratuita del mundo.

**Filtros.** Permiten ordenar el correo entrante basándose en una serie de reglas definidas previamente.

**Hacker.** Es una persona que pertenece a una de estas comunidades o subculturas distintas pero no completamente independientes.

**Hubs de datos.** En informática un hub o concentrador es un equipo de redes que permite conectar entre sí otros equipos y retransmite los paquetes que recibe desde cualquiera de ellos a todos los demás. Los hubs han dejado de ser utilizados, debido al gran nivel de colisiones y tráfico de red que propician.

**Informática.** La informática término acuñado en Francia en 1962, viene de información automática, es la ciencia del tratamiento automático de la información.

**ISP.** Proveedor de servicio de Internet.

**Megahercio,** acorde al Sistema Internacional de Unidades, es una medida de frecuencia por unidad de tiempo.

**Microblogging.** Es un servicio que permite a sus usuarios enviar y publicar mensajes breves (alrededor de 140 caracteres), generalmente de sólo texto. Las opciones para el envío de los mensajes varían desde sitios web, a través de SMS, mensajería instantánea o aplicaciones ad hoc.

**MMS.** Sistema de mensajería multimedia es un estándar de mensajería que le permite a los teléfonos móviles enviar y recibir contenidos multimedia, incorporando sonido, video, fotos o cualquier otro contenido disponible. La mensajería multimedia nos permite el envío de estos contenidos además a cuentas de correo electrónico, ampliando las posibilidades de la comunicación móvil, pudiendo publicar nuestras fotografías digitales o actuar en weblogs sin mediación de un ordenador.

**Modem.** Un módem es un dispositivo que sirve para modular y demodular (en amplitud, frecuencia, fase u otro sistema) una señal llamada *portadora* mediante otra señal de entrada llamada *moduladora*.

**Movilidad.** Es la capacidad de tener servicio continuo, pudiendo conectarse a cualquier hora y en cualquier lugar independientemente de si el usuario se encuentra estacionario o en movimiento

**Multimedia.** Expresión para referirse a cualquier objeto o sistema que utiliza múltiples medios de expresión (físicos o digitales) para presentar o comunicar información.

**Publicidad Abusiva.** Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

**Publicidad Engañosa.** Toda modalidad de información o comunicaciones de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

**Roaming global.** Roaming es un término que se utiliza para gozar de un servicio o en un lugar diferente del contratado para la prestación de ese servicio.

**S.A.B. de C.V.** Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable

**Servicio de telefonía móvil avanzado.** Es un servicio final de telecomunicaciones del servicio móvil terrestre, que permite toda transmisión, emisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, voz, datos o información de cualquier naturaleza”.

**SMS.** Servicio de mensajes cortos de texto. Un servicio estandarizado como sistema de comunicación bajo las especificaciones GSM que permite el intercambio de texto entre dispositivos de telefonía móvil. Es la forma más utilizada de comunicación electrónica del planeta ya que cerca del 80% de todos los suscriptores de telefonía móvil lo utiliza.

**Telemática.** (Del ingl. telematics, acrón. de tele- e informatics, informática). La Telemática es la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada. Es la Unión de las Telecomunicaciones y la Informática que hace referencia al dialogo a distancia entre terminales electrónicas.

**Wi Fi.** Estándar para redes informáticas inalámbricas que permite interconectar todos los dispositivos que tengan la tecnología, cámaras de fotos con computadoras, teléfonos con impresoras, neveras con cámaras de fotos...

## ÍNDICE

Introducción. 11

Plan de exposición. 15

### CAPÍTULO 1 ANTECEDENTES

|                                                       |    |
|-------------------------------------------------------|----|
| 1) Redes de transmisión de datos. ....                | 17 |
| 2) El teléfono móvil. ....                            | 19 |
| 2.1) Definiendo al celular. ....                      | 22 |
| 3) Penetración de mercado de la telefonía móvil. .... | 26 |
| 4) Las telecomunicaciones móviles en Ecuador. ....    | 28 |
| 4.1) Organismos de control de las TICS. ....          | 30 |
| 5) El Internet. ....                                  | 31 |
| 5.1) El Internet en Ecuador. ....                     | 32 |

### CAPÍTULO 2 REGULACIÓN DE LAS REDES ELECTRÓNICAS Y EL FENÓMENO DE LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS NO DESEADOS

|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1) El mensaje de datos. ....                                                                                                         | 34 |
| 1.1) El Principio de Equivalencia Funcional. ....                                                                                    | 35 |
| 1.2) El Principio de Neutralidad Tecnológica. ....                                                                                   | 38 |
| 2) El fenómeno de los mensajes no solicitados. ....                                                                                  | 39 |
| 2.1) El <i>e mailing</i> en Ecuador. ....                                                                                            | 41 |
| 3) Propensión de las redes de Tecnologías de Acceso a la Información a sufrir el envío<br>de mensajes electrónicos no deseados. .... | 45 |
| 4) El impacto de los mensajes electrónicos no solicitados. ....                                                                      | 46 |
| 4.1) Impacto económico. ....                                                                                                         | 47 |

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.2) Impacto medioambiental. ....                                                                           | 50 |
| 5) Los mensajes no solicitados. ....                                                                        | 51 |
| 5.1) Normativa restrictiva. ....                                                                            | 52 |
| 5.2) Normativa ampliada. ....                                                                               | 53 |
| 6) La portabilidad numérica. Implicaciones de considerar al número de teléfono móvil un dato personal. .... | 56 |
| 7) Buscando una definición adecuada del correo no deseado. ....                                             | 58 |
| 7.1) OPT-OUT. ....                                                                                          | 65 |
| 7.2) OPT-IN. ....                                                                                           | 69 |
| 7.3) Definición de SPAM. ....                                                                               | 69 |
| 7.4) Los mensajes de datos no solicitados en la legislación ecuatoriana. ....                               | 70 |

### **CAPÍTULO 3**

#### **INSUFICIENCIA DE LA LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES RESPECTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO MÓVIL**

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1) La regulación actual de la Ley Especial de Telecomunicaciones. .... | 77 |
|--------------------------------------------------------------------------|----|

### **CAPÍTULO 4**

#### **APLICACIÓN DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO PARA REGULAR LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS NO DESEADOS EN REDES DE TELEFONÍA MÓVIL AVANZADA**

|                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1) El comercio electrónico. ....                                                                   | 80 |
| 2) Aplicación de la LCE a la telefonía móvil. ....                                                 | 84 |
| 3) Tipificación del envío de mensajes electrónicos no deseados en la legislación ecuatoriana. .... | 89 |
| 3.1) Protección a la intimidad. ....                                                               | 89 |
| 3.2) Falsificación electrónica. ....                                                               | 93 |
| 3.3) Daños informáticos. ....                                                                      | 92 |
| 3.4) Obtención y utilización no autorizada de información. ....                                    | 92 |
| 3.5) Apropiación ilícita. ....                                                                     | 93 |

|                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.6) Otras conductas que merecen sanción. ....                                                                                                             | 93  |
| 4) El filtrado de los mensajes de datos. ....                                                                                                              | 94  |
| 4.1) El Derecho al Secreto. ....                                                                                                                           | 96  |
| 4.2) Competencia exclusiva del Estado Central para regular el espectro<br>radioeléctrico y el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones. ....         | 99  |
| 4.2) Las listas negras y los falsos positivos. ....                                                                                                        | 99  |
| 4.3) Política Anti SPAM para uso de los socios de AEPROVI. ....                                                                                            | 102 |
| 4.4) Sanción al filtrado. ....                                                                                                                             | 103 |
| 4.5) Derecho comparado del filtrado de mensajes de datos. ....                                                                                             | 104 |
| 5) Problemas particulares de la aproximación OPT-OUT en la regulación del<br>SPAM de SMS y MMS. ....                                                       | 107 |
| 6) Reglas con respecto de los mensajes electrónicos no deseados en los Contratos<br>de Concesión entre el Estado y las Operadoras de Telefonía Móvil. .... | 108 |

## CAPÍTULO 5

### CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

|                                                                  |         |
|------------------------------------------------------------------|---------|
| 1) Sobre convergencia. ....                                      | 112     |
| 2) Regulación del SPAM. ....                                     | 116     |
| 3) Consideraciones específicas para los mensajes SMS y MMS. .... | 120     |
| 4) La regulación del SPAM debe ser internacional. ....           | 121     |
| 5) OPT-IN. ....                                                  | 122     |
| 6) Contratos de adhesión con los prestadores de servicio. ....   | 124     |
| 7) Sobre manejo de datos personales. ....                        | 125     |
| 8) Sobre el filtrado. ....                                       | 125     |
| <br>Bibliografía. ....                                           | <br>127 |
| Anexos. ....                                                     | 133     |

## INTRODUCCIÓN

El SPAM causa daño económico y social. Para evitar problemas, es preferible contener este fenómeno. Este trabajo busca dar luces sobre la envergadura del problema y sus implicaciones legales. Escribo para reflexionar sobre la aproximación reguladora de los mensajes electrónicos.

La sociedad de la información se caracteriza por una abundante tecnología de comunicaciones y una marcada tendencia a la convergencia. Se ha previsto que en los próximos años, el Internet de las cosas<sup>1</sup> se convertirá en la forma dominante de redes. De acuerdo a un reporte elaborado por un equipo de expertos bajo órdenes de la Comisión Europea, El Consejo de Europa, El parlamento Europeo y el Comité Económico y Social Europeo, en pocos años, por medio del Internet de las cosas, más de 100 billones de objetos estarán interconectados.<sup>2</sup> Esta es la convergencia,<sup>3</sup> entendida como la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios similares por una parte, y por otra, la aproximación de dispositivos de consumo, como el teléfono, la televisión y el ordenador personal que ahora cumplen con funciones que antes les eran exclusivas a cada aparato.

---

1 El Internet de las cosas es la red informática que se está construyendo en función de la inter - conectividad que poseen los aparatos electrónicos que no son computadoras. Televisores, teléfonos, neveras... con acceso a Internet o capacidad de conectarse unas con otras.

2 COMISIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ EUROPEO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS REGIONES. *Internet Of Things An Action Plan For Europe*. 1997 p. 9

3 COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA CONVERGENCIA DE LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y SOBRE SUS CONSECUENCIAS PARA LA REGLAMENTACIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *Libro Verde v3*. 1997 En este documento, Europa analiza la necesidad de regular la convergencia, ya que, razonan los autores, que en buena parte, de ella dependerá el crecimiento económico del continente. “Las tendencias de convergencia, pueden tener consecuencias de enorme alcance. La convergencia no es un concepto aplicable solamente a la tecnología, sino que significa también nuevos servicios y nuevas formas de actividad empresarial y de relación con la sociedad”. p. 2

Dos de las tecnologías de acceso a la información y la comunicación (TICS)<sup>4</sup> con mayor impacto en nuestra manera de informarnos, de comunicarnos, de consumir y de contratar, son la telefonía móvil y el Internet. Estas tecnologías en poco tiempo se han convertido en accesorios de uso cotidiano, en imprescindibles instrumentos.

Con este trabajo pretendo analizar ciertos aspectos de la regulación del espacio en donde las tecnologías de la información se mezclan con la privacidad de las personas, con el abuso del derecho, los daños y, además la eficiencia de las normas. Este espacio es un lugar muy grande por su importancia económica, por su impacto ambiental, por su capacidad de aportar o retrasar al desarrollo, por la gran cantidad de involucrados, y por la enorme cantidad de información que transita sobre la red.

Un ejemplo perverso de la cantidad de información que circula por las redes, lo encontramos en la cantidad de correos electrónicos no deseados que se envían a diario. El año pasado se enviaron más de 62 trillones de correos electrónicos no deseados<sup>5</sup> que consumieron 33 *terawats*<sup>6</sup> hora de energía, generando 20 millones de toneladas de gases de efecto invernadero,<sup>7</sup> costándole al mundo, según un reporte de una agencia especializada de las Naciones Unidas, un estimado de 100 billones de dólares.<sup>8</sup> Lo mismo que equivale a una cifra entre el 0.2 y el 0.4 del producto bruto interno de las naciones de la tierra.<sup>9</sup>

Este costoso, invasivo y contaminador fenómeno como se verá, es especialmente peligroso en países en vías de desarrollo y nos afecta de tal manera que, en mi opinión, debe ser legalmente combatido. Es necesario, darle mayor tratamiento al tema, y hace falta que sea regulado de una manera efectiva.

En Ecuador es el Reglamento General a La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, publicado en el Registro Oficial 735, de 31 de diciembre

4 La Ley De Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, define a las redes electrónicas de información como: "... conjunto de equipos y sistemas de información interconectados electrónicamente".

5 62.000.000<sup>12</sup> (Sesenta y dos millones de millones.) MCAFEE INC. *The Carbon Footprint of Email Spam Report*. ICF International. 2008 p. 2

6 Un teravatio es 10<sup>12</sup> vatios.

7 *Supra*. p. 3

8 UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Financial aspects spam-malware*. 2008. J. M. BAUER, M. V E, T. CHATTOPADHYAY. p. 19 (en este reporte se toma en cuenta el costo de otras actividades ciber delictivas.)

9 *Supra* p. 24

2002<sup>10</sup>, el que regula en un solo artículo a los mensajes electrónicos no solicitados. Pretendo determinar si esta regulación se aplica a los mensajes electrónicos que les llegan a los teléfonos celulares de los usuarios del servicio de telefonía móvil avanzada.

Nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Ley No. 2002 67), publicada en el Registro Oficial No. 557 de miércoles 17 de abril de 2002, (LCE), fue creada pensando en redes informáticas, en la firma electrónica, no necesariamente en telefonía móvil. Es una Ley muy importante ya que regula una enorme cantidad de relaciones comerciales. Nuestra LCE, que es bastante buena, fue desarrollada a partir de una Ley Modelo elaborada por las Naciones Unidas, que no podía haber tenido en cuenta que por el teléfono móvil se podía contratar como se hace en Internet. Así como no tuvo presente en la mitad de la década de 1990 que el fenómeno de los mensajes electrónicos no deseados iba a crecer a niveles descomunales y a afectar a la telefonía móvil.

A lo largo de este trabajo, abogaré a favor de que en Ecuador, deben aplicarse las regulaciones de nuestra Ley de Comercio Electrónico, a la telefonía móvil en lo relacionado al SPAM, e incluso, a todo lo relacionado a la contratación electrónica por la red del servicio de telefonía móvil avanzado.

En el primer capítulo expongo la naturaleza de la red de telefonía móvil, con el fin de demostrar que como Internet, esta también es una red de transmisión de datos. Que los teléfonos móviles son terminales electrónicos semejantes a una computadora y que tienen una dirección electrónica con la que se accede a ellos (número de teléfono) y a diferencia de los computadores personales, todo teléfono está conectado a esta red.

Que en Ecuador y el mundo la penetración de la telefonía móvil es muy superior a la de Internet.

Que en Ecuador un mismo organismo se encarga de regular las redes de transmisión de datos. (Interesante es, que tengamos regulaciones para el comercio electrónico por Internet, pero no por celular.)

---

10 Reformado por Decreto Ejecutivo No. 1356, publicado en el Registro Oficial No. 440 de lunes 6 de octubre del 2008

Es muy importante revisar el Glosario de Términos de la Disposición General Novena de la LCE. De su lectura fácilmente se colige que la LCE es más apropiada para la regulación de la telefonía móvil que la Ley Especial de Telecomunicaciones.<sup>11</sup>

El segundo capítulo tratará del proyecto de Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI, y nuestra Ley de Comercio Electrónico.

También abordará el tema del concepto de mensaje de datos y, los principios de Equivalencia Funcional y Neutralidad Tecnológica.

Adicionalmente se revisará la definición del SPAM, el impacto del SPAM las aproximaciones reguladoras OPT-IN y OPT-OUT.

El tercer capítulo obedece al objetivo de explorar la regulación de la Ley Especial de Telecomunicaciones respecto del SPAM. Si es que la hubiera.

El cuarto capítulo servirá para exponer las razones por las que la regulación de los mensajes de datos de la LCE debe aplicarse en las redes de telefonía móvil.

En él analizo la depuración automática de los mensajes electrónicos, las listas negras, los falsos positivos... y las implicaciones legales de esta actividad respecto del derecho al secreto y la excepción que se requiere en la ley.

Analizo las reglas sobre el envío de mensajes existentes en los contratos de concesión entre las operadoras del servicio de telefonía móvil avanzada y el Estado y su costo para los consumidores.

El capítulo 5 estará dedicado a las conclusiones.

---

11 Los términos: Dispositivo electrónico, Dispositivo de emisión, Servicio Electrónico, Comercio Electrónico, Red Electrónica de Información, Sistema de información, Mensaje de datos, Intimidad, Datos personales, Desmaterialización electrónica de documentos, Emisor y Destinatario son de particular importancia. Todos estos están detallados en la LCE y son perfectamente aplicables en el entorno de las telecomunicaciones celulares.

## **Plan de exposición**

La lectura de las páginas que siguen tratará de la explicación a las siguientes cuestiones:

En Ecuador la telefonía móvil tiene gran importancia económica y gran penetración de mercado. En el peor de los casos, ésta penetración puede ser 9 veces mayor a la de Internet.

Tanto la red de telefonía móvil avanzada como el Internet son redes electrónicas de transmisión de datos por las que se celebran actos de comercio electrónico y se genera SPAM. En Ecuador, probablemente en días de promoción de recargas electrónicas, se efectúa más comercio electrónico vía celular que por Internet, y así mismo, celebrando ese comercio, intervienen muchas más personas que las que contratan por Internet.

La LCE se edifica sobre principios sugeridos por las Naciones Unidas, esta Ley, es la que regula el comercio electrónico. Estos principios generales de ningún modo son contrarios a la actividad de las operadoras de telefonía y los intereses de los usuarios.

Con este trabajo, me propuse demostrar que jurídicamente se le puede aplicar la LCE a todo el comercio electrónico celebrado por mensajes de teléfono celular.

La justificación es que, la LCE, es el único instrumento legal que contempla normas respecto de la generación de mensajes electrónicos no deseados, protección a la privacidad y correcto manejo de bancos de datos. Y que como hay tráfico de SPAM en redes electrónicas de telefonía móvil, se debe aplicar la regulación sobre SPAM de la LCE. Se debe, de hecho, como este trabajo propone, aplicar en todo la LCE a la telefonía móvil avanzada.

El SPAM ha crecido a un nivel impensable hace una década cuando se aprobó la LCE, razón por la que, la otra faceta de este trabajo, es adecuar la regulación de la generación de mensajes no solicitados, que debería ser más estricta. Especialmente tratándose de SPAM generado en redes de telefonía. Considerando que en virtud del Mandato

Constituyente No. 10 de Portabilidad Numérica, es derecho de los usuarios el poseer el número telefónico, encontraremos una serie de implicaciones con importantes repercusiones legales.

Si se aplica la regulación del SPAM de la LCE a los celulares, también se deben aplicar las normas que tipifican las infracciones que pueden ser perpetradas valiéndose de un mensaje de datos enviado a un teléfono móvil.

En otro sección de este trabajo, analizo como el elevado nivel de SPAM que es tolerado por nuestra legislación OPT-OUT ha obligado a los proveedores de Internet a filtrar inconstitucional e ilegalmente nuestras comunicaciones electrónicas, lo que dicho sea de paso, es una solución ineficiente, arbitraria y muy peligrosa.

En un pequeño apartado, de Derecho Comparado, se pasa revista a algunas legislaciones extranjeras que han optado por elaborar reglamentos específicos que con mayor o menor fortuna, regulan la contratación electrónica y la convergencia. Inclusive, en algunos casos la generación de mensajes no deseados en las redes de telefonía.

En Ecuador, aplicar las reglas establecidas por la LCE, evitaría contribuir a la dispersión normativa que aqueja a las TICs en un mundo convergente, al tiempo que aportaría un conjunto de resguardos a la contratación electrónica por teléfono móvil.

## CAPÍTULO 1

### ANTECEDENTES

En esta primera parte haré una breve reseña de la tecnología de telefonía móvil, hablaré también de los estándares de la telefonía celular y terminaré analizando la importancia de los teléfonos móviles como la vía técnica de acceso a la información más importante para países en vías de desarrollo. Veremos que la red de telefonía movida avanzada es una red de transmisión de datos de la misma naturaleza que Internet. Notaremos que los teléfonos celulares se han convertido en terminales electrónicos similares a una computadora. Advertiremos la importancia del Internet y de la telefonía móvil, y de la convergencia.

#### 1.1) Redes de transmisión de datos.

Hoy en día ya no se puede hablar solamente de informática al hablar de la utilización de nuevas herramientas tecnológicas en la vida diaria; hay que hablar de sistemas de información o, aunque no es exactamente lo mismo, de tecnologías de información y las comunicaciones.<sup>12</sup>

Las redes de tecnologías de información y las comunicaciones, son una poderosa herramienta con excepcional capacidad para aportar al desarrollo, tanto así que la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración de los Objetivos del Milenio las identificó como uno de los instrumentos para disminuir la brecha entre ricos y pobres y la brecha digital. El compromiso de los Objetivos del Milenio, encontró valor en las TICS como instrumentos para lograr la enseñanza primaria universal, reducir la pobreza extrema, e incluso para reducir la mortalidad infantil y combatir epidemias y mejorar la salud de la comunidad. Adicionalmente es importante su conocimiento para evitar el analfabetismo tecnológico. Para lograrlo, se tiene

---

12 M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Informático*. Aranzadi. Madrid 2001 p. 21

previsto que tan solo en 20 años, hacia el 2019, el 90% de la población mundial esté bajo la cobertura de alguna red de transmisión de datos.<sup>13</sup>

Las Naciones Unidas han advertido que los países en vías de desarrollo que no incrementen su ancho de banda para las TICs, corren el riesgo de no recibir los beneficios de las tecnologías de la información aumentando la brecha digital con países desarrollados; acortar esta brecha, acorde a las Naciones Unidas, es clave para el desarrollo. Este reporte señala que los celulares están reemplazando a las computadoras tradicionales en los negocios:

La banda ancha les permite a los usuarios hacer mejor uso de sus teléfonos móviles los que están rápidamente sobrepasando a las computadoras como la herramienta de comunicaciones e información tecnológica de elección en países en vías de desarrollo.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo notó, en este trabajo que los usuarios en países en vías de desarrollo, están usando sus teléfonos en servicios bancarios, también para revisar el mercado y el reporte climático, reduciendo la necesidad de desplazarse aumentando su productividad. En consecuencia, el uso del teléfono móvil ha crecido. En África hay 20 veces más suscriptores del servicio de telefonía móvil que de líneas fijas, mientras que India ha añadido casi 100 millones de nuevos suscriptores los primeros 7 meses de este año...<sup>14</sup>

Con esto presente, Perú diseñó un Plan Nacional de TICS 2010 – 2020, Venezuela elaboró su Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales 2007 – 2013 y Ecuador creó un Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones para el Período 2007- 2012. En general estos planes definen las políticas públicas que adoptarán los estados para promover el crecimiento de la informática, también establecen objetivos, e inclusive criterios para censura digital, pero desatienden el marco legal de las TICS y aspectos muy importantes como seguridad y privacidad.

13 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. *Statistical perspectives of growth 1997-2007*. Consulta en línea. <http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/ict/graphs/Internet> (25 de noviembre de 2009)

14 J. LYNN. *Developing countries must boost broadband: U.N. "Broadband allows consumers to make better use of their mobile phones rapidly overtaking computers as the information and communications technology (ICT) tool of choice in developing countries. People in poor countries are using mobile phones for banking, to check markets and monitor the weather reducing the need for travel and boosting productivity, UNCTAD noted. As a result mobile phone usage is growing. In Africa there are already 20 times more mobile subscribers than fixed lines, and India added almost 100 million new mobile subscribers in the first seven months of this year..."* Traducción del autor. Consulta en línea.

<http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE59M1UI20091026> (25 de noviembre de 2009)

Llama la atención que en estos planes nacionales se establezcan objetivos de desarrollo tanto de Internet como de telefonía, pero que en la práctica se los regule de maneras diferentes. Rehuyendo el hecho de que hoy en día la telefonía y el Internet son redes de la misma naturaleza.

## 2) El teléfono móvil.

Teléfono viene de las palabras griegas *téle* que significa “lejos” y *phoné* que significa “voz”. El teléfono es una de las invenciones humanas de mayor impacto, en su más simple definición es un aparato que puede transmitir o recibir sonido en forma de señales eléctricas vía una red construida con tal propósito.

Hay capacidad tecnológica para fabricar teléfonos inalámbricos desde la década de 1920, cuando se instalaron los primeros radio-transmisores-receptores en barcos y salas de comunicación de dependencias de gobierno. Al aproximarse 1930 los transmisores habían disminuido tanto de tamaño y peso, que cabían en los coches de policía, sus primeros usuarios.

Pero no fue hasta 1940, cuando Motorola presentó el radio transmisor móvil, el *Handie Talkie* que las comunicaciones portátiles en dos vías se hicieron posibles. Estos aparatos, ideados para la Segunda Guerra Mundial, sin duda, fueron los padres del teléfono móvil pero no estaban conectados a la red telefónica.

Hay expertos que sostienen que tecnología de los teléfonos portátiles tuvieron un desarrollo tardío ya que algunos ejecutivos de la corporación *American Telephone & Telegraph* (AT&T), temían que la aparición de teléfonos móviles acabase con su monopolio de la red fija y se oponían a la investigación y desarrollo de la red para estos aparatos. Este retraso en el desarrollo de la tecnología es un ejemplo del poder que pueden llegar a tener las operadoras sobre el mercado.

El servicio móvil telefónico apareció, por primera vez, hacia 1946,<sup>15</sup> su primera versión consistía en un radioteléfono que funcionaba en automóviles como la radio de los coches de

---

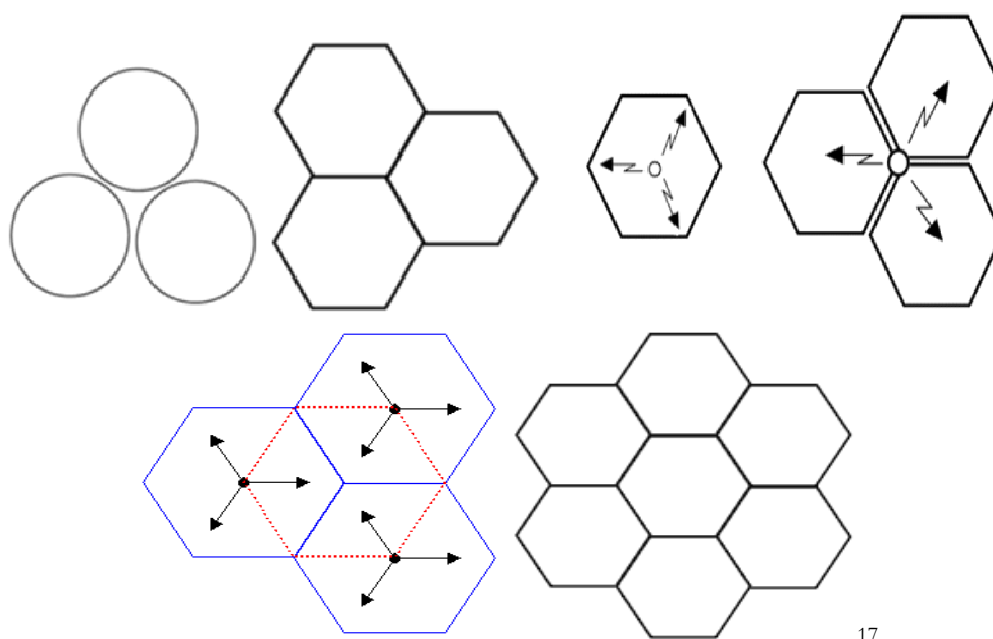
15 MOTOROLA. *Making History: Developing the Portable Cellular System*. Consulta en línea. <http://www.motorola.com/content.jsp?globalObjectId=7662-10813> (25 de noviembre de 2009)

policía. Este sistema, fue popular hasta la década de 1980 cuando, con el advenimiento de la telefonía celular de primera generación (1G), llegó su obsolescencia. La telefonía celular, posibilita a los consumidores llevar el teléfono fuera de los autos, prácticamente a todos los lugares donde camine el portador.<sup>16</sup>

El avance que permitió la expansión de la telefonía celular se debió a la ampliación de la cobertura de la red y esto, a su vez, se debió más a la practicidad que al mejoramiento de los sistemas. En un principio, las antenas se instalaban en el medio de áreas de cobertura. Éste era un sistema ineficiente porque propendía a que en los extremos de cada área de cobertura existan zonas sin señal.

Instalar las antenas en los extremos de áreas de forma hexagonal, formando así una suerte de panel de antenas solucionó los problemas de cobertura y optimizó el rendimiento de la red como lo muestra el siguiente gráfico.

**Gráfico 1. Disposición de las antenas de celular al centro de las células, formando un panel.**



17

Estas áreas que forman una especie de panel, se llaman celdas, ésta es la razón del nombre de los teléfonos celulares.

16 Todos estos aparatos son conocidos, en inglés, como *transceivers*. Son a aparatos que, a más de ser receptores de señales eléctricas como un radio, podían enviar señales como un transmisor de una emisora de radio. El teléfono móvil por su capacidad de enviar y recibir información será siempre un tipo de transmisor – receptor de datos.

17 T. FARLEY & M. VAN DER HOEK. *Cellular Telephone Basics*. Consulta en línea. [http://www.privateline.com/mt\\_cellbasics/](http://www.privateline.com/mt_cellbasics/) (25 de noviembre de 2009)

En 1969, la *Federal Communications Commission* (FCC) de Estados Unidos entregó las frecuencias entre los 800 y 900 megahercios a la tecnología celular, pero para adjudicar esas frecuencias de manera permanente, requirió que se le presente un prototipo funcional del teléfono. Un equipo de ingenieros de Motorola presentó el DynaTac. La primera llamada de celular ocurrió el 3 de abril de 1973, el Doctor Martin Cooper, jefe del equipo de ingenieros de Motorola, llamó a su rival, homologo en AT&T, mientras caminaba por las calles de Nueva York y la gente lo miró extrañada. Ese día las telecomunicaciones cambiaron para siempre su tradicional concepción de servicio geográfico a un enfoque individual. Del mismo modo que cuando los automóviles se impusieron al ferrocarril como la preferida alternativa de transporte.

Las primeras redes comerciales celulares aparecieron a finales de la década de los años 70 y funcionaron hasta alrededor de 1990, cuando se adoptó tecnología digital para reemplazar a la analógica, ésta es conocida como la segunda generación (2G) que fue digital. La tecnología digital permite hacer reproducciones de una fuente sin alteraciones en el proceso.

Con la adopción de la 2G se comenzaron a incorporar a los celulares otras funciones adicionales a la de transmisión de voz, se ofrecieron buzones de voz y se posibilitó también el envío de mensajes de texto, *short message service* (SMS), que son consideradas operaciones “básicas de datos”.<sup>18</sup>

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT),<sup>19</sup> tuvo un rol importante al delinear los estándares para la tercera generación de la tecnología de comunicación celular (3G), que se llama (IMT-2000) *International Mobile Telecommunications 2000*. Hemos escuchado sobre él en campañas publicitarias que principalmente promocionan las habilidades “extras” de un celular homologado para esta tecnología. La 3G ofrece funciones multimedia avanzadas, como videoteléfono, navegación de Internet, velocidad acelerada para la transferencia de datos, entre algunas más. Al igual que con el estándar de segunda generación, a la 3G se le han incorporado

---

18 Cfr. W. MOHR. *Mobile Communications Beyond 3G In The Global Context*. Siemens Mobile. Múnich 2007 p. 3

19 La Unión Internacional de Telecomunicaciones, funciona como parte del sistema de las Naciones Unidas, es la segunda organización internacional más antigua del mundo, fue fundada en 1865 como la Unión Telegráfica Internacional, tiene sede en la ciudad de Ginebra y, es la mayor organización sobre tecnología, información y comunicación del mundo. Su principal tarea es la estandarización de sistemas de comunicación y asignar el espectro radioeléctrico y las orbitas satelitales. Se encarga también de ciber seguridad. La UIT tiene 191 estados miembros.

especificaciones mejoradas, la 3.5G y 3.75G. Con la tercera generación de la tecnología, la convergencia de tecnologías de la comunicación e información llegó a los celulares.

La UIT estima que muy pronto, hacia el año 2012, la tecnología 3G va a estar al tope de sus capacidades técnicas y sus redes van a estar congestionadas, así que entre 2012 y 2015 el presente estándar será reemplazado por una cuarta generación (4G). El trabajo para delinear las especificaciones técnicas ya comenzó, se tiene previsto que esta tecnología tenga total integración con Internet y Wi Fi, *roaming* global, multimedia total<sup>20</sup>, al tiempo de proveer drásticos aumentos en el ancho de banda destinado a cada usuario. Con la adopción de la 4G, que es 50 veces más rápida que la 3G, simplemente se podrán ofrecer ofrecer más servicios,<sup>21</sup> el celular va a ser nómada, esto quiere decir que para prestar servicio no tiene que estar bajo el área de cobertura del operador de telefonía que presta el servicio, basta que haya cobertura de un operador competidor para que se pueda hacer una llamada o recibir un mensaje o descargar contenido de Internet.

Los estándares de transmisión para telefonía móvil del futuro, siempre serán diseñados dando prioridad a la transmisión de datos sobre la transmisión de la voz. La UIT, espera que la cantidad de información a transmitirse por la redes de transmisión de datos se multiplicará por 30 durante los próximos quince años.

En Ecuador y en casi toda Iberoamérica, la cobertura de la telefonía móvil es de tercera generación, estando los consumidores de la región muy habituados a las funciones adicionales de sus teléfonos.

## 2.1) Definiendo al celular.

Técnicamente, un teléfono móvil es un teléfono que puede ser transportado y utilizado en cualquier lugar donde haya cobertura de una red telefónica y que, por lo general, cuenta con

---

20 Por ejemplo, que un usuario pueda jugar conectado a Internet con otros jugadores que estén con sus celulares en otros lugares.

21 Esta nota de prensa informa que en Japón ya se comenzó a hacer ensayos de los servicios de la 4G. *Japanese NTT DoCoMo demonstrates cellular network 4G in Action*. Consulta en línea. <http://www.hightechnews.org/2007/02/13/japanese-ntt-docomo-demonstrates-cellular-network-4g-in-action/> (25 de noviembre de 2009)

una serie de capacidades adicionales como la de enviar y recibir mensajes cortos de texto, mensajes multimedia, navegación de Internet... entre muchas más. Funcionan estos aparatos en virtud de una red celular conecta frecuencias de radio de un teléfono móvil a un sistema de múltiples células, cada una consistente de una antena y una estación base, con un sistema de conexión a otras redes telefónicas; este sistema de radioteléfono incluye, al menos, una estación base transmisora y una pluralidad de receptores móviles con un rango de transmisión más pequeño que el de la base (estos son los teléfonos celulares).

Por otro lado, la ley, especialmente regulando cuestiones técnicas, no suele dar definiciones, en lugar de ello, frecuentemente, opta por delinear estándares o regular servicios. La legislación nacional, en consecuencia, no precisa qué es un teléfono móvil ni en los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil, ni en los reglamentos de prestación de servicio o en las leyes sobre la materia, pero por disposición de la Ley Especial de Telecomunicaciones (LET), Ley No. 184 publicada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, el sistema legal nacional se encomienda a la Unión Internacional de Telecomunicaciones para que defina todos los “términos técnicos”.

Más allá de ello, en este punto es conveniente determinar en qué consiste un teléfono móvil y para ello utilizaré información de la Comisión Electrotécnica Internacional y de la propia UIT.

En opinión de la *International Electrotechnical Commission* (IEC), una institución internacional que se encarga de elaborar estándares técnicos asociada con la UIT, el teléfono portátil es un dispositivo que puede transmitir y recibir sonido en forma de señales eléctricas<sup>22</sup>, de manera inalámbrica a través de una red construida para tal efecto. Este dispositivo es susceptible de ser transportado por una persona y usa un vínculo radioeléctrico con una estación base de un sistema celular, de la que recibe y a la que envía mensajes,<sup>23</sup> pero siempre incorpora una variedad de funciones adicionales a la de transmisión de la voz.

---

22 COMMISSION ELECTROTECHNIQUE INTERNATIONALE. “An electro-acoustic transducer used in a telephone set to convert acoustic signals to speech currents and convert speech currents to acoustic signals.” Traducción del autor. Consulta en línea.

<http://www.electropedia.org/iev/iev.nsf/display?openform&ievref=722-02-04> (25 de noviembre de 2009)

23 *Supra*.

Un teléfono móvil es, pues, el tipo de teléfono que posee la característica de poder ser transportado y que no está conectado a un punto fijo de la red.

Es seguro que, en un futuro cercano, se disuelva la distinción entre teléfonos fijos y teléfonos móviles, esto va a ocurrir cuando todos los teléfonos sean móviles, ya que es más barato operar una red celular basada en antenas, que operar redes fijas con cientos de kilómetros de cables. En redes celulares se utilizan menos recursos, menos cobre y otros metales, menos mano de obra para mantener y construir la red, hay menor propensión a averías, estas ventajas se combinan a la característica de las redes celulares de ser más sencillas de reparar y de gozar de mayor facilidad para detectar daños.

De manera similar la UIT, en su glosario de términos de la tecnología celular, define el teléfono móvil como un teléfono inalámbrico que envía y recibe mensajes usando radiofrecuencia en el espectro de los 800 – 900 megahercios del espectro radioeléctrico.<sup>24</sup> Este criterio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Especial de Telecomunicaciones<sup>25</sup>, es el de la legislación nacional y es muy amplio. No en vano se manejan definiciones amplias, es preferible dar cabida a las muchas funciones extra que puede tener un teléfono y no elaborar un concepto que se vaya a des actualizar con el transcurso del tiempo y el avance de la técnica.

Tanto la definición de la Comisión Electrotécnica Internacional como la de la UIT y por ende, la de nuestra ley, tienen tres cosas comunes:

- a) El teléfono móvil es un transmisor que envía y recibe mensajes de datos. **(No voz, no señales eléctricas, sino mensajes.)**
- b) El aparato funciona transmitiendo inalámbricamente dentro del espectro de los 800 a los 900 megahercios.
- c) Usualmente estos aparatos, incorporan una variedad de funciones.

Ahora, vale la pena examinar las características que hacen a un celular.

---

24 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. *The Basics of Cellular Technology and the Use of the Radio Spectrum* “Cell Phone. A wireless telephone that sends and receives messages using radiofrequency energy in the 800-900 megahertz portion of the radiofrequency (RF) spectrum”. Traducción del autor. Consulta en línea. (25 de noviembre de 2009)

<http://www.itu.int/osg/spu/ni/3G/technology/index.html#The Basics of>

25 “...Los términos técnicos de telecomunicaciones no definidos en la presente Ley, serán utilizados con los significados establecidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones”.

Para comenzar, un teléfono móvil es un aparato portátil, electrónico. Además, un teléfono celular siempre incorpora funciones diversas como despertador, reloj, calculadora, dispositivo de juegos, agenda electrónica, reproductor multimedia, receptor de radio, de televisión, cámara fotográfica, de video, cronómetro, computador, receptor de sistema de posicionamiento global (GPS) lector de mapas, lector de libros, dispositivo de acceso a Internet y otras, funciones como: modem o unidad de almacenamiento informático.

Todos los teléfonos celulares modernos envían y reciben mensajes electrónicos de texto o mensajes multimedia, que además de texto contienen fotos, sonidos, y videos. Hay teléfonos que ofrecen tantas aplicaciones y funciones como programas electrónicos se les puedan instalar; se los conoce como teléfonos inteligentes.

Para algunos su característica distintiva es que estos dispositivos tengan un sistema operativo. Para este grupo de personas, un teléfono sin sistema operativo, pese a que cumpla una infinidad de funciones, no es inteligente. Sin embargo, de acuerdo a la UIT, la característica que hace a un teléfono inteligente es la capacidad que tiene dicho teléfono de desempeñar funciones adicionales a la de transmisión de voz. Esta distinción, que a efectos de esta tesis es intrascendente, y es el criterio que tiene el Estado Ecuatoriano en virtud de la LET.

Resulta pues que, desde la visión de la UIT, todos los teléfonos celulares modernos son teléfonos inteligentes porque la habilidad muy corriente de los teléfonos móviles de avisar quien llama, dar la hora, cronometrar la duración de una llamada, guardar números de teléfono de contactos, enviar y recibir mensajes cortos de texto, entre otras muchas, son funciones adicionales a la primigenia función de transmitir la voz eléctricamente.

La convergencia influye en este particular, ya que, los usuarios, anhelan tener acceso a la red cuando quieran y donde quieran por medio de su celular.

Con estos teléfonos celulares multifunción, diseñados para transferir datos, los usuarios pueden pagar y comprar. En Ecuador esto ocurre todos los días, la gente, constantemente participa en promociones y concursos enviando mensajes desde sus celulares. Celebran contratos cuya prestación es la descarga de fotografías, canciones o tonos y contratan recibir en la pantalla de sus aparatos el horóscopo chino o una sugerencia con remedios caseros. Los

usuarios pagan por que se les envíe música y video, descargan software para sus aparatos y, en general todo tipo de contenido. Seguramente este mercado ya es muy importante en el país.

Los móviles modernos tienen la capacidad de acceder a la información de Internet, y de poder hacer tareas reservadas anteriormente a computadoras. Por lo general, es más sencillo manejar un teléfono que una computadora. El aumento de la capacidad de los celulares de procesar información va a afectar de maneras inimaginables a la humanidad.

Con estos aparatos se puede pagar, grabar video y editarlo..., los teléfonos se pueden conectar con facilidad a cajeros de banco, máquinas de refrescos, sistemas de vigilancia del hogar y, virtualmente, todos los teléfonos móviles que se venden hoy en día son multifunción y tienen capacidad de computo y con ellos se puede comprar y vender de forma electrónica.

Esto es solo la punta del iceberg, en su edición de agosto de 2008, la revista *WIRED*<sup>26</sup> publicó un reportaje que revelaba que en Estados Unidos existían cerca de 30 millones de personas que utilizaban su teléfono como una especie de tarjeta de crédito para pagar bienes y servicios. Esto va a suceder también en Ecuador.

### 3) Penetración de mercado de la telefonía móvil.

El teléfono es el aparato electrónico más común en el mundo, la UIT, estima que hay algo más de 1.300 millones de líneas de teléfono fijo.<sup>27</sup> A esta cifra debemos sumar los más de 4.000 millones de abonados al servicio de teléfono móvil, que la UIT estima que existen.<sup>28</sup>

Durante 2008 los abonados al servicio de telefónica móvil superaron a la mitad de la población del planeta, 6 de cada 10 personas en el mundo tienen un teléfono móvil. Debemos

---

26 Nokia planea lanzar el próximo año un servicio para efectuar pagos móviles, la empresa notó que hay muchos más usuarios de celulares que usuarios del sistema bancario (cuentas corrientes, tarjetas de debito y de crédito...). El reporte indica que MasterCard y Facebook también han estrenando servicios de pago por celular.

<http://www.wired.com/gadgetlab/2009/08/pay-by-phone/> sábado 29 de agosto

27 "ITU estimates over 60 per cent penetration driven mainly by BRIC economies. 25 September 2008, ITU Secretary-General Hamadoun Touré announced in New York that worldwide mobile cellular subscribers are likely to reach the 4 billion mark before the end of this year".

<http://www.itu.int/ITUUD/ict/newslog/Worldwide+Mobile+Cellular+Subscribers+To+Reach+4+Billion+Mark+Late+2008.aspx>

28 *Supra*.

tener presente que dos tercios de los suscriptores al servicio de telefonía móvil se encuentran en países en vías de desarrollo. En estos países, el servicio de telefonía móvil suele ser más costoso.

El referido estudio de la UIT, señala que la demanda de los consumidores por servicios de telefonía móvil mantiene un crecimiento acelerado que promedió el 24% al año, entre 2000 y 2008. La UIT estima que para 2010 la penetración de la telefonía móvil va a llegar a cerca del 60% de la población y estima que para el año 2010 habrá en América del Sur cerca de 150 millones de abonados al servicio de telefonía móvil.

El estudio de la UIT, es revelador, no sólo por difundir la inmensa penetración de la telefonía móvil sino por revelar que el mayor índice de crecimiento de la industria se registra en países en vías de desarrollo.

Si la popularización de Internet fue la razón para que esta sea la “era de la información”, de la masificación de la telefonía móvil y el Internet en el bolsillo, podemos esperar “la era del conocimiento”. Debemos tener en cuenta que existe algo más de un billón de computadoras.<sup>29</sup> (Es decir que los teléfonos celulares superan a las computadoras en proporción de 3 a 1.) Y no todas las computadoras están conectadas a red alguna, pero la mitad de la población del mundo posee teléfonos móviles, todos interconectados con su red.

Los números impresionan; durante 2009 se han vendido 1.200 millones de teléfonos móviles,<sup>30</sup> y “apenas” 298,9 millones de computadoras personales.<sup>31</sup>

REUTERS, en una nota publicada hace algún tiempo sobre el extendido uso de los teléfonos móviles, citó a un ejecutivo de Nokia, quien reflexionaba que tomó 20 años alcanzar

---

29 “According to Gartner Dataquest's statistics, in April 2002 the billionth personal computer was shipped. The second billion mark was supposedly reached in 2007. But how many computers are actually in use? According to a report by Forrester Research, there will be over one billion PCs in use worldwide by the end of 2008. And with PC adoption in emerging markets growing fast, it is estimated that there will be more than two billion PCs in use by 2015, Forrester predicts. Therefore, whereas it took 27 years to reach the one billion mark, it will take only 7 to grow from 1 billion to 2 billion.” Traducción del autor. Consulta en línea.

<http://www.worldometers.info/computers/> (25 de noviembre de 2009)

30 M. HAMBLIN. *Smartphone predictions for 2010*. Computerworld. Consulta en línea. [http://www.computerworld.com/s/article/9141761/7\\_smartphone\\_predictions\\_for\\_2010?taxonomyId=15&pageNumber=1](http://www.computerworld.com/s/article/9141761/7_smartphone_predictions_for_2010?taxonomyId=15&pageNumber=1) (diciembre 3 de 2009)

31 S. O'NEILL. *Lower PC Prices Pit Microsoft Against PC Makers*. Pcworld. Consulta en línea. [http://www.pcworld.com/article/183606/lower\\_pc\\_prices\\_pit\\_microsoft\\_against\\_pc\\_makers.html](http://www.pcworld.com/article/183606/lower_pc_prices_pit_microsoft_against_pc_makers.html) (diciembre 3 de 2009)

el primer billón de subscriptores, pero sólo tomará 60 meses alcanzar el segundo billón<sup>32</sup>. Las modernas redes telemáticas tienen una marcada aceleración del tiempo histórico: “tienen tasas de expansión aceleradas, basta recordar que para que la radio tenga 50 millones de usuarios, demoró 38 años, el teléfono 25, la PC, 16, el acceso a Internet 4 años.”<sup>33</sup> Estas reflexiones sobre el aceleradísimo crecimiento de la industria de teléfonos celulares dicen mucho acerca de los hábitos de los consumidores. La gente prefiere un celular a un reloj, y un celular que reproduzca música a un reproductor de discos compactos, un móvil que tenga cámara de fotos sobre cualquier otro aparato. La moda se refleja en los celulares, y es preferible tener un celular bonito que comprar ropa; estos aparatos también sirven para proyectar estatus, se han convertido en las joyas modernas, mientras las joyas de metales preciosos se ven cada vez menos en dedos y cuellos, se ven más teléfonos costosos con infinitud de funciones.

*Interactive Data Corporation* (IDC), la empresa más grande del mundo de datos de mercado, estima que, durante el año 2010, las operadoras de telefonía móvil van a reportar utilidades por un valor de 782 millones de dólares y hace notar que la cantidad de ingresos por concepto de llamadas va a disminuir, mientras que los ingresos generados por el envío de mensajes, la descarga de contenidos, la navegación electrónica y otros servicios extras “de valor agregado” se va a multiplicar.<sup>34</sup> Ecuador, sin duda, forma parte de esta tendencia.

#### **4) Las telecomunicaciones móviles en Ecuador.**

Los teléfonos celulares son inmensamente populares, su nivel de penetración en el mercado y la cantidad de funciones que pueden desempeñar los ha convertido a todas luces en la plataforma de comercio electrónico usada por más personas y económicamente más importante en Ecuador.

La telefonía móvil llegó a Ecuador a la luz de las reformas legales privatizadoras que a principios de la década de 1990 revolucionaron las telecomunicaciones en los países

---

32 “The first billion mobile subs took 20 years, the second will only take seven; The global mobile market crosses the 1 billion point”. Consulta en línea. <http://www.highbeam.com/doc/1G1-85499033.html> (25 de noviembre de 2009)

33 R. LORENZETTI Y C. A. SOTO. *Comercio Electrónico*. Temis. 2003 p. 20

34 L. WARD, L. VESTERGAARD, J. DA SILVA. *Driving Mobile Messaging*. IDC. 2008 p. 3

sudamericanos. En 1990 apenas había 537.895 líneas fijas de servicio telefónico,<sup>35</sup> lo que significaba que existía una penetración telefónica inferior al 4,4%, había menos de 4 líneas telefónicas por cada 100 habitantes.<sup>36</sup> Con las operadoras de servicio celular, esta situación se revirtió, en el presente hay casi igualdad entre el número de abonados al servicio y la población total. El mercado se aproxima al 100% de penetración del servicio móvil. Según datos de la Superintendencia de Telecomunicaciones hasta junio de 2009 existían 12.228.111 líneas activas de servicio de telefonía móvil avanzada. El Ecuador es uno de los países de América con mayor penetración de celular.

Siendo el sector económico relacionado con la industria de telefonía móvil uno de los más importantes para la economía nacional por la cantidad de empleo que genera, porque es una industria ramificada en forma de cadenas de distribución, proveedores de repuestos, piezas, equipos y de talleres de servicio técnico; también es una industria importantísima para las arcas del estado las que se benefician por el cobro de impuestos.

Todo comenzó en 1993 cuando el estado concesionó la prestación del servicio de telefonía móvil a dos empresas. Fueron dos para fomentar la competencia y evitar potenciales monopolios. Es oportuno señalar que, al amparo de varias fórmulas, hasta ese entonces en Ecuador era el Estado quien se encargaba de prestar todos los servicios de telefonía.

Las empresas que iniciaron el servicio de telefonía móvil fueron: el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., que hoy opera bajo el nombre comercial de Porta y OTECEL S.A., que actualmente pertenece a la corporación española Telefónica S.A. Teléfonos de México S.A.B. de C.V. adquirió CONECEL a través de su filial América Móvil.

CONECEL y OTECEL son dos de las empresas más grandes del país, combinadas aportan cerca del 3% del PBI de Ecuador. Pocas son las actividades económicas que aportan más al desempeño económico del país.

---

35 *Historia de las Telecomunicaciones en el Ecuador*. Consulta en línea.

[http://www.conatel.gov.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_content&view=article&catid=25%3Ainformacion-corporativa&id=20%3Ahistoria-de-las-telecomunicaciones-en-el-ecuador&Itemid=78](http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&catid=25%3Ainformacion-corporativa&id=20%3Ahistoria-de-las-telecomunicaciones-en-el-ecuador&Itemid=78) (25 de noviembre de 2009)

36 G. F. SOUBLE DE SADA. *Historia de las telecomunicaciones en Ecuador*. Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones AHCIET. Madrid. p. 5 Consulta en línea <http://www.ahciet.net/historia/default.aspx> (25 de noviembre de 2009)

En 2003 se completa el panorama empresarial actual de la telefonía móvil en Ecuador con la concesión del servicio de telefonía celular a la empresa TELECSA, que opera con el nombre comercial Alegro; el tercer operador de telefonía móvil en el país, es una empresa del estado y ha logrado captar algo menos del 3% de los usuarios.

#### **4.1) Organismos de control de las TICS.**

Para ordenar las nuevas empresas de telecomunicaciones, en 1992 se crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, a ésta se le suma en 1995 el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL. También en 1995 se crea la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones SENATEL para completar el panorama regulador que, hasta hace poco, rigió las operaciones de las operadoras celulares, así como de los proveedores de Internet.

Este panorama cambió cuando, en agosto de 2009, el ejecutivo creó el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, cartera de estado que se encargará de la formulación de políticas públicas en materia de telecomunicaciones y tecnologías de la información que fusionará al CONATEL con el Consejo Nacional de Radio y Televisión CONARTEL, la Dirección Nacional de Registro Civil y la Empresa Nacional de Correos. Esta cartera de estado va a ser el nuevo súper ente regulador de la política digital del Ecuador.

El cambio, a mi parecer, es atinado y por encima de todo bienvenido porque se simplifica la adopción y ejecución de políticas. Hasta hace poco era la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el ente encargado de la ejecución e implementación de las políticas y la regulación que el Consejo Nacional de Telecomunicaciones promulgaba. Actuando en una dupla que complicaba el panorama. Sucede ahora que un solo ente gobierna el cosmos cibernético y la telemática. Curiosamente con la intención de aplicar diferentes cuerpos legales a diferentes tecnologías convergentes.

## 5) El Internet.

La sociedad moderna, demanda pasar unos momentos al día frente a un ordenador conectado a Internet.

Definir a Internet es un asunto complicado, pero una definición jurídicamente relevante para esta tesis es aquella por la que se inclinó en un fallo la Corte Suprema de Estados Unidos en 1997. “Internet es una red internacional de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo”.<sup>37</sup>

Internet tiene algunas características que hoy por hoy comparte con la red de telefonía móvil avanzada:

- Son redes abiertas, cualquiera puede acceder a ella,
- Son redes interactivas, ya que los usuarios pueden generar datos y establecer relaciones,
- Son redes internacionales ya que permiten trascender las fronteras nacionales,
- Hay múltiples oferentes del servicio,
- En muchos casos estas redes, acarrearán una “desterritorialización” de las normas jurídicas,
- Estas redes, disminuyen los costos de transacción, entre otras características.<sup>38</sup>

Internet es una tecnología con capacidad de producir un gran impacto en la vida de las personas que lo utilizan, usualmente estas personas experimentan un mejoramiento de la calidad de su vida.

Sin embargo Internet oculta peligros; un usuario inocente o desprevenido puede caer víctima de un engaño o recibir un daño en su terminal electrónica. También podríamos sufrir un percance cuando nuestra información privada es hecha pública o utilizada sin nuestro consentimiento. Esto ocurre cuando, por ejemplo, se venden bases de datos que contienen buzones electrónicos a los que llegan mensajes no solicitados.

LORENZETTI y SOTO instruyen que hay tres planteamientos que la ley puede adoptar frente a las TICs. Estos son:

---

<sup>37</sup> CS, EEUU, 26/6/1997 “*Janet Reno V. American Civil Liberties Union*” Citada por R. LORENZETTI Y C. A. SOTO. *Comercio Electrónico*. Op cit. p. 11

<sup>38</sup> *Supra* p. 20

- a) abstención absoluta de intromisión legislativa,
- b) autorregulación por parte de los sujetos involucrados,
- c) regulación legislativa.

En Ecuador, existe regulación, (no hay “libertarismo legal” ni hay autorregulación). Nuestra regulación contenida esencialmente en la LCE, debe aplicarse como manda la LCE a todas las redes electrónicas, no solamente a Internet que no es más que una de ellas. La regulación en nuestro país es considerada importante, hasta el punto de tener un ente exclusivo para el control del cumplimiento de la misma.

Según cálculos de las Naciones Unidas, publicados por *Worldometers*, hay en el mundo algo menos de mil setecientos millones de internautas<sup>39</sup>, cifra muy significativa, pero que empequeñece al compararlas con las de la penetración del servicio de telefonía móvil. Los internautas, envían casi un billón de mensajes electrónicos diariamente.<sup>40</sup>

### 5.1) El Internet en Ecuador.

El Internet llegó a Ecuador en 1991, de forma restringida, a organizaciones de desarrollo o educacionales como parte de una iniciativa del *Institute for Global Communications* (IGC), cuya razón de ser, es el proveer Internet a organizaciones enfocadas en el desarrollo. Instituciones como FLACSO, la Universidad Andina Simón Bolívar, fueron los primeros usuarios de Internet en el país. Ecuonet fue la primera institución en ofrecer Internet comercial en el Ecuador, allá por el año de 1992.

En Ecuador la penetración de Internet bordea el 14% y según optimistas estimaciones oficiales del CONATEL, para diciembre de 2009 van a haber cerca de dos millones trescientos mil usuarios.<sup>41</sup>

---

39 Consulta en línea. <http://www.worldometers.info/> (25 de noviembre de 2009)

40 *Supra*.

41 Consulta en línea.

[http://www.conatel.gov.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_phocagallery&view=category&id=67](http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_phocagallery&view=category&id=67) (25 de noviembre de 2009)

El Estado ecuatoriano, a través de su Plan Nacional Para el Desarrollo de las Telecomunicaciones estableció como política de estado promover el acceso universal a Internet en condiciones sociales y geográficas equitativas, con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia. El Internet es un eficaz medio para el gobierno electrónico, el desarrollo económico, social y cultural del país, es una vía para proporcionar educación, salud, trabajo, banca y comercio, acceso a información, etc.

Gobiernos, a lo largo y ancho del orbe, están gastando sus recursos ampliando la infraestructura para dar cabida a la demanda de información que viaja por las redes informáticas.<sup>42</sup> El desarrollo de la infraestructura digital necesaria es tan importante como lo fue, en su momento, construir infraestructura de carreteras y autopistas para las generaciones anteriores.

Por Internet se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario regular y controlar como la misma LCE expone en sus consideraciones.

Ahora ocurre que estas mismas relaciones económicas y comerciales que el legislador creyó necesario regular, se han alojado en las redes del servicio telefonía móvil avanzada. Servicio cuya regulación se encuentra principalmente contenida en la Ley Especial de Telecomunicaciones, sus distintas reformas y los contratos de concesión entre el Estado y las operadoras. Lo que se traduce en una ausencia total de reglamentación específica para todo el comercio electrónico que celebran al menos el 80% de los más de 12 millones de ecuatorianos que contratan cotidianamente por celular.<sup>43</sup>

---

42 Gran Bretaña ejemplifica bien la tendencia, ya que está gastando más de 5 billones de libras para ampliar su ancho de banda; el gobierno está empeñado en convertir al país en una potencia de servicios digitales. Otro ejemplo para resaltar es el del gobierno de Estados Unidos que se encuentra implementando un plan de siete billones de dólares para aumentar la velocidad de sus redes informáticas y el acceso a Internet. Guardando las distancias, Ecuador se encuentra también embarcado en la empresa de ampliar su ancho de banda.

43 Según datos de la SENATEL, más del 80% de los usuarios de telefonía móvil son prepago, lo que significa que regularmente hacen recargas electrónicas.

## **CAPÍTULO 2**

### **LAS REDES ELECTRÓNICAS Y EL FENÓMENO DE LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS NO DESEADOS**

En este capítulo voy a referirme al problema de los mensajes electrónicos no solicitados, para ello, es necesario elaborar definiciones. Analizaré el impacto y costo del SPAM. Revisaremos las aproximaciones jurídicas de los mensajes de datos no deseados, y si las direcciones electrónicas (como el número de teléfono móvil) son datos personales, y por tanto sujetos a un manejo liberalizado.

#### **1) El mensaje de datos.**

Atendiendo al sentido natural de la palabra, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, un mensaje es el conjunto de señales, signos o símbolos que son objeto de una comunicación; otra acepción de la palabra, enseña que un mensaje es el contenido de una comunicación.

La Comisión de Naciones Unidas para la Codificación de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) trabajó, en la década de 1990, en un proyecto de Ley de Comercio Electrónico. Uno de los problemas a los que se enfrentaron los desarrolladores de aquel proyecto fue el de dotar de validez y legitimidad a las comunicaciones electrónicas, para tal efecto adoptaron la idea del mensaje de datos o mensaje electrónico.

Para el tratamiento de los mensajes electrónicos la CNUDMI se apoyó en la idea básica de que: todo conjunto de señales, signos o símbolos que son objeto de una transmisión en redes de tecnologías de acceso a la información constituyen un mensaje de datos. Para la redacción de

esta ley, señala COVA ARRIA, se tomaron en cuenta los programas de computación diseñados para dar cumplimiento a Las Reglas de París de 1990 sobre Conocimientos de Embarque Electrónico del Comité Marítimo Internacional y el proyecto BOLERO de conocimiento de embarque para Europa,<sup>44</sup> así como los desarrollados en virtud de regulaciones existentes en las normas de Conocimientos de Embarque Electrónicos INCOTERMS de 1990. Por esta razón la noción jurídica de mensaje electrónico no es otra que la misma de su esencia informática.

Es decir que el mensaje de datos en principio goza de una definición técnica, que devino en jurídica al haber sido incorporada por distintos cuerpos legales.

### **1.1) El Principio de Equivalencia Funcional.**

Como decía, la CNUDMI presentó un Proyecto de Ley de Comercio Electrónico que fue aprobado en 1996 mediante la Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Proyecto de Ley fue incorporado a la legislación nacional dentro de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, con algunas modificaciones más de carácter estructural que de esencia.

Estas leyes reconocieron jurídicamente a todos los mensajes digitales a los que de alguna manera, equiparan a documentos escritos. Este es el Principio de la Equivalencia Funcional, (artículos 6, 7 y 8 de la Ley Modelo) mismo que procura establecer los criterios esenciales que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Ya que la Ley Modelo buscó eliminar los obstáculos para el desarrollo de los medios modernos de comunicación ampliando el alcance de conceptos como “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática.

---

44 Enseña COVA ARRIA: “Un conocimiento de embarque es un título de crédito negociable igual que un cheque, una letra de cambio o un pagaré, el cual le otorga a su tenedor legítimo el derecho a reclamar la entrega de la mercadería descrita en tal documento, sea o no tal tenedor considerado su propietario bajo la ley del país donde la entrega va a tener lugar y, de allí que por, la naturaleza del conocimiento de embarque se presume que su fecha, sus endosos y avales, se tengan por ciertas hasta prueba en contrario”. LUIS COVA ARRIA. *Obstáculos Legales Para la Implementación de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico en los Países de Derecho Civil*. Serie Comercio Electrónico. R. Lorenzetti Director. Ed. Temis, Bogotá 2003 p. 347

Este principio implica que no es posible privar de validez o efectos jurídicos a la información con base en el mero hecho de que se encuentran en formato electrónico. Es decir, que da mayor importancia a la función que cumple el documento, que al medio en que se encuentre.

En la incorporación nacional de la Ley Modelo, Ecuador estableció el principio de equivalencia funcional en los artículos 6 y 7 de la Ley 67 de 2002 y los artículos 3 y 4 del Decreto 3496 de 2002.

La Abogada limeña MARÍA CLARA GUTIÉRREZ hace bien en apuntar refiriéndose al proyecto de la ONU:

Dicha ley fue concebida con el fin de crear ciertos patrones de uniformidad que los Estados pudieran utilizar como guía al momento de dictar sus propias legislaciones nacionales sobre comercio electrónico. Su objetivo principal fue generar disposiciones modelo que buscarán resolver las incertidumbres jurídicas generadas por las novedosas características del comercio realizado de manera electrónica. La sugerencia a los países parte del sistema de Naciones Unidas de adoptarlas y adaptarlas a sus ordenamientos internos pretendía allanar el camino para una armonización y universalización del tratamiento del comercio electrónico.<sup>45</sup>

Es debido a esta ley modelo que, al menos en los países de nuestra región, existe bastante armonización legislativa. Uno de los puntos donde existe un muy alto grado de armonización es en el régimen de los mensajes de datos.

Respecto de los que el artículo 2 del proyecto de Ley elaborado por las Naciones Unidas aporta la siguiente definición:

c) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

En nuestra LCE, la definición de los mensajes electrónicos le es entregada a la novena disposición general que reza:

Mensaje de datos: Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración

---

45 M. C. GUTIÉRREZ. *Desarrollos en Regulación en Comercio Electrónico en los Países de la Región Andina*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí. No. 121 - Agosto del 2008

limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos,<sup>46</sup> registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.

Añade el artículo: “sin que esta enumeración limite su definición...” por ello a la lista con toda razón se le pueden añadir los mensajes cortos de texto y los mensajes multimedia.

Ecuador, en este caso, ha respetado esencialmente los preceptos de la ley modelo, haciéndole sólo agregados puntuales, es así que la noción de mensaje de datos tiene un desarrollo en nuestra legislación. En cualquier caso, este desarrollo otorga un espectro más amplio al concepto de mensaje de datos. Esta aproximación, a mi juicio, es atinada, ya que sería imposible enumerar todos los medios, técnicas y tecnologías por los que se puede generar un mensaje de datos.

Viene al caso la opinión del tratadista venezolano LUÍS COBA ARRIA sobre cómo la comisión encargada de elaborar el proyecto de Ley de Comercio Electrónico para Las Naciones Unidas desarrolló el concepto de mensaje de datos.

La característica única de este capítulo es la creación del término "mensaje de datos" usado para diferenciar el cruce de comunicación con las otras formas de aviso, información y mensajes tradicionales. El grupo de trabajo se esforzó con el término apropiado a lo largo de los años para el desarrollo de la ley modelo. En realidad, virtualmente cualquier nombre hubiera podido ser usado desde que no hay un precedente para tal concepto. La más fácil solución, podría haber sido simplemente denominar el concepto "mensaje" o "aviso", pero estos términos son algo genéricos y tienden a causar confusión por su uso común. Por ello, el término "mensaje de datos", aún cuando único, no tiene otro significado especial que el de darle sustancia a un concepto.<sup>47</sup>

El proyecto de la CNUDMI se elaboró con la intención de ser aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, como la misma ley enuncia. Consecuentemente, esta ley especial (nuestra LCE) se aplica al universo electrónico, a las tecnologías de acceso a la información y con lógica irrefutable a la telefonía móvil.

Queda claro como el agua que el concepto de mensaje de datos, por su generalidad y simpleza, se aplica a cualquier comunicación electrónica. De ninguna manera este es un concepto exclusivo de Internet.

---

46 Anoto M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ. En su *Manual de Derecho Informático*. Op cit. p. 396 que la doctrina aún no está de acuerdo respecto de la naturaleza del documento electrónico. Pese a ello, va ganando impulso la noción de que, el documento electrónico es el objeto o materia en el que consta una declaración de voluntad o el consentimiento o cualquier expresión pensamiento originado o existente en una red de telemática.

47 L. COBA ARRIA. *La Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico*. Caracas 2002

## 1.2) El Principio de Neutralidad Tecnológica.

La Ley Modelo adoptó este principio que se debe entender como el deber de la legislación de no favorecer a alguna tecnología o producto técnico en particular por sobre otro, cuando por cualquiera se llegue al mismo fin o provea el mismo servicio.

A este criterio la legislación nacional también lo hizo propio y se encuentra presente a lo largo de todo el articulado de la Ley de Comercio Electrónico.

Es debido a este principio que, por decirlo de alguna manera, se siente que la LCE quedó corta y que únicamente se aplicaría a Internet. Cuando, lo que ocurre es todo lo contrario, pese a que los juristas de la CNUDMI nunca imaginaron que el acto más común de comercio electrónico iba a ser recargar saldo al celular.

Da la impresión que no se les pasó por la cabeza que técnicamente descargar contenido al celular como tonos de timbre, música, juegos, recetas de cocina, información meteorológica, fotografías... son actos de comercio electrónico. La lectura de nuestra Ley da la general e inequívoca opinión de que fue diseñada pensando en computadoras e Internet pero no en redes de telefonía móvil avanzada, la red más grande del planeta.

Esto pudiera parecer un inconveniente, pero dado el diseño de nuestra LCE no lo es ya que el Principio de Neutralidad Tecnológica, supone la necesidad de ofrecer a los operadores, prestadores de servicios, adjudicatarios en concursos públicos, etc., la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías o infraestructuras que consideren más convenientes, sin impedir la introducción y desarrollo de las nuevas tecnologías.<sup>48</sup>

---

48 Cfr. *Comentarios de Canal Satélite Digital S.L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., a la Consulta Pública de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre las Redes de Acceso de nueva generación*. Consulta en línea. [http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:HDb41T2Sic8J:www.cmt.es/es/documentacion\\_de\\_referencia/redes\\_nueva\\_generacion/anexos/NGA\\_Respuesta\\_Sogecable.pdf+Este+principio+supone+la+necesidad+de+ofrecer+a+los+operadores,+prestadores+de+servicios,+adjudicatarios+en+concursos+p%C3%BAblicos,+etc.,+la+posibilidad+de+ofrecer+los+servicios+a+trav%C3%A9s+de+las+tecnolog%C3%ADas+o+infraestructuras+que+consideren+m%C3%A1s+convenientes,+sin+i&hl=es&sig=AFQjCNFwmwgc2\\_KEx-ZGb8CVBjQh9-ndVg](http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:HDb41T2Sic8J:www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/redes_nueva_generacion/anexos/NGA_Respuesta_Sogecable.pdf+Este+principio+supone+la+necesidad+de+ofrecer+a+los+operadores,+prestadores+de+servicios,+adjudicatarios+en+concursos+p%C3%BAblicos,+etc.,+la+posibilidad+de+ofrecer+los+servicios+a+trav%C3%A9s+de+las+tecnolog%C3%ADas+o+infraestructuras+que+consideren+m%C3%A1s+convenientes,+sin+i&hl=es&sig=AFQjCNFwmwgc2_KEx-ZGb8CVBjQh9-ndVg) Google Docs (25 de noviembre de 2009)

En la práctica, en nuestro país, en virtud de ello, las operadoras de telefonía móvil pueden ofrecer servicio de acceso a Internet y los proveedores de televisión pagada servicio telefónico.<sup>49</sup>

## 2) El fenómeno de los mensajes no solicitados.

Es tan común que se envíen mensajes por redes electrónicas que, usualmente, no nos percatamos de la cantidad de veces que esto ocurre. No reparamos que, por ejemplo, cuando se pasa la tarjeta de crédito por la terminal electrónica para pagar una cuenta, datos sobre el tarjeta habiente y el pago que realiza viajan por la red para que, luego, el número de cédula, la dirección del comprador, su número de teléfono, sean impresos en la factura. En este ejemplo ocurre que el comprador por, decirlo de alguna manera, está satisfecho con el mensaje que se envió por la red de *datafast* para hacer el pago.

Sin embargo, en incontables ocasiones, ocurre que la información viaja por las diferentes redes informáticas y de telecomunicaciones sin ser solicitada. Este es el fenómeno del SPAM. El envío de mensajes de datos no solicitados es una actividad que molesta a los usuarios, es una actividad contaminante, costosa y, es pagada siempre por los usuarios. En algunos lugares es una actividad ilegal. Además, suele estar asociada con abusos de derecho, invasión a la privacidad y con intentos de estafa.

La expresión inglesa SPAM se origina en el nombre de una marca registrada de Hormel Foods Corporation, proviene de la contracción de las palabras *SPiced HAM*, un famoso jamón en lata vendido en casi todo el mundo, que ostenta dicho nombre comercial SPAM desde 1937.

La palabra SPAM, significando un mensaje repetitivo y no solicitado, tiene su raíz en un capítulo de la conocida serie de televisión británica Monty Python, en el que una pareja trata de

---

49 La lógica del principio de neutralidad tecnológica es aplastante: si un determinado servicio comienza a desarrollarse en virtud de una tecnología determinada, la introducción de nuevas tecnologías, distintas a las que utilizaba dicho servicio en un principio, no pueden ser impedidas. Por ejemplo, un proyecto de acceso rural a Internet, puede considerarse tecnológicamente neutro si el operador puede elegir la tecnología o la arquitectura económicamente óptima para prestar el servicio. Dicho esto, quizás no es tan buena idea invertir dinero del Estado, en desarrollar infraestructura para acceso a Internet, cuando las operadoras de telefonía móvil tienen ya montada una red con Internet que está disponible para el 80% de la población.

ordenar en un restaurante en el que todos los platos contienen el jamón enlatado SPAM. La palabra SPAM es repetida muchísimas veces a lo largo de los tres minutos y medio que dura el corto. Todos los platos tienen SPAM en alguna forma y mientras la pareja trata de ordenar lo que va a comer, un grupo de vikingos le canta al jamón SPAM impidiendo que la pareja ordene. Es así como, a raíz de este cerebro corto cómico, la palabra SPAM se comenzó a asociar con algo repetitivo y molesto en los círculos de la informática.<sup>50</sup>

Pocos años después, en 1978, un empleado de Digital Equipment Corporation (DEC), envió el primer correo electrónico no solicitado, masivo y con fines comerciales publicitando un nuevo modelo de computadora. En aquellos días esto fue un gran acontecimiento, porque la infraestructura y los recursos informáticos eran limitados, se utilizaba la red principalmente con fines académicos y de defensa. La publicidad era algo mal visto.

A raíz de este acontecimiento se reforzó un código de conducta que prohibía toda actividad comercial, especialmente la no solicitada en la red, ya que la red estaba destinada principalmente a investigación científica. Dicho código de conducta liberó a Internet de mensajes electrónicos no deseados hasta principios de los años noventa.

A comienzos de esa década ocurrieron dos casos de SPAM sonados: el llamado *"Jesus is Coming Soon"* y el caso de *"Canter and Siegel"*. Constituyéndose éstos en los primeros casos de SPAM en la forma en que hoy conocemos a este fenómeno. El primero fue un correo religioso enviado a cientos de miles de usuarios, lo importante es que no pretendía promocionar nada, ya que sólo contenía el texto *Global Alert for All: Jesus is Coming Soon*.<sup>51</sup> Éste fue el primer correo abusivo que no tenía ningún fin comercial, fue también el primer mensaje que no provino de una sola fuente por cuanto fue reenviado desde varias terminales.

El otro caso importante de aquella época fue el suscitado por el envío de un mensaje por parte del matrimonio de abogados Laurence Canter y Martha Siegel. Dicho correo, que promocionaba servicios jurídicos, es significativo por haber sido el primer mensaje que acarreo

---

50 B. TEMPLETON. *Origin of the term "spam" to mean net abuse*. Consulta en línea. <http://www.templetons.com/brad/spamterm.html> (25 de noviembre de 2009)

51 *Supra*

sanciones legales para los remitentes en el año de 1995<sup>52</sup> debido a que se estableció que hubo un intento de fraude a los receptores.

Mucho ha cambiado en estos pocos años, hoy en día el SPAM no se limita al correo electrónico, existe SPAM en blogs, en avisos clasificados en línea, en mensajes cortos de texto, en redes sociales... y, como mencioné en la introducción de este estudio, se envían al año más de sesenta trillones de correos abusivos. Los mismos que originan un daño mucho más que considerable y generan emociones profundas en los afectados ya que, seguramente, aparte de quienes envían los mensajes electrónicos no solicitados o lucran de esta actividad, es difícil encontrar una persona que no los deteste.

Pese a que resulta práctico el uso del término SPAM en un correo electrónico de septiembre de 2008, la Real Academia me informó que, en español, con este significado se han extendido expresiones como correo basura o correo no deseado, de manera que se hace innecesario el empleo del extranjerismo. En consecuencia, la Real Academia no tiene previsto enriquecer al español añadiendo la palabra al diccionario. Pero el remedio queda corto, y esa es la razón por la que en esta tesis se repite la palabra SPAM, ya que no solamente se envían correos basura por correo electrónico, si no por cualquier otro medio de transmisión electrónica de mensajes de datos.

## **2.1) El *e-mailing* en Ecuador.**

Dinero, Diario de Negocio, un suplemento de Diario Hoy, en su edición de martes 9 de octubre de 2007, publicó un reportaje que reseñaba que el servicio de *e-mailing* es el método más barato de hacer publicidad. El reportaje afirmaba que la demanda de esta publicidad había aumentado un 90% en relación al año anterior. Afirmaba, además, que el valor a pagar por mandar un correo electrónico a 300.000 direcciones era de 60 dólares. Este servicio de publicidad, incluso se ofrece de manera focalizada, es decir que se envía publicidad a clientes en

---

<sup>52</sup> Se iniciaron acciones legales en contra de los remitores y éstos perdieron su licencia para el ejercicio de la abogacía. Pero en 1994 establecieron una compañía que envía mensajes electrónicos publicitarios a nombre de clientes que pagaban por dicha publicidad.

función de sus ingresos, su nivel de gastos, su educación, su ubicación y en general de sus preferencias que son almacenadas en extensos bancos de información.

Con la publicidad focalizada, se puede contratar el envío de cien mil mensajes a personas de clase media baja, que gasten un promedio de 8 dólares al mes en consumo de celulares, para ofertar una tarjeta de crédito para comprar pagando en cuotas. El ejemplo es muy real.

El reportaje en cuestión, también menciona la opinión de Jorge Alvarado, Gerente General de Posicionarte, empresa de publicidad en línea, quien consideraba que la práctica del *e-mailing* es “gastar el dinero en vano, ya que se entra en las listas negras del SPAM de los proveedores de Internet del Ecuador”. Llama la atención este comentario, porque lleva a cavilar interesantes repercusiones legales.

Ocurre que los proveedores filtran los mensajes que recibimos, ocurre, también, que se comercializa información nuestra.

A las agencias de marketing (y también a algunos criminales) les interesa mucho la publicidad por medio de mensajes electrónicos y especialmente la publicidad por SMS porque particularmente por este medio, se puede llegar a la mitad de los consumidores del planeta, ya que, dada la penetración de la telefonía móvil, a 4 billones de personas se les puede enviar el mismo mensaje. Claro que en Ecuador, solamente a 12 millones de consumidores.

Un ejemplo de mensajes no deseados destinados a teléfonos móviles, lo hallamos en Japón donde, en el año 2005, solo el 27% de los mensajes electrónicos no deseados fue enviado a ordenadores y más del 70% fue enviado a teléfonos móviles.<sup>53</sup> Similar situación ocurre en Corea, donde el SPAM de SMS también sobrepasó al del correo electrónico en 2004.<sup>54</sup> Esto sucede, básicamente porque el costo de enviar mensajes es menor que el de realizar una llamada promocional.

---

53 T. SHIBUYA. *Japan's strategy to combat spam*. Ministry of Internal Affairs and Communications (MIC), Japan 2005

54 “According to the Korea Information Security Agency the number of unwanted SMS and phone calls to mobiles surpasses that of email spam. The KISA said Tuesday mobile spam reported to the state-owned institute numbered 244,151 during the first 10 months of this year, in comparison to 78,063 of unsolicited e-mail messages during the same spam.” Traducción del autor.

[http://www.spamfo.co.uk/component/option,com\\_content/task,view/id,219/Itemid,2/](http://www.spamfo.co.uk/component/option,com_content/task,view/id,219/Itemid,2/) (25 de noviembre de 2009)

Como en los mencionados países asiáticos, que ejemplifican una tendencia general, en nuestro país los usuarios ya valoran la capacidad de gozar de movilidad, es decir de poder disfrutar del servicio continuo, independientemente de si el usuario se encuentra estacionario o en movimiento, pudiendo conectarse a cualquier hora y en cualquier lugar. Por ello, cada vez, más consumidores buscan proveerse de servicios de Internet móvil. Estas nuevas preferencias de los consumidores, que bien pueden ser exigencias de la vida moderna, implican serios retos para los prestadores de servicios, porque deberán procurarse las herramientas para entregar estas comunicaciones libres de SPAM, virus o amenazas de fraudes.

Haciendo semejante el caso local con el de los países asiáticos, hay sitios de Internet de los que se puede enviar SPAM a teléfonos móviles en Ecuador sin ningún costo. <http://www.ecuacel.net/sms>, <http://www.ecuamarketing.com/> <http://www.send-sms-now.com/>, <http://portalecuador.ec/module-SMS.php>, por ejemplo ofrecen este servicio. En redes sociales de Internet como Facebook o Hi5, incluso el sitio de micro *bloging* Tweeter, hay aplicaciones para enviar SMS a usuarios en Ecuador. Las mismas operadoras de telefonía móvil ofrecen este servicio de sus portales de Internet.

Detrás de todo esto hay un buen incentivo. Las operadoras hacen dinero con cada mensaje que es enviado a un suscriptor.

Las operadoras siempre ganan. Tanto si ellas mandan el mensaje (haciendo de empresa de publicidad, ofreciendo el envío de promociones a sus clientes) como si tan sólo le dan tránsito a un mensaje enviado por un tercero.

En 2005, IDC realizó un estudio de mercado y concluyó, entre otras cosas que, las operadoras de telefonía móvil obtenían alrededor del 10% de sus ganancias del envío de SMS.<sup>55</sup> ¿Por qué les va a interesar a las operadoras disminuir el envío de mensajes cortos de texto o de mensajes multimedia?

Debemos tener en cuenta que el servicio de SMS es el servicio de mensajes de datos al que mayor acceso tienen los consumidores del planeta, son cerca de 3 billones de usuarios de

---

55 IDC, CISCO SYSTEMS. *SMS Spam and Fraud Prevention*. 2005. Disponible en <http://whitepapers.techrepublic.com.com/abstract.aspx?docid=151320>

los 4 billones que tienen teléfono móvil.<sup>56</sup> En Estados Unidos, un país con menor penetración celular que Ecuador, al mes se envía cerca de 100 billones de SMS<sup>57</sup>

El segundo servicio más accesible es el de MMS, al que tienen acceso unos 1.300 millones de usuarios.<sup>58</sup>

El SPAM de SMS y de MMS es el más molesto de todos, porque no llega a un buzón de correo basura en el que el mensaje se elimina automáticamente a la semana sin que lo hayamos visto nunca; los SMS y MMS llegan al celular que está en nuestros bolsillos o en el velador del dormitorio. Y a diferencia de un correo electrónico no deseado que va para el buzón de basura, siempre alerta de su llegada, sea esta de madrugada o a medio día y porque no se puede eliminar un SMS o MMS sin antes abrirlo.

Como bien razona V. MULAS GÓMEZ, con motivo de su examen de los retos y oportunidades para los agentes del comercio electrónico:

Los teléfonos móviles se llevan siempre por los usuarios, pero éstos los consideran como un teléfono personal, formando parte de su intimidad. Esta circunstancia hace del *mobile e-commerce* muy propicio para transacciones rápidas que dependan de la ubicación del usuario (como la compra de billetes de avión o de tren, de entradas de espectáculos, o la venta de acciones en bolsa), pero el uso de la publicidad y determinados servicios pueden considerarse intrusivos y tener un efecto contrario al deseado.<sup>59</sup>

Esta última, es la principal razón por la que los mensajes electrónicos enviados al celular molestan más, recordemos que la gente sale de casa sin la billetera, pero no sin su celular. Siempre que llega un mensaje al teléfono lo sabremos muchas personas usan el celular hasta como despertador y es posible que suene el teléfono de madrugada si le llega SPAM.<sup>60</sup>

---

56 T. T. AHONEN. *Communities Dominate Brands*. "Today 76% of all mobile phone subscribers worldwide use SMS text messaging." (25 de noviembre de 2009)

<http://communities-dominate.blogs.com/brands/2009/03/3-billion-use-sms-what-does-that-mean.html>

57 *SMS messages sent monthly in USA*. Consulta en línea.

[http://en.wikipedia.org/wiki/File:SMS\\_messages\\_sent\\_monthly\\_in\\_USA\\_\(in\\_billions\).svg](http://en.wikipedia.org/wiki/File:SMS_messages_sent_monthly_in_USA_(in_billions).svg) (25 de noviembre de 2009)

58 T. T. AHONEN. *Communities Dominate Brands*. Op cit.

59 V. MULAS GÓMEZ. *El comercio electrónico a través del móvil*. Régimen Jurídico de Internet. Director Javier Cremades. La Ley. Madrid. 2002 p. 1212

60 Esta es la razón por la que el gobierno de Corea del Sur prohibió a las empresas de publicidad en línea que envíen mensajes de texto entre las 9 de la noche y las 8 de la mañana. Como reseña este artículo de la revista *WIRED*. <http://www.wired.com/techbiz/media/news/2003/11/61226> (25 de noviembre de 2009)

### 3) Propensión de las redes de Tecnologías de Acceso a la Información a sufrir el envío de mensajes electrónicos no deseados.

La generación de correo basura es tan abundante porque resulta fácil enviar millones de mensajes de manera casi inmediata y el costo de hacerlo se transfiere al destinatario. Con un solo enganche se cubre con creces el envío de miles de mensajes. Esto ocurre porque Internet fue diseñado con ciertas características que lo han convertido en el mejor sistema de distribución de la historia, por cuanto puede satisfacer los requerimientos de los consumidores típicos así como de los muy especiales.

La OCDE y la Comisión Europea, en un reporte conjunto, elaborado en 2004, estimaron que alrededor de un 6% de los que reciben un mensaje SPAM “pican”.<sup>61</sup>

- En primer lugar, las redes informáticas son diseñadas para soportar un elevado tráfico de datos. Es por esta razón que el envío de muchos mensajes electrónicos tiene un costo marginal que, en algunos casos, puede ser inexistente para el remitente. Inclusive, se ofrecen incontables soluciones informáticas que de manera gratuita que permiten el envío de mensajes. A Ecuador, se pueden despachar mensajes al celular sin pagar un centavo, por ejemplo desde la página de Internet de redes sociales como Facebook o MySpace.
- En segundo lugar, las redes informáticas facilitan el anonimato del usuario. Esto no quiere decir que sea imposible rastrear la fuente de un mensaje determinado, en lugar de ello, significa que para poder identificar un remitente, se requiere de un esfuerzo considerable que, en todos los casos, es mayor al utilizado por el remitente para enviar mensajes.
- Otra característica importante consiste en que, mediante los sistemas informáticos como el correo electrónico o los mensajes cortos de texto, cualquiera puede enviar un mensaje a cualquier persona.

---

61 *La Comisión Europea pide a los gobiernos leyes contra el spam.* Consulta en línea. [http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Comision-Europea-pide-gobiernos-leyes-spam/20040611cdscdiemp\\_29/cdsemp/](http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Comision-Europea-pide-gobiernos-leyes-spam/20040611cdscdiemp_29/cdsemp/) (25 de noviembre de 2009)

El reporte también mencionaba que los ministros de tecnología de la UE prorrogaron ayer un programa, dotado con 45 millones de euros, para mejorar la seguridad en Internet. Y de otra parte que la Comisión Europea y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, por su parte, han exigido esta semana a la industria y a los gobiernos que doblen esfuerzos contra el correo basura.

- También es importante la facilidad de enviar mensajes a través de las fronteras; todo tipo de mensaje electrónico puede viajar de un país a otro y atravesar en el viaje muchos más, haciendo del SPAM un fenómeno universal que trasciende sobre las legislaciones nacionales.
- En último lugar, la libertad de expresión, un derecho garantizado por la mayoría de los estados, va a estar en juego si se regula la forma en que las personas deben utilizar sus buzones electrónicos.

Toda red que cumpla estas características puede, en potencia, adolecer de una abundante cantidad de mensajes electrónicos no deseados. Toda red con estas características, debería ser regulada.

Esto ha llamado la atención de numerosos Estados y agencias gubernamentales como la *Federal Communications Commission* y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, El Consejo de Europa y El Parlamento Europeo, La Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENILSA), numerosas agencias europeas de protección de datos, la misma UIT, la *Organisation de Coopération et de Développement Economiques*,<sup>62</sup> entre muchas otras. Estas organizaciones han publicado algunos estudios y recomendaciones de los que se nutre este trabajo.

#### **4) El impacto de los mensajes electrónicos no solicitados.**

El SPAM, en su versión de correo electrónico, tiene un impacto del que se conoce bien porque ha sido estudiado por algún tiempo. Sus repercusiones son de unas proporciones que nunca imaginamos. Este impacto es absorbido por todos los usuarios de la red, ya que quien recibe paga bastante más por el SPAM que quien envió el mensaje. Y porque, en muchos casos este asunto supone una invasión a la privacidad y un daño a la propiedad, por ejemplo en casos en los que se envía correos de suplantación de identidad, conocidos como *phishing*.

---

<sup>62</sup> Esta organización internacional cuyos países miembros representan el setenta por ciento del mercado mundial, creó un grupo especializado de técnicos para el estudio y combate del SPAM (*Task Force on SPAM*) que viene trabajando desde 2004.

#### 4.1) Impacto económico.

El envío de correos electrónicos no solicitados tiene costos directos e indirectos.

Pensemos lo que cuesta que cada empleado de una compañía pase 3 minutos cada día eliminando mensajes no solicitados y determinando qué comunicaciones son SPAM. Al fin del año esos minutos diarios tienen incidirán negativamente en la productividad de cada empleado, éste es un costo directo. Si un mensaje no solicitado, mal intencionado, infecta una computadora con algún tipo de virus, correo de suplantación de identidad o programa malicioso, *malware*, el costo directo se multiplica exponencialmente.

En este sentido, la consultora estadounidense Nucleus Research en el año 2003, publicó un alarmante estudio sobre este costo del SPAM. La firma investigó los hábitos de trabajadores de 82 grandes compañías y concluyó que el tiempo que pierden los empleados lidiando con el correo basura de sus buzones costaba una media de 1.934 dólares anuales por trabajador.<sup>63</sup>

Otros ejemplos de costos directos la justicia argentina ofrece con motivo del primer fallo sobre SPAM de ese país. En el caso: Tanús Gustavo Daniel y otro contra Cosa Carlos Alberto y otros.<sup>64</sup> El Juez, razonó que debido al envío de SPAM, el usuario hace un gasto al tener que utilizar el teléfono, el servicio de Internet, y luz eléctrica para revisar el correo electrónico. Que se gasta tiempo de eliminar los correos no deseados, costo del espacio de almacenamiento en la computadora y que incluso existe desgaste y des fragmentación en el disco duro de la computadora a la que llega el mensaje.

Costos indirectos en cambio son los que los proveedores de Internet incurren si se ven en la necesidad de comprar equipos para lidiar con el incremento de tráfico de SPAM, o programas de filtro, o el costo del ancho de banda por el que circulan los mensajes, el costo del almacenamiento... estos valores, a la final van a reflejarse en las facturas de los usuarios.

---

63 *La Comisión Europea pide a los gobiernos leyes contra el spam*. Consulta en línea. Op cit. (25 de noviembre de 2009)

64 Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3 de la Capital Federal - Secretaría N° 6 - 7/4/2006 Texto completo del primer fallo sobre spam en Argentina. Consulta en línea. <http://www.habeasdata.org/spam/> (25 de noviembre de 2009)

Aunque no lo aparente, el envío de mensajes electrónicos no solicitados es caro. Pensemos en la inmensa infraestructura electrónica de Internet. Un trabajo publicado por JONATHAN KOOMEY, un profesor de la Universidad de Berkeley, en febrero de 2007, concluyó que el costo de la energía eléctrica de los servidores que propulsan a Internet en el mundo se elevaba a 7,2 billones de dólares.<sup>65</sup> Que la energía consumida por dichos servidores es semejante a la que consumen todas las televisiones en el mundo.<sup>66</sup> Una parte considerable de esa cantidad seguramente se desperdicia con casa mensaje basura no deseado.

En este punto les quiero recordar que, en la introducción, mencioné un documento de la UIT que sostiene, que durante el año pasado, el costo directo del SPAM y el *malware* se encontró entre el 0,2 y el 0,4 por ciento del Producto Bruto Interno global. Ese mismo estudio indica que, en el peor de los casos, el costo del SPAM y el *malware* podrían ascender a cerca del 1 por ciento del PBI mundial.<sup>67</sup> El estudio estima además que el costo del daño directo producido por los mensajes electrónicos no deseados y del *malware* en Internet se sitúa en el orden de los 13.2 billones de dólares, haciendo notar que se reportó una disminución en ese costo ya que, en el año 2004, la cuantía del daño se estimó en 17.500 millones.<sup>68</sup>

En la misma línea, un trabajo algo más antiguo elaborado para la Unión Europea acerca de la privacidad y la protección de los datos personales de los internautas continentales, publicado en el año 2001, estima que en el año 2000 el costo del correo basura fue de 10 billones de euros.<sup>69</sup>

El SPAM es caro.

Otro trabajo investigativo, publicado en mayo de 2008 por un científico profesor de Astrofísica de la Universidad de Leicester en Gran Bretaña, reporta que, enviar un mensaje corto de texto es casi 5 veces más caro que descargar información del Telescopio Espacial Hubble. El estudio señala que: El tamaño máximo de un mensaje de texto es de 160 caracteres,

65 J. KOOMEY. *Estimating Total Power Consumption By Servers In The U.S. And The World*. 2007 p. 9

66 *Supra*. p. 9

67 UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Financial aspects spam-malware*. J. M. BAUER, M. V E, T. CHATTOPADHYAY. Opt cit. pp. 12 - 20

68 *Supra*. p. 19 (en este reporte se toma en cuenta el costo de otras actividades ciber delictivas)

69 EUROPA PRESS. *Data protection: "Junk" e-mail costs internet users €10 billion a year worldwide - Commission study*. Consulta en línea. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/154> (25 de noviembre de 2009)

con un “peso” de 149 bytes. El estudio, asume que el precio promedio de un mensaje de texto de 5 peniques y, hacen falta 7490 mensajes de texto para transmitir un megabyte. A 5 peniques cada mensaje, el costo es de £ 374.49 por megabyte, o cerca de 4,4 veces más costoso que el “más exagerado” estimado para los costos de transmisión del telescopio espacial Hubble.<sup>70</sup>

Un trabajo publicado por la Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>71</sup> nota que el fenómeno del correo basura tiene un costo más alto en los países en vías de desarrollo. Las conclusiones de esta investigación llamada *SPAM Issues in Developing Countries*<sup>72</sup> son interesantes:

- En primer lugar, el estudio halla que el fenómeno del correo basura consume recursos que son relativamente escasos y más caros en países en vías de desarrollo como el ancho de banda y licencias de software de programas para gobernar la red.<sup>73</sup> El recibir correo basura, es más que una cuestión molesta, de hecho, puede generar problemas serios a los proveedores de tecnologías de acceso a la información inundando sus servidores y consecuentemente reduciendo la velocidad de las comunicaciones.
- En segundo lugar, el estudio indica que las economías en desarrollo están menos preparadas para lidiar con la marea de mensajes electrónicos no deseados, en términos de conocimiento técnico y de dinero destinado para tal efecto.
- Adicionalmente, señala que la falta de capacidad reguladora y sancionadora, también es un problema importante. El estudio detectó una tendencia de los *spammers* para establecer sus actividades en países en vías de desarrollo con el fin

---

70 N. BANNISTER. University of Leicester. “The maximum size for a text message is 160 characters, which takes 140 bytes because there are only 7 bits per character in the text messaging system, and we assume the average price for a text message is 5p. There are 1,048,576 bytes in a megabyte, so that's 1 million/140 = 7490 text messages to transmit one megabyte. At 5p each, that's £374.49 per MB - or about 4.4 times more expensive than the ‘most pessimistic’ estimate for Hubble Space Telescope transmission costs”. Traducción del autor. Consulta en línea.

<http://www2.le.ac.uk/ebulletin/news/press-releases/2000-2009/2008/05/nparticle.2008-0512.4476906328> (25 de noviembre de 2009)

71 La OCDE, es una organización internacional compuesta por 30 países que suman el 70 % del mercado económico mundial.

72 S. RAMASUBRAMANIAN. *Spam Issues in Developing Countries*. OECD Task Force on SPAM. mayo de 2005

73 *Supra*. p. 4

de evitar problemas judiciales dada la mayor regulación legislativa y mejor capacidad de control de los países desarrollados

- Este trabajo concluyó también como dije anteriormente, alrededor del mundo, los proveedores de Internet destinan cerca del 10% de sus ingresos a sistemas de seguridad para combatir el SPAM. El costo del manejo del SPAM finalmente es transferido a los usuarios del proveedor de Internet, hasta un 10% del valor de la cuenta de un usuario puede ser destinado al combate del SPAM o a proveer soporte técnico para problemas inducidos por los mensajes no deseados.<sup>74</sup>

Que se utilice esta costosa infraestructura electrónica para el envío de SPAM es, por decir lo menos, un abuso del derecho, porque el lucro de quienes envían los mensajes no solicitados no se distribuye entre los usuarios quienes pagan a las empresas proveedoras posibilitando el envío de los mensajes.

## 4.2) Impacto ecológico.

Toda actividad humana tiene una huella ecológica, la causada por la enorme cantidad de correos electrónicos es considerable. Es imposible determinar cuántos correos electrónicos circulan diariamente, pero algunos expertos creen que se envían más de mil millones de correos electrónicos diarios. Entre el 80 y el 90 por ciento de los correos electrónicos enviados al año son no deseados.

Según un estudio de McAfee, la compañía más grande del mundo de ciber seguridad, el envío de un correo electrónico genera una huella ecológica 0.3 gramos de CO<sub>2</sub>. En su tránsito por servidores, computadoras, hubs de datos, satélites, complejos de almacenamiento... desde que es enviado hasta que se encuentra en el buzón de entrada del receptor un correo electrónico, produce la misma cantidad de emisiones de gases de efecto invernadero que un automóvil cuando se desplaza un metro.

---

<sup>74</sup> *"the cost of spam handling finally gets passed on to the ISP's users, up to 10% of a user's ISP bills may go towards combating spam and providing technical support for spam-induced problems."* Traducción del autor. *Supra*. p. 8

El trabajo publicado por McAfee sostiene que este impacto multiplicado por el volumen de correos abusivos produce la cantidad de CO<sub>2</sub> que se generaría al conducir alrededor del planeta Tierra 1.6 millones de veces o la cantidad de CO<sub>2</sub> que generan 3 millones de automóviles al año.<sup>75</sup> En este proceso, según la revista *WIRED*, en un artículo escrito por BRANDON KEIM en abril de 2009, por el envío de SPAM se consume al año la cantidad de energía que la ciudad de Chicago consume en dos años.<sup>76</sup> En opinión de KEIM, “Erradicar el SPAM podría no salvar del deshielo a los polos, pero el mundo sería un poco más limpio sin SPAM.

### **5) Los mensajes no solicitados, aproximaciones ampliada y restrictiva.**

Ahora que hemos visto que hay un impacto medioambiental y económico, que el fenómeno ocurre en Ecuador y los principios ordenadores de los que se nutre nuestra LCE, es menester revisar las tendencias que existen respecto de la regulación de los mensajes no solicitados.

Se registran en las legislaciones del mundo, principalmente, dos aproximaciones para la regulación del SPAM. Por una parte, se tratan de hacer distinciones con el propósito de limitar el alcance del término SPAM, ésta es la corriente a la que nuestra legislación y la de Estados Unidos se han adherido. Esta tendencia restringe el alcance de las regulaciones sobre mensajes no deseados.

Por otra parte, existen regulaciones más recientes que extienden la expresión “mensaje no solicitado”, literalmente a todo mensaje “no solicitado”. Es el régimen de la Unión Europea que armoniza con las recomendaciones propuestas por la UIT. Esta aproximación, en cambio, no escatima el alcance de las regulaciones.

---

<sup>75</sup> MCAFEE INC. *The Carbon Footprint of Email Spam Report*. Op cit. pp. 3- 7

<sup>76</sup> B. KEIM. “*Eradicating spam might not save the polar ice cap, but the world would be a bit cleaner without it*”. Consulta en línea. <http://www.wired.com/wiredscience/2009/04/spamcarbon/> (25 de noviembre de 2009)

### 5.1) Normativa restrictiva.

En los Estados Unidos, hasta el año 2003, cada estado podía erigir su propia regulación del SPAM. Situación que cambió con la sanción del “*Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act of 2003*”

La mencionada Ley Federal prevalece con disposición expresa sobre regulaciones estatales. Se la conoce entre activistas contrarios al SPAM como *U-CAN-SPAM ACT* porque no es una Ley anti SPAM, sino un compendio de estándares nacionales para el envío de SPAM. No es de extrañar ya que Estados Unidos es el país del mundo que más correo no deseado envía.

Esto ocurre porque aparentemente el valor más grande protegido por la Ley es regular la industria del *Marketing*, en lugar de proteger la privacidad de los usuarios. La Abogada mexicana CLAUDIA FONSECA MARTÍNEZ comenta sobre el espíritu que impulsa a Ley estadounidense “... su principal sustento es el principio de que el comercio, sea establecido por el medio que sea, no debe ser frenado, ni obstaculizado y que su ejercicio debe ser libre”.<sup>77</sup>

En Norteamérica, también en el año 2003, se sancionó una Ley “*To amend section 227 of the Communications Act of 1934 to prohibit the use of the text, graphic, or image messaging systems of wireless telephone systems to transmit unsolicited commercial messages*”. A la que se llama usualmente: “*Wireless Telephone Spam Protection Act*”. Esta Ley restringe el correo no solicitado destinado a dispositivos de telefonía móvil, (no lo prohíbe), y solamente regula los mensajes publicitarios, pero, en definitiva, es el mayor punto de conexión que tienen las regulaciones Europea y Americana en lo referente al envío de mensajes comerciales no solicitados a terminales electrónicas. Esto debido a que esta Ley adopta un carácter que limita el envío de mensajes, tal como las legislaciones europeas.

La “*Wireless Telephone Spam Protection Act*” fue aprobada porque, en el año 2002, la FCC implementó nuevas reglas para llamadas móviles al sistema de auxilio 911. La FCC comenzó a obligar a las operadoras y a los fabricantes de teléfonos celulares incluir sistemas para rastrear las

---

<sup>77</sup> C. FONSECA MARTÍNEZ. *El SPAM y el ejercicio de la Libertad en la Red*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí. No. 081 - Abril del 2005

llamas de emergencia. Acontecimiento fue notado por la *Direct Marketing Asosiation (DMA)*<sup>78</sup> que comenzó a cavilar la posibilidad de ofrecer publicidad basada en tecnología de posicionamiento al celular.<sup>79</sup>

## 5.2) Normativa ampliada.

Por otra parte, las leyes de los estados europeos tienden a no restringir su criterio acerca del correo basura. Y en algunos casos prohíben tajantemente el envío si no hubo consentimiento. Un buen ejemplo lo podemos hallar en La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de España que, en su artículo 21.1 prohíbe, de forma expresa, el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

Sin embargo, son las normas especialmente a nivel de la comunidad, las que postulan que todo envío si no registra consentimiento es SPAM. Enseña SILVIA TELECHEA:

...la Directiva 58/2002/CE, Concerniente al procesamiento de datos personales y a la protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Directiva sobre la intimidad y las comunicaciones electrónicas, que introdujo el principio del consentimiento previo para el envío de correo electrónico con fines comerciales (incluidos mensajes SMS o MMS enviados a teléfonos móviles), así como garantías complementarias para los consumidores. En su artículo 13 numeral primero se sostiene lo siguiente: “Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana, fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo.”<sup>80</sup>

---

78 En el Ecuador, su contraparte sería La Asociación Ecuatoriana de Agencias de Publicidad. AEAP. Que incluso organiza seminarios como el de: “*Marketing Digital, Móvil e Interactivo*” Impartido el 17 de octubre de 2008 en la ciudad de Quito.

79 L. BRUCE. *Cell phone spam can cost you*. El escenario sería parecido a este: Una persona se encuentra cerca de una pizzería y de repente recibe un mensaje que dice “ven a la pizzería, recibirás un descuento en la pizza familiar”. Situación que, va a ocurrir. Así como hoy ocurre que podemos hacer llamadas desde cualquier lugar lo que antes era impensable o recibimos publicidad específicamente diseñada para el lugar desde el que navegamos por Internet. Consulta en línea. <http://www.bankrate.com/brm/news/pf/20010814a.asp> (25 de noviembre de 2009)

80 S. TELECHEA DAYUTO. *La regulación contra el spam en la Unión Europea y en la legislación española* Tecnoiuris. 2009 <http://www.tecnoiuris.com.ar/publicaciones/regulacion-spam-UE1.php>

Importante es mencionar que el numeral segundo del mismo artículo, establece que cuando una persona obtenga la dirección electrónica de un cliente, es lícito utilizar esta información para promocionar productos similares siempre y cuando se informe al cliente y se establezca un mecanismo de des-suscripción. En el contexto de las comunicaciones MMS o SMS a teléfonos portátiles. La norma en mención hace que los mensajes enviados por la propia operadora con motivo de la promoción de otro producto de la misma operadora no son SPAM.<sup>81</sup> Pero si la operadora comienza a hacer de agencia de publicidad para otras empresas, le puede a Vodafone en Austria, que fue multada este año con € 110.00 por enviar SMSs en una campaña de publicidad contratada por Coca Cola.<sup>82</sup>

En Europa, al fenómeno del SPAM, se le aplica también la Directiva General sobre Protección de Datos 95/46/CE, de Prohibición de la Recogida Automática de Datos Personales en Lugares Públicos de Internet.

También se aplica la Directiva 2005/29/CE, de mayo de 2005, relativa a las Prácticas Comerciales Desleales de las Empresas en sus Relaciones con los Consumidores en el Mercado Interior, la que, en su Anexo I Prácticas Comerciales que se Consideran Desleales en Cualquier Circunstancia contiene, en el numeral 26, el siguiente texto:

Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual...

Por lo que en Europa, además de estar prohibido, el envío de mensajes no solicitados, es una práctica agresiva y desleal.

---

81 En lo referente el inciso segundo del artículo 13 de la directiva europea manda a los estados miembros hacer la transposición de la misma en este sentido“ No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares...”

82 P. STAFFORD. *Vodafone fined \$110,000 for spam SMS messages*. Consulta en línea. <http://www.smartcompany.com.au/legal/20091111-vodafone-fined-110-000-for-spam-sms-messages.html> (25 de noviembre de 2009)

Esto ocurre porque la legislación europea ciertamente prefiere precautelar la privacidad de subscriptores e internautas. A diferencia de la legislación Americana que prefiere “no poner trabas al comercio”.

Por ello, las legislaciones europeas, incorporaron a su Derecho los “Datos de Carácter Personal”.<sup>83</sup> Y en todos los estados miembros existen organismos de control que precautelan los datos personales. Allí no se puede comerciar con datos personales, ni transferirlos sin consentimiento expreso. Las penas al incumplimiento son severas.

En definitiva, la legislación Europea, inclina más la balanza por restringir el correo basura en lugar de regularlo con un conjunto de estándares.

Creo que es importante mencionar que la Constitución Política del Ecuador del año 2008 recoge el principio de los Datos con Carácter Personal en su artículo 92, e incluso da derecho de acción a las personas afectadas para enmendar perjuicios.<sup>84</sup>

---

83 Datos de Carácter Personal son cualquier información concerniente a una persona física que permite su identificación o la hace identificable. Una dirección de Internet o un número de teléfono no siempre son datos personales, pero si van unidos a otra información que haga identificable a un individuo, si son datos personales. Que se considere a una dirección electrónica (número de teléfono, IP, dirección de correo electrónico...) dato de carácter personal dependerá del contexto y de la información personal que revele la dirección. Todo ello, teniendo en cuenta que por el Mandado Constituyente de Portabilidad Numérica, en Ecuador el número de teléfono le pertenece al titular, y al ser así hace que este sea fácilmente identificable. Usualmente, dentro de los datos de carácter personal se incluye una categoría que merece el más esmerado cuidado, y es la de la información sensible que a criterio de la ONU son: “cierto tipo de datos personales cuya utilización puede dar lugar a discriminaciones ilegales o arbitrarias”. Directrices Para la Regulación de Ficheros Automáticos de Datos Personales. Resolución de la Asamblea General 45/95 de enero de 1991.

84 Art. 92. Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

## 6) La portabilidad numérica. Implicaciones de considerar al número de teléfono móvil un dato personal.

La LCE, define a los datos personales como: "... aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, que son materia de protección en virtud de esta Ley." Y añade: "Datos Personales Autorizados: Son aquellos datos personales que el titular ha accedido a entregar o proporcionar de forma voluntaria, para ser usados por la persona, organismo o entidad de registro que los solicita, solamente para el fin para el cual fueron recolectados, el mismo que debe constar expresamente señalado y ser aceptado por dicho titular." Pero hasta allí llega nuestro ímpetu regulador, ya que carecemos de una ley de la materia.

Durante las sesiones de la Asamblea Constituyente de 2008, se debatió sobre la imperiosa necesidad de contar con una Ley de Protección de Datos, ya que somos de los pocos países en Latinoamérica que ha descuidado su creación.<sup>85</sup>

Si en Ecuador se sanciona una Ley sobre la Protección de Datos Personales, es muy posible que se considere a los números telefónicos de teléfonos portátiles, así como a direcciones de correo electrónico como datos personales en ciertos casos. Si este sucede, la venta o transferencia de bases de datos con direcciones electrónicas y datos sobre sus propietarios significaría una vulneración del derecho a la intimidad.

Las empresas operadoras de telefonía y las sociedades que ofertan contenido para que se descargue en los dispositivos electrónicos móviles, no solo tienen información de nuestro número de teléfono, tienen infinidad de datos de los usuarios. Crean con ellos perfiles del cliente, detallan sus hábitos de consumo, su dirección, y datos de su identidad. Este hecho les da gran poder, sobre ello explican EKMEDJIAN y PIZZOLO:

En las sociedades informatizadas del presente, el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, si no sobre el uso de información que permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos, casi sin necesidad de medios coactivos.<sup>86</sup>

Pero, es MOLINA QUIROGA, citado por R. BRENNAN, quien cae en cuenta que:

---

85 Consulta en línea. <http://asambleaconstituyente-ecuador.blogspot.com/2007/06/derecho-la-proteccion-de-datos.html> (25 de noviembre de 2009)

86 M. A. EKMEDJIAN y P. CALOGERO. *Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Buenos Aires. De Palma. 1996 p. 115

“el tratamiento automatizado de datos personales se ha convertido en una arma estratégica de manipulación de conductas individuales... y que la aplicación de avanzados métodos telemáticos a la información de carácter personal ha dejado de ser la excepción para convertirse en la rutina diaria”.<sup>87</sup>

En definitiva, la información da poder a quien la posee. Señala respecto de ello ÁNGEL DAVARA que ahora existe una nueva clase: los poseedores de a información.<sup>88</sup>

Sin entrar a analizar con detenimiento el manejo que se les deben dar a las inmensas bases de datos con perfiles e información de los usuarios, --porque ese es tema de una investigación diferente--, en general, la doctrina y la ley han tenido el atino de considerar que un dato, si tiene una asociación con información que permita identificar a una persona es un dato de carácter personal.

En nuestro país, debería por tanto, considerarse que el número de teléfono móvil asociado a un nombre es un dato de carácter personal pues proporciona información sobre una persona determinada. Ampliando la protección a la privacidad; la doctrina española, se ha pronunciado razonando que el propio número de teléfono, aún sin aparecer directamente asociado a una persona, puede tener la consideración de dato personal si a través de él se puede identificar a su titular.

En Ecuador, el Mandato Constituyente No. 10 Sobre Portabilidad Numérica, dispone que todo abonado a los servicios de telecomunicaciones móviles, tiene derecho a mantener su número telefónico, aún cuando cambie de red o de servicio de operadora. Es decir que con la portabilidad numérica, el mismo número siempre va a asociar a la misma persona, aún así el individuo, cambie de domicilio. En, este contexto, el número de teléfono es personal, tanto como la dirección del domicilio.

Es así que en Ecuador, un número de teléfono siempre va a asociarse con una misma persona (salvo circunstancias especiales) tan así que, para que un abonado pueda portarse de una operadora a otra, tiene que justificar sobradamente su identidad y su posesión del número

---

87 R. G. BRENNAN. *Internet y Privacidad. Reflexiones sobre la sociedad de la información y la recolección de datos on line*. Informática Y Derecho. Vol 8 Lexis Nexis, Depalma. Buenos Aires 2002 Citando a: Molina Quiroga, Eduardo. p. 4

88 M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Informático*. Op cit. p. 23

de teléfono. Con la portabilidad, el “dato” del número telefónico es una referencia fija de un sujeto.

Claro está que un número de teléfono en sí mismo, no es un dato personal, pero debido a que un número con portabilidad, siempre será de un mismo individuo, en cualquier lugar del país y con cualquier operadora; no se puede dispensar cualquier trato a los bancos de datos con números telefónicos. Un número de teléfono ya no es cualquier dato. Es un dato más personal que el domicilio, porque el teléfono móvil... persigue a su dueño en cada traslado. Deja el domicilio con el dueño. Y si un domicilio es inviolable, tampoco hay razón para que sea transgredida la privacidad de un teléfono.

Los publicistas electrónicos deben tratar a los bancos de datos con números de teléfono móvil obedeciendo las mismas reglas de protección existentes para los datos personales. No se pueden transferir estos datos, y en todo caso el interesado debe tener la posibilidad de negarse.

Situación que pone mayor presión al desarrollo de nuestra Ley de Protección de Datos.

Y si este es el panorama, entonces que llegue SPAM a un teléfono móvil es un atentado contra la privacidad. A más de que todo SPAM es un atentado contra la autodeterminación informativa.<sup>89</sup>

Yo no le encuentro respuesta a la siguiente reflexión, en Ecuador, la telefonía móvil es tan importante que la Asamblea Constituyente se preocupó de ella mientras se daba tiempo de fundar nuevamente la patria... pero nadie se percató que hace años por teléfono móvil se celebran actos de comercio, o a los Asambleístas, no les interesó sabiéndolo.

## **7) Buscando una definición adecuada del correo no deseado.**

En nuestra legislación no existe definición de mensaje electrónico no deseado, en lugar de ello, hay la tipificación de una conducta (... quien envíe mensajes comerciales periódicos,

---

<sup>89</sup> La autodeterminación informativa, uno de los derechos de tercera generación. Tiene dos dimensiones importantísimas; Una negativa, por la que cualquiera puede rechazar la intromisión de extraños en su vida privada o defender su intimidad. Y una positiva, que consiste en la auto tutela de nuestra intimidad.

deberá...), en este aspecto, la regulación ecuatoriana adopta la misma aproximación normativa general de la legislación de Estados Unidos. Las normas de los dos países se han valido del principio “OPT-OUT” cuya contraparte es el principio “OPT-IN” mismos que analizaré más adelante.

En el mundo, no hay un consenso acerca de las comunicaciones electrónicas que constituyen SPAM, pese a que se aplica el término de una manera general al mismo fenómeno. Sin embargo, hay una tendencia a calificar al SPAM como un fenómeno que hostiga a los medios electrónicos de comunicación. Llegar a un consenso es, por decir lo menos, una tarea difícil, considerando las múltiples aproximaciones y la perspectiva particular de las diferentes legislaciones.

Esta situación ha impedido que exista una necesaria homologación, un significado común de SPAM. Con respecto de la realidad mexicana, señala la abogada FONSECA MARTÍNEZ: “...y es que en nuestro país, el término Spam para la gran mayoría de los usuarios de las comunicaciones electrónicas, aún no tiene connotación o, al menos, no una claramente definida”.<sup>90</sup> Este bien puede ser un comentario a la situación ecuatoriana. Y también a la colombiana, peruana, chilena y en general de toda la región. Por ello, entre los consumidores, no existe la conciencia de que el fenómeno del correo basura, afecta por igual a cualquier red electrónica.

Con esas consideraciones podemos destilar el primer elemento para una definición de SPAM. Ocurre en redes electrónicas de tecnologías de acceso a la información.

Adicionalmente, se puede decir que lo que convierte a un mensaje electrónico en mensaje no solicitado, es que no se haya expresado consentimiento previo para recibir el mensaje. Sin embargo, hay que conceder que si se considera que el envío de un mensaje no solicitado, en todos los casos configura el fenómeno del correo basura, habría un exceso. Es necesario que coincidan algunos elementos que es menester analizar para determinar si un mensaje electrónico es SPAM.

---

90 C. F. MARTÍNEZ. *El SPAM y el ejercicio de la Libertad en la Red*. Op cit.

Para buscar los elementos comunes que permitan producir una definición apropiada de SPAM, primero, debemos revisar conceptos de SPAM técnicos, o legales y técnicos que gocen de amplia difusión.

- ❖ Así, para la organización *SpamHaus*, constituyen SPAM los mensajes no solicitados a los que el destinatario no ha ofrecido un consentimiento verificable para el envío del mensaje. El mensaje debe formar parte de un conjunto mayor de mensajes, todos con contenido substancialmente idéntico. *SpamHaus*, igualmente, aporta la siguiente consideración: “Un mensaje electrónico es SPAM si:
  - 1) la identidad personal del destinatario y el contexto es irrelevante porque el mensaje es igualmente enviado a otros destinatarios potenciales;
  - 2) el receptor no ha concedido un permiso verificable, deliberado, explícito y en todos casos revocable para que el mensaje sea enviado.<sup>91</sup>
- ❖ La Corte Suprema del Estado de Washington, en su decisión judicial del caso “*State of Washington v. Jason Heckel Doing Business as Natural Instincts*” de 7 de junio de 2001 aporta una rica definición de SPAM: “El término SPAM hace referencia en un sentido amplio al correo electrónico no solicitado (o correo basura) enviado en masa, que bien puede ser comercial (como las publicidades de productos) o no comercial (como un chiste o una cadena de cartas)”.<sup>92</sup>
- ❖ También en Estados Unidos, en 2003, el Senado aprobó una Ley “*To criminalize the sending of predatory and abusive e-mail.*” Que se conoce como *Criminal Spam Act of 2003* Esta Ley complementa el *CAN SPAM Act*, y criminaliza a los mensajes comerciales maliciosos que puedan afectar o afecten a sistemas informáticos. La Ley utiliza el criterio del volumen para determinar si un mensaje no es deseado. Dicha Ley determina que son SPAM los mensajes múltiples, y añade que: El termino múltiple, para el propósito de los crímenes definidos anteriormente, significa: más de 100 mensajes de correo electrónico durante un periodo de 24 horas; más de 1.000 mensajes de correo electrónico durante

---

91 “An electronic message is SPAM if: 1) the recipient's personal identity and context are irrelevant because the message is equally applicable to many other potential recipients; 2) the recipient has not verifiably granted deliberate, explicit, and still-revocable permission for it to be sent”. Traducción del autor. Consulta en línea. <http://www.spamhaus.org/definition.html> (25 de noviembre de 2009)

92 “The term ‘spam’ refers broadly to unsolicited bulk e-mail (or ‘junk’ e-mail), which ‘can be either commercial (such as an advertisement) or noncommercial (such as a joke or chain letter)’”. Traducción del autor.

un periodo de 30 días; o más de 10.000 mensajes de correo electrónico durante el periodo de un año.<sup>93</sup>

El mecanismo de la Ley norteamericana, en mi opinión, es un criterio práctico y acertado que, de ser emulado a nivel internacional, produciría buenos resultados para disminuir el impacto del correo abusivo. Lastimosamente este criterio se emplea únicamente para el correo malicioso, asunto que genera una complicación para la definición del fenómeno, existe pues en Estados Unidos un SPAM bueno (legal y bien intencionado) y otro malo y criminalizado.

- ❖ En Perú ya cuentan con una “Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (spam)”, Ley 28493 en la que, el legislador opinó que SPAM es:

Todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar... y la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico.

Dejando el calificativo de no deseado al hecho de si se prestó o no consentimiento para recibir el mensaje.

- ❖ Para la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), SPAM o correo basura es todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica.<sup>94</sup> Acorde a la tendencia europea, ésta es una aproximación amplia. De este modo, en España, se entiende por SPAM cualquier mensaje no solicitado y que normalmente tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es mediante el correo electrónico.
- ❖ Para la Asociación de empresas proveedoras de servicios de Internet, valor agregado, portadores y tecnologías de la información de Ecuador, (AEPROVI) SPAM es el correo electrónico masivo y no solicitado. Pero añade que técnicamente, un mensaje de correo electrónico también es considerado SPAM cuando el remitente está incluido dentro de una o más listas negras que son revisadas por el proveedor del servicio”.

---

93 “The term *multiple*, for purpose of crimes defined above, “means more than 100 electronic mail messages during a 24-hour period, more than 1,000 electronic mail messages during a 30-day period, or more than 10,000 electronic mail messages during a 1-year period.” Traducción del autor.

94 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Guía para la lucha contra el SPAM*. Consulta en línea. <https://www.agpd.es> (25 de noviembre de 2009)

- ❖ La enciclopedia Wikipedia en su entrada sobre SPAM señala: “SPAM es el abuso de los sistemas electrónicos de mensajes (inclusive los sistema de transmisión de medios, o los sistemas de entrega electrónicos) para el envío de mensajes no solicitados en masa y de manera indiscriminada.
- ❖ Para la Comisión de Comunicación Multimedia del Gobierno de Malaysia el SPAM consiste de mensajes no solicitados, enviados a través de varios sistemas de comunicación, incluyendo pero no limitados el correo electrónico, los mensajes cortos de texto, o los servicios de mensajería instantánea en donde no exista una relación previa entre el remitente y el receptor del mensaje independientemente del contenido y de si el mensaje es comercial o no, inclusive de si el mensaje contiene solamente datos o no o, de si es malicioso.<sup>95</sup>

Notamos que hay diferencias en las aproximaciones a nivel técnico y legislativo. Las definiciones legales suelen ser más amplias, y se valen del principio de neutralidad tecnológica que las hace aún más amplias, salvo en ciertos casos en los que el legislador ha considerado reducir el alcance del SPAM.

---

95 MALAYSIAN COMMUNICATIONS AND MULTIMEDIA COMMISSION. *Anti Spam Toolkit*. 2006 “Under the policy framework adopted by the Malaysian Communications and Multimedia Commission, spam is defined as unsolicited electronic messages sent through various communication modes including but not limited to e-mails, mobiles short message (SMS) or instant messaging services where there is no prior relationship between the sender and the recipient regardless of content whether commercial or non-commercial messages including malicious program and/or data”. Traducción del autor. p. 8

**Tabla 1. Puntos comunes de los conceptos de SPAM.**

En este cuadro podemos apreciar los puntos en los que los distintos conceptos de SPAM tienen afinidades. Una **X** marca el área del concepto donde hay criterio común.

|                                 | No<br>consentimiento | Forma<br>parte de<br>conjunto<br>de<br>similares | No<br>esperado | Volumen<br>por<br>lapso de<br>tiempo | Comerciales<br>y no<br>comerciales | Mal<br>intencionado,<br>ofensivo | Lista<br>negra | Abuso | Electrónico |
|---------------------------------|----------------------|--------------------------------------------------|----------------|--------------------------------------|------------------------------------|----------------------------------|----------------|-------|-------------|
| SpamHaus                        | X                    | X                                                |                |                                      |                                    |                                  |                |       | X           |
| WA<br>Supreme<br>Court          |                      |                                                  | X              | X                                    | X                                  |                                  |                |       | X           |
| Criminal<br>Spam Act<br>of 2003 | O <sup>≡</sup>       |                                                  |                | X                                    | O                                  | X                                |                | O     | X           |
| AEPD                            | X                    | O                                                | X              | O                                    | O                                  | O                                |                |       | X           |
| Ley Perú                        | X                    |                                                  |                |                                      |                                    | X                                |                |       |             |
| Aeprovi                         |                      |                                                  |                |                                      |                                    |                                  | X              |       |             |
| Wikipedia                       |                      |                                                  |                |                                      |                                    |                                  |                | X     | X           |
| Malaysia                        | X                    |                                                  | X              |                                      | X                                  | X                                |                |       | X           |

O<sup>≡</sup> Todo tipo de comunicación no solicitada, en conjunto o no, comercial o no, enviada o no en volumen. Es decir, que O significa que el concepto podría aplicarse quizás no de forma expresa.

Este gráfico, sirve para ilustrar que a pesar de las diferentes opiniones, hay una especie de terreno común (marcado con una **X**) sobre el concepto de SPAM en los siguientes términos:

1. El SPAM es un fenómeno de cantidades, de tamaño, de volumen, de periodicidad (como en Ecuador). Se utiliza este criterio, que aparenta ser práctico, debido a que más del 80% de los mensajes enviados por Internet no son solicitados.

Pero existe un problema; ¿Qué medida usar?

¿Constituye SPAM el envío de 1 ó 2 mensajes diarios a la misma dirección durante un año? O, ¿el envío de 730 mensajes en una tarde a 7 personas? ¿Es no solicitado el mensaje que se envía periódicamente por navidad (fecha en la que el SPAM en el mundo aumenta en alto porcentaje), pascuas y fiesta de reyes, desde hace 5 años a los feligreses de la parroquia?

En otro caso, un banco manda 10.000 mensajes ofertando nuevos servicios, de los cuales 6.000 fueron a clientes que habían consentido se les haga llegar esa información. De los restantes 4.000 mensajes, 2.500 se despacharon a personas que no habían consentido recibir información y sólo habían instruido al banco con su dirección electrónica. Y los restantes mensajes se enviaron a ex clientes del banco. ¿Cuál mensaje constituye SPAM y cuál no?

2. El SPAM intenta una ganancia, por lo tanto, tiene un importante elemento comercial. Es por esta razón que algunas legislaciones como la americana y la peruana, abordan la naturaleza comercial del SPAM.

Yo estoy en desacuerdo, si bien hay abundante SPAM comercial, también existen mensajes políticos, religiosos, chistes y una definición que esté fundada en la naturaleza comercial del SPAM los dejaría de lado.

3. Un mensaje que es SPAM forma parte de un conjunto de mensajes sustancialmente similares. En cualquier caso, me parece que esta aproximación no es eficiente.

La razón es simple, si se pretende limitar a los mensajes electrónicos, automáticamente generados, con contenidos similares o idénticos, simplemente se reprogramarán los ordenadores para fabricar SPAM en diferentes modelos. Quizás oferten lo mismo, pero cada mensaje será distinto.

4. También, hay una tendencia a asociar al SPAM con contenido engañoso, pornográfico, criminal, ofensivo o mal intencionado. Al respecto, DAVID HARRIS opina que una clase de SPAM que se está volviendo altamente común es aquella que supone una acción claramente criminal, o promueve un producto o servicio ilegal.<sup>96</sup> En la Unión Europea, el Convenio del Consejo de Europa contra la Ciber delincuencia de 2001, adopta este lineamiento del mismo modo lo hace el *Criminal SPAM act of 2003*, de Estados Unidos. Vale decir que en Ecuador, no es necesaria la legislación que criminalice ciertos tipos de SPAM porque, en nuestro territorio, se lo sancionaría como publicidad abusiva o engañosa, en los términos expresados por el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa Del Consumidor. Ley 21, Registro Oficial Suplemento 116, de 10 de Julio del 2000

---

96 D. HARRIS. *Drowning in Sewage. SPAM, the curse of the new millennium: an overview and white paper*. 2003 "One class of spam that is becoming increasingly common is that which proposes a clearly criminal action, or promotes a product or service that may be illegal".

(LDC). O como delito de daños informáticos en los términos que el artículo 58 de la LCE tipifica para el Código Penal.

5. También hay una preferencia a identificar al fenómeno del SPAM con los mensajes enviados no esperados. Esta es una aproximación que me genera dudas porque esperar un mensaje es del fuero interno de cada individuo.

Pese a que, a todas luces, con el envío de SPAM pueden cometerse abusos del derecho, ya que en muchos casos la persona que envía los mensajes no solicitados actúa de modo que su conducta no transgreda la norma legal que regula el comercio electrónico, su conducta produce un daño que, en este caso, sería el de la violación de la privacidad.

Por ello, la definición más vanguardista de todas, la de Wikipedia, es la única que asocia al SPAM con un abuso. Y, en mi opinión, simplemente transfiere la dificultad de determinar qué es SPAM para complicar el sentido de la idea de abuso.

Me animo, incluso, a sostener que el SPAM es un abuso del espectro Radioeléctrico que, en el artículo 2 de la LET, es definido como: “un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado”.

Como el SPAM explota un recurso natural, se lo debe limitar, ya que a los recursos naturales se los cuida del mismo modo que se protege de contaminación el suelo o el agua.

Se nota que la aproximación con la que cada estado regule al SPAM tiene muchas ecos. Por ello, para definir bien que es SPAM es necesario primero discutir sobre OPT-IN y OPT-OUT.

### **7.1) OPT-OUT.**

Cuando se permite el envío libre de todo tipo de comunicaciones electrónicas en cantidad y contenido, estamos frente a la aproximación OPT-OUT.

Esta situación, implica que quien recibe las comunicaciones debe escoger si las sigue aceptando o si se des suscribe de su remisión; es decir, como razona la jurista brasileira CYNTHIA

MACHADO VIANNA, con la adopción del sistema OPT-OUT se hace necesaria la voluntad del usuario para impedir el envío de nuevos mensajes.<sup>97</sup>

Esa es la razón por la que los mensajes electrónicos no deseados en Ecuador suelen contener una advertencia parecida a la siguiente:

Correo enviado siguiendo el Registro Oficial 735 de 31 de diciembre de 2002, Decreto No. 3496, Artículo 22 de correo electrónico del Ecuador y su Reglamento Si no desea seguir recibiendo correos por parte de nuestra empresa, escribanos a [borrarcampana@gmail.com](mailto:borrarcampana@gmail.com) con el texto "Remover"

Parece que el criterio OPT-OUT tiene fundamento en una ficción legal que supone que el usuario ha prestado, previamente, su consentimiento para recibir todos los mensajes que se le quieran enviar.

Este criterio en lugar de dar a las personas la opción de incluirse en una lista de mensajería, las incluye de forma automática y, después, les concede la opción de excluirse de la lista.

En estados Unidos y, por lo tanto, en los países que han sido inspirados por su legislación, este enfoque mucho debe a la Direct Marketing Association, que practicó *lobby* en el Congreso a favor de la posición OPT-OUT, alegando que los individuos “tienen el derecho” de salir de una suscripción de envíos.<sup>98</sup> El espíritu de esta Ley, en palabras de FONSECA MARTÍNEZ, consiste en que:

...a nivel formal, el principal fundamento es que los mensajes comerciales bajo ciertas características, pudieran resultar lícitos ya que impulsan el comercio y permiten medios de publicidad a menores o nulos costos para los comerciantes y son de fácil propagación.<sup>99</sup>

Yo, me declaro en contra del OPT-OUT coincidiendo con en el siguiente razonamiento de FONSECA MARTÍNEZ, quien apunta respecto de la Ley norteamericana:

---

97 C. S. MACHADO VIANNA “...a adoção do sistema opt-out, no qual é necessária a vontade do usuário para impedir o envio de novas mensagens”. *Spam: uma abordagem crítica*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí. No. 049 - Agosto del 2002

98 S. GAUTHRONET & É. DROUARD. *Unsolicited Commercial Communications and Data Protection*. Commission of the European Communities. 2001 “The DMA has defended its approach arguing that the scheme operates on the basis of the individual’s right to opt out”.

99 C. FONSECA MARTÍNEZ. *El SPAM y el ejercicio de la Libertad en la Red*. Op cit.

...esto daña y obstaculiza por igual el comercio de servicios que proveen los ISPs e incluso a las empresas de comercio electrónico, al generar desconfianza en el uso de los medios electrónicos para la comunicación y sobre las transacciones comerciales en línea.<sup>100</sup>

Añado que el OPT-OUT es ineficaz, ya que la mayoría de consumidores, simplemente, borran los mensajes que identifican con publicidad o cadenas.

Igualmente, es oportuno informar que, como informa la Agencia Española de Protección de datos, el OPT-OUT: era la antigua tendencia europea con respecto a la prestación del consentimiento, tal y como se preveía en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de sociedad de la información y en particular el comercio electrónico en el mercado interior.<sup>101</sup>

El modelo OPT-OUT tiene algunas repercusiones inherentes:

- Muy usualmente, los mensajes enviados carecen del mecanismo expedito sencillo y “gratuito” para que el destinatario solicite no recibir más mensajes.
- Los mensajes de SMS casi nunca incorporan estos mecanismos. Llamar a la operadora para bloquear a un remitente, de ninguna manera es un mecanismo expedito que no cause molestias.
- El costo de la des suscripción lo cubre, por entero, quien recibe el mensaje, esta persona tiene que incurrir en un trámite para desafiliarse.
- En la práctica, responder a un mensaje electrónico enviado por un *spammer* es, en muchos casos, informar al remitente que la dirección electrónica está activa y esto puede animar a otros *spammers* a enviar todavía más mensajes. Situación que fuerza a responder solamente los correos electrónicos de los que se conozca el remitente y confíe en él.
- Al responder a un mensaje de un *spammer*, el riesgo de exponer información nuestra es mayor, posibilitando que se de mayor cantidad de casos de *phishing* y cosecha de direcciones. En palabras de la OECD para des suscribirse el correo electrónico debe ser

---

<sup>100</sup> *Supra*.

<sup>101</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Guía para la lucha contra el SPAM*. p. 26

abierto y contestado, lo que es contrario a cualquier práctica de “buena seguridad” electrónica.<sup>102</sup>

- Los mensajes no deseados no siempre ofrecen una dirección verdadera y en correcto estado de funcionamiento, a la que puedan reenviar un mensaje solicitando su remoción del envío.<sup>103</sup>
- En el caso del servicio de telefonía móvil, si un usuario envía un mensaje para participar en un concurso, descargar contenido o el horóscopo. En virtud del OPT-OUT, la persona con la que se contrató, podría enviar más mensajes con información de productos similares al horóscopo, el concurso o la colección de nuevas fotos.
- Por último, dada la abundancia de mensajes que circulan cuando hay OPT-OUT, los proveedores se ven obligados a filtrar los mensajes y lo hacen por contenidos. Mensajes con contenido explícito, o con palabras usualmente encontradas en mensajes comerciales no deseados son filtrados. Esto no debería suceder, ya que de querer bloquear un mensaje, debería ser el usuario el que lo solicite y no el proveedor el que lo haga, de “oficio”.
- Al optarse por esta regulación se omitió considerar detalles prácticos, como el hecho, frecuente, de que, al solicitar ser removido, aparece una dirección que lleva a registrarse en una base de datos<sup>104</sup> de un país extranjero, en donde ninguna posibilidad tiene de ser aplicada la ley nacional.<sup>105</sup>

---

102 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy, Committee for Information, Computer and Communications Policy. Task force on spam. *Anti-Spam Regulation*. 2005 “In order to unsubscribe the e-mail must be opened and responded to, which is contrary to good e-security practice”. p. 13

103 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy, Committee for Information, Computer and Communications Policy. Task force on spam. *Report of the OECD Task Force on SPAM: Anti-SPAM Toolkit of Recommended Policies and Measures*. 2006 p. 23

104 Un banco de datos es un conjunto de datos estructurados, organizados y reagrupados por conjuntos homogéneos combinados a procesos o medios automáticos para su archivo, elaboración o el intercambio de los mismos.

105 Así razonó J. J. LEIVA. En su artículo: *Datos Personales, Spam y Derecho. Propuestas de modificaciones a la ley 19.628 a propósito de las comunicaciones comerciales por correo electrónico en Chile*.

## 7.2) OPT-IN.

El principio OPT-IN es todo lo contrario al OPT-OUT; es decir, el consentimiento previo de la persona a la que se le va a enviar la comunicación electrónica es esencial.

Sin dicho consentimiento, la comunicación es no solicitada. Generalmente se le aplica esta aproximación a los mensajes con contenido comercial y a los mensajes maliciosos.

Esta es la aproximación Europea, adoptada por la Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12 de julio de 2002 (Directiva 58/2002/CE). La única salvedad para el envío de comunicaciones comerciales, que la legislación europea contempla, como mencioné, es que exista de por medio, una relación contractual previa y el sujeto no manifieste su voluntad en contra de recibir comunicaciones electrónicas.

Aquella regulación se traduce en un mayor nivel de privacidad a una mayor regulación de la libertad para el envío de mensajes. Respecto de ello, FONSECA MARTÍNEZ nos recuerda que la libertad de uno, termina donde comienza la del otro, y razona que acaso ¿Cuándo se habla de la libertad que debe existir en la red, esta solo se refiere a la que los comerciantes reclaman para publicitar y comercializar sus bienes y servicios? ¿Acaso esta no incluye la que como usuarios, debemos tener para recibir los correos que solicitamos o esperamos recibir?”<sup>106</sup>

El OPT-IN no se vale de ficción legal alguna; el consentimiento para recibir una comunicación electrónica, en este caso, debe ser expreso y no asumido.

En todo caso, la aproximación OPT-IN no coarta la libertad de expresión, a contrario, solamente limita el SPAM.

## 7.3) Definición tentativa de SPAM.

Vistos todos estos antecedentes, llegó el momento de definir el SPAM, empresa, que en mucho dependerá de la postura; las legislaciones OPT-OUT, por ejemplo, suelen considerar no

---

106 Cfr. C. FONSECA MARTÍNEZ. *El SPAM y el ejercicio de la Libertad en la Red*. Op cit.

deseados, solamente, a los mensajes maliciosos ya que los otros mensajes, aunque no solicitados, cumplen con los estándares legales.

Una vez más, apegado a la lógica de FONSECA MARTÍNEZ, diré

El hecho es que... aún no existe una clara diferenciación entre las características de un mail comercial legal a uno ilegal, lo que no solo obstaculiza el comercio sino además genera la desconfianza de los usuarios hacia el comercio ejercible en línea y hacia la eficacia en el uso de las comunicaciones electrónicas.<sup>107</sup>

Pero, de todos modos, se registra una tendencia siempre que se trate de ofrecer una aproximación tanto en legislaciones OPT-IN como en OPT-OUT y aproximaciones intermedias. Es una especie de consenso para limitar el alcance del ordenamiento referente al SPAM a las comunicaciones electrónicas comerciales.

Por último, complicando aún más el panorama, casi ninguno de los trabajos de organizaciones especializadas, que han querido dar tratamiento al tema, se han propuesto definirlo. Han preferido, en lugar de ello, depositar esta responsabilidad en las legislaciones nacionales.

Más allá de ello, en mi opinión, la mejor de las definiciones es la de la AEPD y me suscribo a su criterio afirmando con los españoles que: “el correo basura es todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica” y añadiría que es una práctica abusiva, nutrido de la opinión de Wikipedia.

Esta es una definición amplia pero que, a la vez, obvia puntualmente complicaciones presentes en otras definiciones de SPAM tales como regular específicamente los mensajes comerciales, los mal intencionados, o los mensajes que forman parte de un conjunto de mensajes similares y los no esperados.

#### **7.4) Los mensajes de datos no solicitados en la legislación ecuatoriana.**

A los mensajes electrónicos no solicitados, la legislación nacional les regula dedicándoles apenas tres artículos. En primer lugar, un artículo (50) en la Ley de Comercio Electrónico,

---

<sup>107</sup> *Supra*.

mismo que bosqueja reglas generales para los mensajes comerciales, y un artículo en el reglamento de dicha Ley (22), que, de manera más minuciosa, se aproxima al tema, pero que genera confusiones. A estos dos artículos se le suma el artículo (48) acerca del consentimiento para aceptar mensajes de datos, de la LCE. Este hecho produce una antinomia.

Antinomia sostenida porque el artículo 48 aparentemente adopta una postura OPT-IN y los artículos 50 LCE y 22 de su reglamento son OPT-OUT.

El artículo 48, ubicado en el Capítulo Tercero “De los derechos de los usuarios o consumidores de servicios electrónicos”, manda:

**Art. 48.** Consentimiento para aceptar mensajes de datos.- Previamente a que el consumidor o usuario exprese su consentimiento para aceptar registros electrónicos o mensajes de datos, debe ser informado clara, precisa y satisfactoriamente, sobre los equipos y programas que requiere para acceder a dichos registros o mensajes.

El usuario o consumidor, al otorgar o confirmar electrónicamente su consentimiento, debe demostrar razonablemente que puede acceder a la información objeto de su consentimiento.

Si con posterioridad al consentimiento del consumidor o usuario existen cambios de cualquier tipo, incluidos cambios en equipos, programas o procedimientos necesarios para mantener o acceder a registros o mensajes electrónicos, de forma que exista el riesgo de que el consumidor o usuario no sea capaz de acceder o retener un registro electrónico o mensaje de datos sobre los que hubiera otorgado su consentimiento, se le deberá proporcionar de forma clara, precisa y satisfactoria la información necesaria para realizar estos cambios y se le informará sobre su derecho a retirar el consentimiento previamente otorgado sin la imposición de ninguna condición, costo alguno o consecuencias. En el caso de que estas modificaciones afecten los derechos del consumidor o usuario, se le deberán proporcionar los medios necesarios para evitarle perjuicios hasta la terminación del contrato o acuerdo que motivó su consentimiento previo.

La lectura de este artículo hace entender que los usuarios deben expresar su consentimiento previo para recibir mensajes electrónicos, y que si las condiciones del servicio sobre el que se otorgó dicho consentimiento son modificadas, al usuario no se le debe irrogar ningún daño. Repito esta es una regulación OPT-IN ya que requiere del consentimiento previo.

En cambio, el texto del artículo 50 de la LCE, que también se encuentra en el Capítulo Tercero “De los derechos de los usuarios o consumidores de servicios electrónicos”, impone lo siguiente:

**Art. 50.** Información al consumidor.- En la prestación de servicios electrónicos en el Ecuador, el consumidor deberá estar suficientemente informado de sus derechos y obligaciones, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento.

Cuando se tratare de bienes o servicios a ser adquiridos, usados o empleados por medios electrónicos, el oferente deberá informar sobre todos los requisitos, condiciones y restricciones para que el consumidor pueda adquirir y hacer uso de los bienes o servicios promocionados.

La publicidad, promoción e información de servicios electrónicos, por redes electrónicas de información, incluida el Internet, se realizará de conformidad con la ley, y su incumplimiento será sancionado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

En la publicidad y promoción por redes electrónicas de información, incluida el Internet, se asegurará que el consumidor pueda acceder a toda la información disponible sobre un bien o servicio sin restricciones, en las mismas condiciones y con las facilidades disponibles para la promoción del bien o servicio de que se trate.

En el envío periódico de mensajes de datos con información de cualquier tipo, en forma individual o a través de listas de correo, directamente o mediante cadenas de mensajes, el emisor de los mismos deberá proporcionar medios expeditos para que el destinatario, en cualquier tiempo, pueda confirmar su suscripción o solicitar su exclusión de las listas, cadenas de mensajes o bases de datos, en las cuales se halle inscrito y que ocasionen el envío de los mensajes de datos referidos.

La solicitud de exclusión es vinculante para el emisor desde el momento de la recepción de la misma. La persistencia en el envío de mensajes periódicos no deseados de cualquier tipo, se sancionará de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley.

El usuario de redes electrónicas, podrá optar o no por la recepción de mensajes de datos que, en forma periódica, sean enviados con la finalidad de informar sobre productos o servicios de cualquier tipo.

Este artículo es un paraguas de protección para los consumidores pero, como el envío de correo basura ha aumentado a niveles impensables que cuando se sancionó la LCE, ahora se requiere de mayor regulación. En lo referente, el artículo 50 dispone:

- 1) En el quinto párrafo, que el envío de mensajes de datos, periódico individual o manejado mediante listas de distribución, deberá proporcionar un mecanismo de des-suscripción. Esta es una norma OPT-OUT ya que se pueden enviar tantos mensajes como se quiera, siempre y cuando éstos contengan en mecanismo por el cual el receptor puede solicitar que no se le sigan enviando.

- 2) En el sexto párrafo, el artículo dispone que la solicitud de exclusión para dejar de recibir mensajes, será vinculante para el emisor de los mensajes y que, la persistencia en el envío de los mensajes será sancionada. Más adelante, la LCE equipara el envío de SPAM a una violación a la privacidad y tipifica una sanción en el Código Penal que resulta blanda.
- 3) El párrafo final de dicho artículo establece que los mensajes electrónicos no solicitados tienen solamente carácter comercial o publicitario.

La aproximación normativa adoptada por nuestra legislación, podría presentar más problemas de los que resuelve.

- En primer lugar este artículo no precautela el derecho a la privacidad de los usuarios, puesto que no establece un sistema para la protección de datos personales; en este aspecto, básicamente, ocurre *laissez faire*. Situación que la Fiscal General de Estados Unidos, Janet Reno, notó en 1999, cuando calificó al Internet como: “*Wild West of the 21st Century*”.<sup>108</sup>

Ni Internet, la red de telefonía celular avanzada, la informática y la telemática, son ajenas al Derecho. Los conflictos surgidos de la aplicación de las modernas tecnologías deben ser resueltos. La alternativa del desamparo no es nada halagüeña.

Esta norma solamente prescribe una sanción para la violación de la intimidad<sup>109</sup>, pero no hay regulación adecuada acerca de que se puede o no hacer con listas de distribución. Ni estipula que constituyen datos personales, sensibles e íntimos.

- Y, en segundo lugar, porque nuestra norma ha considerado que los correos basura solamente son de carácter comercial o publicitario. Quedan dejados de lado mensajes políticos enviados en época de elecciones, por ejemplo, también mensajes filosóficos o religiosos como el famoso *Global Alert for All: Jesus is Coming Soon*.

---

108 La funcionaria, con motivo del primer proceso de extradición contra un hacker extranjero, que desde su país se infiltró en sistemas informáticos del gobierno de Estados Unidos dijo: “*If we aren’t vigilant, cybercrime will turn the Internet into the Wild West of the 21st Century*”. Consulta en línea.

<http://www.wired.com/thisdayintech/2009/10/1023first-computer-wiretap/> (25 de noviembre de 2009)

109 Existe una sanción referente a la obtención y utilización no autorizada de información en el título 5 de la LCE. “La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

El artículo número 50 de la LCE se encuentra desarrollado en el artículo 22 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Dicho artículo precisa:

**Art. 22.** Envío de mensajes de datos no solicitados.- El envío periódico de información, publicidad o noticias promocionando productos o servicios de cualquier tipo observará las siguientes disposiciones:

- a. Todo mensaje de datos periódico deberá incluir mecanismos de suscripción y de suscripción;
- b. Se deberá incluir una nota indicando el derecho del receptor a solicitar se le deje de enviar información no solicitada;
- c. Deberá contener información clara del remitente que permita determinar inequívocamente el origen del mensaje de datos;
- d. A solicitud del destinatario se deberá eliminar toda información que de él se tenga en bases de datos o en cualquier otra fuente de información empleada para el envío de mensajes de datos periódicos u otros fines no expresamente autorizados por el titular de los datos; y,
- e. Inmediatamente de recibido por cualquier medio la solicitud del destinatario para suscribirse del servicio o expresando su deseo de no continuar recibiendo mensajes de datos periódicos, el emisor deberá cesar el envío de los mismos a la dirección electrónica correspondiente.

Las solicitudes de no envío de mensajes de datos periódicos, se harán directamente por parte del titular de la dirección electrónica de destino.

Los proveedores de servicios electrónicos o comunicaciones electrónicas, a solicitud de cualquiera de sus titulares de una dirección electrónica afectado por el envío periódico de mensajes de datos no solicitados, procederán a notificar al remitente de dichos correos sobre el requerimiento del cese de dichos envíos y de comprobarse que el remitente persiste en enviar mensajes de datos periódicos no solicitados podrá bloquear el acceso del remitente a la dirección electrónica afectada.

Este artículo del Reglamento a la LCE también entra en conflicto con el artículo 48 de la LCE, y de algún modo ahonda las diferencias que hay con el artículo 50. Esta norma merece los siguientes comentarios:

- A) Al igual que el de la norma de mayor jerarquía, regula a los mensajes de datos con fines comerciales solamente.

- B)** Regula a los mensajes de datos enviados periódicamente, dejando de lado a lo que puede constituir SPAM eventual. Periódicamente significa “que se repite con frecuencia a intervalos determinados”. Si, por navidad, alguien envía diez millones de correos esto no sería SPAM.
- C)** Solamente faculta al receptor del mensaje de datos, a quien afecta el mensaje a solicitar el cese del envío del correo basura. Olvidándose la norma de la existencia de proveedores o administradores de red. Significa esto que si se detecta una fuente importante de SPAM malicioso, por ejemplo, los proveedores se van a encontrar con las manos atadas.
- D)** La regulación descuida a los mensajes engañosos y potencialmente peligrosos. Esto implica una ausencia de regulación del correo basura malicioso. Hay delitos informáticos, pero la regulación de esta conducta ocurre de manera tácita. No hay ni un solo artículo redactado expresamente para el combate de ningún tipo de SPAM.

### CAPÍTULO 3

## INSUFICIENCIA DE LA LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES RESPECTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO MÓVIL

Este capítulo examina las capacidades de la Ley Especial de Telecomunicaciones respecto de la telefonía celular.

C. VALENCIA SUESCÚN, sostiene que en Colombia, se debe sancionar una Ley General de Telecomunicaciones que refleje el fenómeno de la convergencia de redes y servicios. Ya que:

“la digitalización ha permitido que independientemente de la señal a transmitir, y de la red que se utilice para tal efecto, diversas señales de telecomunicaciones puedan transmitirse a través de una misma red, y que aquellas redes que antes eran especializadas para un solo servicio, puedan soportar varios, destinados a un mismo usuario”.<sup>110</sup>

VALENCIA SUESCÚN cree que dicha legislación moderna es el correcto complemento jurídico al fenómeno de la liberalización de las telecomunicaciones que, en el caso de Ecuador se experimenta desde casi una veintena de años. Cree, así como yo, que dicha legislación es importante principalmente para lograr una provisión adecuada de servicios a todas las capas de la población.

Igual ocurre en Ecuador, donde pese a la importancia de la telefonía celular y el Internet, ni nuestra Ley de Telecomunicaciones ni su Reglamento regulan la convergencia digital o de servicios, ni ninguna transmisión de datos por teléfono móvil, ni la contratación electrónica móvil, ni ningún servicio adicional al de la transición de la voz por estas redes. El mismo problema se registra en el plan nacional de TICs, que no considera un solo tema de convergencia. Teniendo en cuenta que este plan proyectó a 6 años en el futuro esto es un error.

---

110 C. VALENCIA SUESCÚN. *Elementos Básicos para una Ley general de Telecomunicaciones en Colombia*. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Legis. 2003 p. 800

Error que puede representar una oportunidad, dado que el plan vencerá en 2012. En esa fecha se podrá pensar en reconocer a la convergencia como una realidad cuyo mercado de servicios merece la atención estatal.

Ya sucede que algunas empresas (Telmex, TvCable), en un mismo contrato de prestación de servicio, ofrece un paquete de telefonía, Internet y hasta televisión. Al tiempo que operadoras de telefonía ofrecen servicios de VoIP y de proveedor de Internet corporativo por ejemplo.

Se ofrecen diferentes servicios utilizando los mismos sistemas, pero todos estos servicios están regulados por distintas leyes que, en algunos casos se perciben anticuadas. Aplicar la LCE a los negocios celebrados por telefonía celular, ofrece una brillante oportunidad de innovar y aplicar principios de Derecho Informático. Después de todo, quizás no es necesario emprender una actividad legislativa... bien vale la pena aplicar la LCE, una solución elegante y simple.

Una ley convergente acabaría con la dispersión normativa que en nuestro país engorda alimentada del afán del Derecho de correr al alcance de los diferentes adelantos tecnológicos con una serie de reformas o reglamentos que parchan los problemas del ordenamiento.

Ordenamiento que se arma de una ambición diferenciadora que ha separado a los servicios de telecomunicaciones en: finales, básicos, de difusión, telemáticos, de valor agregado, auxiliares y demás... clasificación que ha entrado en crisis, al resultar altamente compleja la diferenciación de los servicios.

Una legislación que termine con la laberíntica tarea de determinar si la Voz sobre IP es un servicio de telefonía de larga distancia o, uno de valor agregado.

Una legislación que termine con la desigualdad de trato existente en la actualidad.

### **1.1) La regulación actual de la Ley Especial de Telecomunicaciones.**

La LET, no regula ni de casualidad la contratación electrónica por celular. De hecho, la normativa ecuatoriana de telefonía, se asemeja más a las reglas sobre la prestación del servicio de

energía eléctrica o de agua potable que a un conjunto de reglas adecuadas y modernas de telemática y contratación electrónica.

Esta semejanza se origina porque la LET y en general toda la legislación telefónica consideran a la telefonía como un servicio público que el Estado debe brindar o autorizar a que se explote. La LET lo que hace es regular el rol de prestador de servicio que se adjudicó el Estado de una parte, y por otra reglamenta las obligaciones y ciertos derechos de los usuarios.

Esta es la razón de que en la LET, el legislador de la época escribió que era deber del Estado hacer de la telefonía un servicio eficiente, asequible y social... objetivos que nunca llegaron a madurar del todo.

Situación paradójica ya que esta es una Ley más preocupada de la creación y administración de EMETEL que de la prestación de servicios.<sup>111</sup>

Tan es así que en toda la LET, el único artículo con el propósito de regular el servicio de telefonía celular es el 57 que ordena:

El servicio móvil automático se prestará mediante operadores, en las condiciones que el contrato de concesión, esta Ley y los reglamentos establezcan, con los servicios finales que permita su red, sin perjuicio de que EMETEL S.A. o las compañías resultantes de su escisión, puedan proveer este servicio en condiciones de leal competencia siempre que las concesiones se hubieren otorgado con estricta sujeción a la Ley que estuvo vigente a la fecha de su otorgamiento. Durante el período de exclusividad regulada se prohíbe expresamente que el servicio troncalizado se conecte a la red pública conmutada del EMETEL o de las empresas escindidas.

Resulta pues que todo el servicio de telefonía móvil avanzada, y la contratación de los más de 10 millones de ciudadanos que en Ecuador utilizan el teléfono móvil, tiene raíz en este artículo, tres contratos de concesión y algunos reglamentos emitidos por los órganos reguladores que a veces bien, a veces con falencias dotan a la telefonía móvil de un marco jurídico propio.

---

111 Claro que la LTE ha aguantado un mar de reformas pero su estructura original, y su espíritu que se mantienen. La LTE procura las prácticas anticompetitivas, el comportamiento del operador dominante, la interconexión y regulaba extendidamente la forma de celebrar juntas, el reparto accionario, e incluso funciones y atribuciones de los administradores y del directorio de EMETEL y la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Esto se explica porque la telefonía móvil entró al país después que la LET liberó al mercado del monopolio del estado en 1992. Monopolio que hoy por hoy al menos en la telefonía fija, se mantiene en manos de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT).

Es necesario actualizar nuestra normativa, o como yo propongo valernos de la LCE para regular al menos la contratación electrónica móvil. Cuestión que incluso a la Ley Especial de Telecomunicaciones le viene bien, debido a que en virtud de su único considerando concluye que:

... es indispensable proveer a los servicios de telecomunicaciones de un marco legal acorde con la importancia, complejidad, magnitud, tecnología y especialidad de dichos servicios y, que es indispensable asegurar una adecuada regulación y expansión de los servicios de telecomunicaciones, mejorar permanentemente la prestación de los servicios existentes, de acuerdo a las necesidades del desarrollo.

Quizás una de las principales razones de la debilidad regulatoria del sector, es la obsolescencia de la ley actual que fue creada en 1992, ha sido modificada 7 veces, y a lo largo de los años su principal misión fue tratar de consolidar el proceso de privatización que en Ecuador fracasó dramáticamente en 1997.<sup>112</sup>

El artículo 5 de la LET obliga al Estado a formular y promulgar reglamentos de explotación y comercialización de servicios de telecomunicaciones acorde a los avances tecnológicos que aseguren el desarrollo armónico de los servicios de telecomunicaciones.

Como no existe regulación de contratación electrónica o mensajes de datos en la LET, y en Ecuador hay una ley especial y que de manera específica que regula la contratación electrónica, y los mensajes electrónicos, no hay que formular ni promulgar solamente aplicar.

---

112 H. CARRIÓN GORDÓN. *Regulación e Inversión en Telecomunicaciones. Estudio de Caso para Ecuador*. IMAGINAR.org Centro de Investigación de la Sociedad de la Información. Quito. Octubre 2007 p. 47

## **CAPÍTULO 4**

### **APLICACIÓN DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO PARA REGULAR LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS NO DESEADOS EN REDES DE TELEFONÍA MÓVIL AVANZADA**

En este capítulo argumentare a favor de la aplicación de la LCE para la regulación del SPAM en telefonía móvil. Más aún, que la LCE, en general, debe regir al servicio avanzado de telefonía móvil celular. Pasaremos revista a los inconvenientes de nuestra legislación OPT-OUT al regular los mensajes SMS y MMS.

Revisaré las conductas punibles relativas al envío de mensajes comerciales no solicitados por redes electrónicas de transmisión de datos. Ya que si la regulación respecto de mensajes de datos se aplica, se aplican también las sanciones previstas a las malas conductas originadas en mensajes de datos.

Una parte importante de este capítulo está dedicada al filtrado de los mensajes electrónicos y sus implicaciones legales.

En la parte final, analizaré las obligaciones emanadas de los Contratos de Concesión respecto del envío de mensajes comerciales en redes de telefonía móvil.

Primero, habrá que revisar que es el comercio electrónico.

#### **1) El comercio electrónico.**

MIGUEL ÁNGEL DAVARA, entiende al comercio electrónico como toda actividad que tenga por objeto realizar una operación comercial, cuando en ella haya intervenido de alguna

forma una herramienta electrónica. Aún más, el tratadista español aporta una definición de contratación electrónica: aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real sobre el nacimiento e interpretación del acuerdo.<sup>113</sup>

En opinión de la autora argentina ANDREA VIVIANA SARRÁ, por comercio electrónico debemos entender ...un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial realizada por medios electrónicos, es decir que incluiría medios tales como el fax, el télex, el teléfono, los *Electronic Data Interchange* (EDI) e Internet.<sup>114</sup>

MELBA ROCÍO PÉREZ entiende al comercio electrónico como la compra de productos o servicios por Internet; el intercambio de activos o cantidades entre entidades financieras, consulta de información con fines comerciales, en fin, una serie de actividades comerciales realizadas por medios electrónicos.<sup>115</sup> A ésta definición le hago el reproche de que no solo es por Internet que se efectúa comercio electrónico.

ERNESTO RENGIFO GARCÍA, define amplia pero acertadamente al comercio electrónico, como:

...el intercambio de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Este intercambio de datos puede ser “multimedial” o consistir en imágenes, textos y sonidos.<sup>116</sup>

El Servicio de Comercio Electrónico División de Infraestructura de Servicios para el Desarrollo y Eficiencia Comercial de Naciones Unidas (UNCTAD) ofrece una definición amplia de comercio electrónico que incluye el uso de sistemas de comunicación basados en Internet y en *no - Internet*, tales como pedidos telefónicos, televisión interactiva, correo electrónico o telefonía móvil celular. Esta definición amplia también incluiría redes electrónicas de uso privado usualmente organizadas por empresas y sus asociados para su propio beneficio. Mientras que el comprador y el vendedor no se van a encontrar físicamente durante la

---

113 Cfr. M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Informático*. Op cit. pp. 187 - 188

114 Cfr. V. A. SARRA. *Comercio Electrónico y Derecho*. Astrea. Buenos Aires, 2000 p. 271

115 R. M. PÉREZ. *El contrato por medios electrónicos*. Universidad Externado de Colombia. 2003 p. 151

116 J. PEET. “*Define and Shell*”. Artículo publicado en el semanario *The Economist* de marzo 3 de 2000 p. 4

transacción, sí se van a usar mecanismos de comunicación electrónica para establecer el contrato.<sup>117</sup>

Otra definición extensa, que para la Ley en Ecuador es sin dudas la más importante, es la aportada por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que es la fuente de la ley nuestra, y señala:

**“Artículo 1. Ámbito de aplicación.** La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales”.

Y en el texto de pie de página de este artículo la Ley enuncia:

El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (*factoring*); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Este pie de página de la Ley Modelo de la CNUDMI es una fuente muy cercana, y de la más alta jerarquía de nuestro Derecho. Es un criterio que goza de armonización y, como tal, debe ser utilizado para fundamentar decisiones o proposiciones jurídicas.

Por la vastedad del comercio electrónico, y en la misma dirección que apunta la definición de la CNUDMI, es menester que se lo defina ampliamente, nuestra LCE así lo hace y se refiere en su disposición general novena al comercio electrónico como: toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información.

La amplitud de la noción de comercio electrónico, asegura el cumplimiento del fundamental principio de Neutralidad Tecnológica, ya que como he mencionado, puede existir comercio en cualquier red electrónica, no necesariamente el Internet. Nuestra legislación no

---

117 Cfr. Biblioteca Digital de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. *Informe sobre la Economía de la Información 2007-2008 - Panorama General, Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: El nuevo paradigma de las TIC.* p. 39 Consulta en línea. <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2096&lang=3> (25 de noviembre de 2009)

puede, no debe favorecer al Internet como la vía idónea de comercio electrónico, ya que hay otras redes que cumplen la misma función. Por esa razón, se incluyen otros canales, distintos de Internet, para celebrar actos de comercio electrónico.

Se notan sobre el tema dos hechos innegables:

Primero, que los contratos electrónicos se registrarán por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Y, en segundo lugar, que lo que hace a un contrato electrónico es que se celebre por vía electrónica.

Por estos motivos, VÍCTOR GÓMEZ PÉREZ en su tesis para obtener el título de abogado razona:

“... debemos entender el conjunto de actividades de carácter mercantil que se desarrollan mediante la utilización de sistemas electrónicos de procesamiento de datos y de comunicación, sin que el acto esté precedido o sea necesario el contacto físico entre la parte oferente y la demandante”.<sup>118</sup>

Resta decir que cuando por medios electrónicos, incluida la red celular se hace una oferta estamos en el universo de la contratación y el comercio electrónicos.

Si valiéndonos de un mensaje electrónico que se traslada por una red de telefonía celular, expresamos voluntad y acordamos objeto y causa<sup>119</sup> (*por ejemplo, enviando la X al 2020 para descargar el mensaje positivo del día*) se celebró un contrato, ya que se respondió a una oferta. Del mismo modo que si ingresamos al sistema telemático de la operadora de telefonía móvil para hacer una recarga de saldo hemos contratado. Esto porque, los principios jurídicos relativos a la formación del contrato mediante computadoras no difieren en esencia de los relativos a la formación de los contratos por medios tradicionales.<sup>120</sup>

---

118 V. G. PÉREZ. *Realidad Jurídica del Comercio Electrónico en Colombia*. Bogotá. 2004 p. 20

119 En este sentido se expresan de la contratación electrónica. V. CARRASCOSA LÓPEZ y M.<sup>A</sup> A. POZO ARRANZ. *La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual*. Comares. Granada 1999 p. 119 - 123

120 Cfr. MARÍA JOSÉ AZAR. *El Consentimiento en la contratación por Internet*. Serie Comercio Electrónico. R. Lorenzetti Director. Ed. Temis, Bogotá 2003

Para CARRASCOSA y, ARRANZ, la clave para determinar si estamos ante un contrato informático es atender a su objeto, mismo que deberá recaer sobre bienes y, o servicios relacionados con la informática. Pero como advertí al comienzo de la investigación, la idea de informática debe ser reemplazada por la noción de telemática. En el texto consultado, escrito en 1999, tan solo hace 10 años, aún se tenía al comercio electrónico como una cosa de computadoras de escritorio. En muchos casos ocurre una contratación electrónica automática, en la que una computadora, se programa de manera que tenga aptitud para manifestar automáticamente una oferta, recibirla y emitir una aceptación.<sup>121</sup> Este es el caso que se verifica al responder a un mensaje automático.

## **2) Aplicación de la LCE a la telefonía móvil.**

El análisis anterior sobre comercio electrónico, me sirve para esgrimir el primer argumento acerca de la aplicación de la LCE para regular al SPAM en el servicio de telefonía móvil:

1. Por vía de la red de telefonía móvil avanzada, cotidianamente, se realizan actos de Comercio Electrónico, al recargar saldo, descargar contenido, celebrar cualquier contrato. Al ingresar al sistema informático del banco o, al suscribirnos al horóscopo diario. Se aplica la LCE porque esta es la ley de la materia. Que también regula los mensajes de datos.

¿Se aplica la LCE si un mensaje de datos que no es deseado y se originó en Internet llega a un teléfono móvil? En mi opinión no hay duda que se debe aplicar la LCE.

Así como se debe aplicar la LCE en el caso inverso, es decir si se envía SPAM de un teléfono móvil a un buzón de correo electrónico.

Y si este es el caso, no hay ninguna buena razón en el mundo para no aplicar la regulación de la LCE al los mensajes de datos que circulan exclusivamente en la red electrónica de telefonía móvil.

---

121 Cfr. CLAUDIA R. BRIZZIO. *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea*. Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos. Dirección Atilio Aníbal Alterini y otros. Temis. Lima 2001 p. 87

Es decir que también se debe aplicar la LCE a la generación de mensajes de protocolo MMS y SMS. No es razonable aplicar la LCE en lo concerniente a la regulación del SPAM solamente al SPAM de Internet. ¿Verdad?

La LCE es la Ley de la informática y la telemática, de la prestación de servicios electrónicos, de todos los mensajes electrónicos enviados a través de redes de información. Es la LCE la encargada de regular la protección a los usuarios de estos sistemas. En resumidas cuentas, la red de telefonía móvil, es una red telemática, y por ella se celebra comercio.

A este argumento le siguen con lógica innegable los siguientes:

2. Atendiendo a los Principios Generales del Derecho de: Interpretación Literal o, al de Interpretación Sistemática.

Incluso atendiendo al principio de Analogía “*ubi edem ratio ibi ius*”<sup>122</sup> por otro lado, se debe aplicar la LCE. Además, en el Ecuador no existe ninguna otra disposición para la regulación de los mensajes electrónicos.

3. El artículo 50 de la LCE, regula al SPAM en el contexto de “...la prestación de servicios electrónicos en el Ecuador...”. Esto es todos los servicios electrónicos, en sentido incluyente, tal y como razona el legislador en los considerandos de la LCE. Que se puede decir que comparten objetivos y en general el mismo sentido de los considerandos de la Ley Especial de Telecomunicaciones.
4. No aplicar la LCE respecto del SPAM en las redes de telefonía móvil, sería como no aplicar el derecho informático que protege a los programas informáticos, si corren en celulares y no en computadoras. Equivaldría a aplicar la ley de manera contraria a sus principios.
5. Se debe aplicar la LCE porque ésta no contiene ninguna disposición que excluya de su imperio a los servicios prestados por operadoras de telefonía móvil y, porque esta ley regula todos los “Servicios Electrónicos”<sup>123</sup> en “Redes Electrónicas de Información”.<sup>124</sup>

---

122 Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

123 Es toda actividad realizada a través de redes electrónicas de información.

124 Es un conjunto de equipos y sistemas de información interconectados electrónicamente. (en este caso la red de telefonía móvil avanzada)

Esto por mandato expreso de la LCE que, aún más, rige para los sistemas de información<sup>125</sup> y al envío de todo mensaje electrónico de datos.

6. En lo referente al SPAM, la LCE se debe aplicar a cualquier red de TICs, en virtud de los principios de Neutralidad Tecnológica y de Equivalencia Funcional. Aplicar la LCE no sólo beneficiará a los usuarios, si no a las mismas operadoras, ya que como menciona el rotativo español El País: para las operadoras, la simple amenaza de que algo como el *spam* pueda ocurrir en sus redes se traduce en una pérdida de oportunidades para su negocio, ya que les disuade de ofrecer nuevos servicios.<sup>126</sup>

7. Debemos valernos de la LCE para regular al SPAM porque, de lo contrario, serían los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil avanzada los que se encarguen de imponer las condiciones de la regulación del SPAM para los usuarios.

Es decir que dichos contratos, moldearían derechos personalísimos de usuarios. Esto no debe ocurrir.

¿Acaso solamente se debe aplicar la LCE al comercio de Internet y no al comercio de telefonía móvil? ¿Es qué ese está regulado en un contrato entre el Estado y las Operadoras? Contrato que nadie ha visto, que es medio secreto por las complicaciones que un ciudadano debe pasar para poder obtener una copia.

8. Asimismo, en aquellos contratos de concesión suscritos entre el estado y las operadoras, no se establecen reglas “mínimas” sobre la generación, envío y recepción de mensajes electrónicos no deseados, cosa que la LCE sí hace, por cuanto obliga a quien envía mensajes comerciales: a identificarse claramente; a que se indique la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan estas comunicaciones.

9. La cláusula 3 de los Contratos de Concesión del Servicio de Telefonía Móvil Avanzado, que establece las reglas de interpretación de los contratos, obliga al Estado y a las operadoras a interpretar los términos del contrato en:

... el sentido literal y obvio de las palabras, dentro del contexto del mismo y cuyo objeto revele claramente la intención de las Partes, observando las siguientes reglas:

---

125 Es todo dispositivo físico o lógico utilizado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, comunicar o almacenar, de cualquier forma, mensajes de datos. (vale poner de ejemplo a los SMS y MMS; a la computadora o el celular)

126 A. ESTRELLA. *La Conferencia Contra el Abuso del Correo califica de fracaso la legislación de EE UU*. Consulta en línea.

[http://www.elpais.com/articulo/red/Conferencia/Abuso/Correo/califica/fracaso/legislacion/EE/UU/elp/epute/20040701elpcibenr\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/red/Conferencia/Abuso/Correo/califica/fracaso/legislacion/EE/UU/elp/epute/20040701elpcibenr_3/Tes) (25 de noviembre de 2009)

- d) Cuando los términos se hallen definidos en la Legislación Aplicable, se estará tal definición...”

Obliga contractualmente al Estado y las Operadoras a ceñirse a la LCE la que define términos como mensaje de datos, o comercio electrónico. No es la Ley de Telecomunicaciones, la que define o regula los servicios adicionales al de la llamada telefónica, ni por un acaso esa Ley, peor regula la contratación electrónica o telefónica.

10. Es más, se debe aplicar la LCE porque las operadoras de telefonía móvil son, al mismo tiempo, proveedores de Internet y, por tanto, las regulaciones de la LCE no les son desconocidas.
11. Se debe aplicar la LCE porque hay un buen nivel de homologación sobre comercio electrónico en las diferentes legislaciones; en cambio, en lo referente a telecomunicaciones, los sistemas legales varían mucho de país a país. Y al ser el SPAM un problema global esta es una circunstancia conveniente.
12. En muchos casos, las transacciones que se realizan desde un teléfono móvil se celebran con empresas o personas que ejercen su actividad comercial desde el extranjero. Esto ocurre con pasmosa frecuencia en Ecuador.  
¿Un ejemplo? La empresa norteamericana SMSAmericas, que opera con el nombre comercial Interacel en toda Hispano América, envía su contenido desde los Estados Unidos. (Fotos, canciones, tonos de timbre, chistes, etc. se compran desde un teléfono móvil en Ecuador a Estados Unidos.)
13. Más aún, cuando aparecen elementos extranjeros en la transacción (Ej. Servidor ubicado en un país, host de la empresa en otro, domicilio social y fiscal en otro), surgen toda serie de dudas acerca de los órganos ante los que se puede reclamar y por qué vías y, en general, cuál sería la legislación aplicable. Como la mayoría de países de la región han basado sus legislaciones sobre comercio electrónico en la Ley Modelo de la CNUDMI, este inconveniente se reduce.
14. Así mismo, se debe aplicar la LCE porque, en virtud de ésta, los mensajes electrónicos tienen validez y reconocimiento legal en el Ecuador. No aplicarla implicaría que los mensajes de datos enviados a teléfonos móviles, aún cuando con ellos se esté celebrando un negocio, (por ejemplo, participando en un concurso, enviando la palabra “AMOR” AL

2020) no tengan valor. No equiparar un mensaje SMS a un correo electrónico es irracional.

15. Otras legislaciones como la española, para regular el SPAM de SMS y MMS, han elaborado reglamentos específicos.

En Ecuador, esto no es necesario, si tan solo se aplicara la LCE. De alguna manera, el hacer una reglamento específico para el SPAM de SMS y MMS es ir en contra de la corriente de la convergencia tecnológica y legislativa. Una solución de este tipo, sería un parche que no remediaría que se siguen diferenciado servicios de acuerdo a la red en que se presten. Servicios, que nuestra LCE de manera manifiesta regula sin importar la red.

Esto llevaría a un escenario de legislación redundante.

16. En la LCE, hay conductas delictivas que perfectamente se aplican en el contexto de las telecomunicaciones móviles. Por ejemplo, si un individuo mal intencionado clona un teléfono celular. ¿Qué sanción aplicar? La regulación de protección a la privacidad y la de apropiación ilícita de la LCE.

17. Debemos aplicar la LCE porque las leyes de telecomunicaciones no contemplan disposición alguna para regular actos de comercio.

Y, porque los teléfonos celulares modernos son, en realidad, computadoras conectadas a una red de tecnologías de acceso a la información, con capacidad de hacer y recibir llamadas telefónicas.

Como las operadoras de telefonía móvil en tanto, ofrecen el servicio de Internet, ya están familiarizadas con las figuras y los entes reguladores, existentes en la LCE; por lo que se hace relativamente fácil el imponer la LCE a las operadoras del servicio de telefonía móvil avanzado. No aplicar los apartados de la LCE significaría dejar solamente en manos de las reglas del mercado a los usuarios de la red de TICs más grande del país. Simplemente, sería absurdo no aplicar la LCE.

### **3) Tipificación del envío de mensajes electrónicos no deseados en la legislación ecuatoriana.**

Si concluimos que se debe aplicar la regulación de la LCE respecto del envío de mensajes de datos, también, con toda lógica se deben aplicar los tipos penales relacionados con el envío de mensajes o de SPAM.

En legislaciones de países con mayor nivel de acceso a TICs, el comercio electrónico goza de más importancia y, por ende, más regulaciones se le aplican, llegando a considerar al simple envío de SPAM una infracción. Este no es el caso del Ecuador.

Se puede afirmar que vamos atrasados en lo que se refiere a políticas de conectividad y de regulación del universo digital. Desde que se aprobó la LCE, no se ha avanzado. Desde que se sancionó la LCE, millones de usuarios se han unido a las redes de TICs en el país, pero el legislador aún ni numera los delitos que la LCE le añade a nuestro Código Penal.

Este descuido o desacierto simplemente niega la existencia del lado negativo de las redes telemáticas. Se perpetra comportamiento criminal y antisocial que aprovecha lo sofisticado de los sistemas telemáticos para romper la ley con crímenes tradicionales.

En Ecuador, están tipificados como delitos: la invasión a la privacidad, la mala o indebida utilización de información personal, la falsificación electrónica, los daños informáticos y la apropiación ilícita. Conductas que se llevan a cabo valiéndose de mensajes electrónicos.

Pero, para sancionar el envío de SPAM, sólo aplica el siguiente apartado legal:

#### **3.1) Protección a la intimidad.**

La disposición general novena de la LCE establece que: “El derecho a la intimidad previsto en la Constitución Política de la República (Art. 66, # 20), para efectos de esta Ley, comprende también el derecho a la privacidad, a la confidencialidad, a la reserva, al secreto sobre los datos proporcionados en cualquier relación con terceros, a la no divulgación de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados”.

El artículo 64 de la LCE dispone que, por numeral 19 del artículo 606 del Código Penal, debe añadirse lo siguiente:

... Los que violaren el derecho a la intimidad, en los términos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

El artículo 606 del Código Penal se encuentra en el Capítulo Tercero del Libro Tercero de Las Contravenciones. Es una contravención de tercera clase y, como tal, la norma prescribe una sanción con multa de sesenta y uno a ciento veinte sures y con prisión de dos a cuatro días. Esto contrasta con las rigurosas sanciones existentes en la mayoría de legislaciones extranjeras específicas para el envío de correo no deseado.

Esta es la sanción al SPAM que contempla nuestra Ley, la única sanción. En mi opinión es una sanción muy suave. En otras legislaciones los *spammers* son multados con millones de dólares, incluso pueden ser privados de su libertad.<sup>127</sup>

Resta decir que a falta de una tipificación específica, este es el tipo penal, con la leve sanción, que se les puede aplicar a quienes den un tratamiento ilegítimo, no autorizado e indebido a los bancos de datos con información personal.

En el mismo caso de la ausencia de la tipificación del envío masivo de mensajes se hallaba la legislación española en 2003. Al respecto enseña GONZÁLEZ GÓMEZ:

---

127 A principios de 2009, por ejemplo, una Corte del estado de California condenó a Sanford Wallace al pago de 712 millones de dólares por haber inundado de SPAM los servidores de la red social Facebook. J. MENN. *Facebook has won a significant victory*. Consulta en línea del diario Financial Times.

[http://www.ft.com/cms/s/0/e1c5945e-c506-11de-8d54-00144feab49a.html?ncllick\\_check=1](http://www.ft.com/cms/s/0/e1c5945e-c506-11de-8d54-00144feab49a.html?ncllick_check=1) (25 de noviembre de 2009)

En una situación bastante parecida, otro Juez del Estado de California, ordenó pagar a Walter Rines y al mismo Sanford Wallace, 230 millones de dólares a la compañía MySpace. *"Wallace and Rines crafted emails to appear as though they were from friends of users of the social networking site whose messages could be trusted... The two men were accused of sending more than 725,000 email messages to MySpace members in violation of US anti-spam law"* <http://digital.asiaone.com/Digital/News/Story/A1Story20080515-65344.html>

En Holanda, OPTA (Agencia de Protección de Datos) condenó al pago de una multa de 250.000 euros a Reinier Schenkhuizen por el envío de 21 millones de mensajes electrónicos no deseados desde una dirección gratuita de Internet. Alan Harten. *Big fine for European Spammer*. Consulta en línea.

<http://www.securitywatch.co.uk/2009/07/29/big-fine-for-european-spammer/> (25 de noviembre de 2009)

De forma similar, en España, el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, estableciéndose sanciones que pueden llegar hasta los 150.000 euros en caso de incumplimiento de dicha prohibición. Y ya se ha utilizado la norma para sancionar.

Algunas conductas como el *spam* (envío de publicidad no deseada, normalmente a través del correo electrónico), escaneo de puertos, la apología del terrorismo a través de Internet o el blanqueo de capitales no están contemplados entre los delitos tipificados en el Código Penal español. Debido a esta razón, su persecución penal se realiza conjuntamente con los delitos a los que los ordenadores o las redes sirven como la herramienta para su comisión, no siendo considerados delitos autónomos en sí mismos.<sup>128</sup>

Los otros artículos que tipifican conductas que pueden valerse del envío de mensajes electrónicos son:

### 3.2) Falsificación electrónica.

Nuestra Ley de Comercio Electrónico, dispone que también se agregue al Código Penal, en su Título IV De los Delitos Contra la fe Pública, en el capítulo III “De la falsificación de documentos en general”, la siguiente tipificación de conducta:

Son reos de falsificación electrónica la persona o personas que con ánimo de lucro o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio, alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:

- 1.- Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial;
- 2.- Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad...

Se puede afirmar que los correos basura mal intencionados, que simulen una identidad o induzcan a error sobre la identidad del remitente, o la actividad de alterar un mensaje de datos entre el remitente y el emisor del mismo y el destinatario, serán sancionados. En virtud de este delito quizás en Ecuador se pueda hablar de la categoría de SPAM mal intencionado, y ofensivo en relación a la intención del mensaje enviado.

---

128 D. GONZÁLEZ GÓMEZ. *Marco legal en Europa y España sobre delitos informáticos*. 2003 Consulta en línea. <http://www.dgonzalez.net/pub/legalsec/> (25 de noviembre de 2009)

### **3.3) Daños informáticos.**

Nuestra LCE, en su artículo 61, también ordena la sanción con la pena de prisión por un periodo de tres a cinco años y multa de doscientos a seiscientos dólares a quien “dolosamente, de cualquier modo o utilizando cualquier método, destruya, altere, inutilice, suprima o dañe, de forma temporal o definitiva, los programas, datos, bancos de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica...” delito tipificado en el Título V de los Delitos Contra la Seguridad Pública del capítulo VII de los Deterioros y Daños del Código Penal.

A este delito le podríamos calificar como de sabotaje informático y tiene una característica muy interesante; se le aplica a cualquier soporte electrónico, tanto físicos, (como una terminal) o virtuales (redes).

### **3.4) Obtención y utilización no autorizada de información.**

Este tipo penal se halla en el Título II De los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial, capítulo V, de los Delitos Contra la inviolabilidad del secreto, es el siguiente: “La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

Santiago Acurio del Pino, Director Nacional de Informática de la Fiscalía General del Estado; afirma correctamente que la obtención y utilización de la información no autorizada se castiga con prisión de dos meses a dos años y con multa entre USD 1.000 a 2.000. Pero, en sí mismo, el envío de información no solicitada en nuestro país, no constituye un delito.<sup>129</sup> Como se expresó en líneas anteriores.

---

129 Cfr. Nota publicada en El Comercio de noviembre 2 de 2008

### 3.5) Apropiación ilícita.

En el Capítulo II, del Robo, del Título X de los Delitos Contra la Propiedad del Código Penal, la LCE incluyó la siguiente conducta punible: “los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos”. Es decir que si valiéndose de mensajes electrónicos se sustrae propiedad ajena se verifica el tipo penal.

### 3.6) Otras conductas que merecen sanción.

Curiosa omisión, la LCE, carece del delito de estafa.

En general, la estafa, es el hecho por medio del que una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero. La secuencia causal en la estafa, -como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio. La conducta punible es la del defraudador.<sup>130</sup>

Nuestra LCE, le agrega al CP, el tipo por el que se sanciona la conducta por la que alguien trata de inducir en error a otro sobre la autenticidad de un mensaje de datos. Pero la LCE no añadió un delito específico en el capítulo V, De las estafas y otras defraudaciones, del Título X del CP, que sancione la estafa o el intento de estafa valiéndose de un mensaje de datos.

También se deberían sancionar los mensajes electrónicos no solicitados, que contengan un programa que se instale en un terminal con cualquier fin sin el consentimiento del receptor del mensaje.

Asimismo los mensajes con contenido pornográfico de menores, o el que oferte la venta de remedios sin receta médica, los mensajes que no entreguen medios para identificar al emisor del mensaje.

---

130 C. CREUS. *Derecho Penal. Parte Especial*, t I, Astrea, Buenos Aires, 1983. p. 475 Citado por: P. A. PALAZZI. *Delitos Informáticos*. Ad hoc. Buenos Aires. 2000 p. 99

Inclusive, se debería sancionar, de acuerdo a la LDC, el SPAM “disimulado” por ejemplo, si se envía una comunicación que pretenda ser un chiste o un mensaje religioso, pero en realidad ofrezca cuchillos porque serían de contenido engañoso.

Igualmente, se deben sancionar los mensajes en los que no se establezca un mecanismo de des subscripción, o no se haga caso de la solicitud de des suscribir. Esto constituye engaño al consumidor. En Perú, esta conducta es tipificada en la Ley de Protección al Consumidor.

Del mismo modo, se debe regular el SPAM que constituya publicidad abusiva<sup>131</sup> y engañosa en los términos ordenados por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor<sup>132</sup>, (Ley 21 publicada en el Registro Oficial Suplemento 116, de 10 de Julio del 2000.)

#### **4) El filtrado de los mensajes de datos.**

A diferencia del correo postal, el simple correo electrónico generalmente no está sellado o asegurado, y puede ser accedido o visto (sin que se sepa) por computadores intermedios entre el remitente y el destinatario.

La mayoría de los correos electrónicos no deseados de Internet, llegan a un buzón especial para correo basura. Por esta razón, son menos intrusivos que los mensajes no deseados que llegan al teléfono móvil. En Ecuador, la mayoría de los mensajes son filtrados por los proveedores de Internet (ISP) en un intento por reducir el nivel de SPAM.

Los proveedores se valen de varias herramientas tecnológicas para depurar los mensajes electrónicos.

---

131 Constitución del Ecuador Art. 19. “La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”.

132 Publicidad Abusiva. Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales. Publicidad Engañosa. Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

Por ejemplo, guardan registros con direcciones electrónicas conocidas por el envío de correo basura, éstas son las listas negras.<sup>133</sup> Ninguna comunicación llegará si provino o transitó por una dirección electrónica ubicada dentro de una de las listas. La asociación de proveedores, publicita este hecho en su portal de Internet.<sup>134</sup> Una captura de la página de Internet se incluye en el anexo 2.

También utilizan un filtro que intercepta los mensajes con contenido que usualmente es asociado con SPAM y filtran mensajes que contienen palabras como: sexual, casino, oferta... y frases como: baje de peso y precios bajos, en español. Y, en inglés, expresiones y palabras como: *viagra*, *adult* o *no prescription*. En la página de Internet de la asociación de proveedores se encuentra información más detallada. No se puede determinar si un mensaje es SPAM si no se “curiosear” su contenido. Anexos 3 y 4.

Este es un asunto peliagudo porque, sin dudas, cuando los proveedores filtran nuestras comunicaciones, lo hacen procurando ofrecer un mejor y más seguro servicio, pero debemos tener en cuenta dos importantes factores.

- En primer lugar, en Ecuador existe secreto de comunicaciones. **Sección 4.1**
- En segundo lugar, porque es competencia exclusiva del Estado central la regulación del espectro radioeléctrico del régimen de comunicaciones y telecomunicaciones. **Sección 4.2**
- En tercer lugar, porque el filtrado no es la mejor opción para controlar la marea de comunicaciones electrónicas no deseadas que existen. **Sección 4.3**

---

133 En Ecuador se hace una distinción entre: “Lista negra pública: Es un listado de direcciones electrónicas, direcciones IP y dominios que corresponden a remitentes de correo electrónico calificados como generadores de spam, administradas por organismos nacionales o internacionales que recopilan, mantienen y actualizan dicha lista.

Lista negra privada: Es un listado de direcciones electrónicas, direcciones IP y dominios que corresponden a remitentes de correo electrónico calificados como generadores de spam, creada y modificada por solicitud expresa de destinatarios finales y administrada, mantenida y actualizada por el Proveedor”. Política Anti SPAM de los socios de AEPROVI. 2007

134 Consulta en línea.

[http://www.aeprovi.org.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=163&Itemid=116](http://www.aeprovi.org.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=163&Itemid=116) (25 de noviembre de 2009)

#### 4.1) El derecho al secreto.

Exploremos la primera complicación:

El Derecho al Secreto es el Derecho a la Intimidad, mismo que hace que cada persona goce de un ámbito ajeno a la injerencia o curiosidad de los demás, es un derecho de los llamados personalísimos de los que goza el hombre tan solo por su condición de tal.<sup>135</sup>

La Constitución Política del Ecuador, en su Capítulo Sexto, acerca de los Derechos de libertad, en el artículo 66, reconoce y garantiza a las personas, entre otros:

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

Importante es notar que la Constitución hace referencia expresa a las comunicaciones virtuales. Creando en nuestro país un raro caso en donde la Ley de más alta jerarquía contiene disposiciones expresas respecto del manejo de los mensajes de electrónicos. Pese a ello no puede decirse que la falta de mención de un servicio de TICs en el ordenamiento jurídico debe ser un obstáculo para eludir la resolución de conflictos provocados por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información.<sup>136</sup>

También, este Derecho está presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Igualmente en Art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se refiere al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia de una persona, ya que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas. A estos instrumentos internacionales, se les añaden los artículos 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo X de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

---

135 Cfr. R. D. UICICH. *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999 p. 39

136 Cfr. ANIBAL PARDINI. *Derecho de Internet*. Ed. La roca. Buenos Aires 2002

Este Derecho Constitucional y humano es uno de los principios “superiores” que anima a la nación es una libertad pública asegurada a los ciudadanos, y al mismo tiempo es una garantía. Porque cuenta con las herramientas para su protección.<sup>137</sup>

Este derecho se encuentra renovado en la Ley Especial de Telecomunicaciones, Art. 14.

El Estado garantiza el derecho al secreto y a la privacidad de las telecomunicaciones. Es prohibido a terceras personas interceptar, interferir, publicar o divulgar sin consentimiento de las partes la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones.

Más abajo en la pirámide, en el Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado (Resolución No. 498-25-CONATEL-2002). Se recoge, una vez más, el derecho al secreto. El artículo 23, en el Capítulo VII, De los derechos y obligaciones de los usuarios establece:

Los usuarios tendrán derecho a:

3. El secreto e inviolabilidad del contenido en sus comunicaciones;
4. La privacidad en la utilización de los datos personales;
5. La no divulgación de su nombre asociado a su código de acceso...

El artículo 30 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Valor Agregado. Resolución 071 03 CONATEL 2002-02-20, publicado en el Registro Oficial No. 545-1 de abril de 2002 ordena:

Los prestadores de servicios de valor agregado garantizarán la privacidad y confidencialidad del contenido de la información cursada a través de sus equipos y sistemas.

Del mismo modo que las normas anteriores, guarda el derecho de los usuarios al secreto de sus comunicaciones. Esta norma rige para los Servicios de Valor Agregado que se prestan por redes de telefonía móvil avanzada. A mi entender, estos son todos los servicios de transmisión de datos.

Con estas normas coinciden los Contratos de Concesión celebrados entre el Estado y las operadoras de servicio de telefonía móvil avanzado. Estos contienen cláusulas específicas para precautelar el derecho al secreto de las telecomunicaciones y la protección de la información de los usuarios del servicio.

---

137 Cfr. P. ABERASTURY Y E. GOTTSCHAU. *Derecho a la Recopilación de Datos*. Poder Político y Libertad de Expresión A. Gómez. Director. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001 p. 13

En este sentido, la cláusula 36 del contrato celebrado entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (PORTA) establece:

Cláusula 36.- Secreto del contenido de las telecomunicaciones y protección de la información. 36.1 Obligación de salvaguardar el secreto del contenido de las telecomunicaciones.- La Sociedad Concesionaria establecerá medidas y procedimientos adecuados para salvaguardar el secreto del contenido de las telecomunicaciones, conforme la legislación aplicable.

En la misma línea que esta cláusula, transita la cláusula 41.9 del contrato que estipula:

Todo Usuario tiene derecho al secreto, a la privacidad y a la inviolabilidad del contenido de las telecomunicaciones. La Sociedad Concesionaria no podrá interceptar, interferir, publicar o divulgar, sin consentimiento previo del Usuario u orden judicial, el contenido de la información cursada mediante los Servicios Concesionados, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 36 de este Contrato. De hacerlo estará sujeto a las sanciones previstas en el Ordenamiento Jurídico Vigente.

Sobre todo, salta a la vista que el Derecho al Secreto está profusamente desarrollado en nuestra legislación y, específicamente, desarrollado en la legislación de telecomunicaciones y de servicios de redes de acceso a la información.

M. BASTERRA sostiene con bastante razón que no hay Derechos Constitucionales absolutos, que todos son pasibles de reglamentación razonable. Razona que la libertad de prensa no tiene imperio sobre el derecho a la privacidad, pero que tampoco puede ocurrir lo contrario.<sup>138</sup>

Pero el meollo del asunto radica en que para limitar los derechos constitucionales de libertad de expresión y del secreto, es necesaria una ley o una orden fundamentada de autoridad judicial con la sola finalidad de la investigación de un delito concreto y la detención de los responsables, en el marco de un procedimiento penal.

Solo puede justificarse la restricción de este derecho en casos necesarios y si la medida es idónea.<sup>139</sup>

---

138 M. BASTERRA. *Libertad de Prensa Versus Derecho a la Intimidad*. Poder Político y Libertad de Expresión A. Gómez. Director. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001 pp. 100 - 101

139 Cfr. A. E. PERALES. *Derecho al Secreto de la Comunicación*. Iustel. Madrid. 2007 pp. 31 - 33

#### **4.2) Competencia exclusiva del Estado Central para regular el espectro radioeléctrico y el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones.**

La Constitución Política del Ecuador, en su artículo 261, establece que “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre”: (numeral 10). “El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”.

A menos que el Estado haya delegado, por algún medio, la regulación del manejo del espectro radioeléctrico a las operadoras del servicio de telefonía móvil, y que les haya conferido la capacidad de filtrar los mensajes electrónicos, éstas no podrían hacerlo. Ni aún así en los contratos de concesión suscritos entre las operadoras y el Estado exista una cláusula para tal efecto.

#### **4.3) Las listas negras, los falsos positivos y el filtro por contenido.**

Ahora, es momento de analizar las razones por las que el filtrado no es la mejor opción para combatir el SPAM.

Cualquier solución para combatir el SPAM con un filtro de contenido es reactiva por naturaleza, porque evoluciona después que los métodos para el envío de correos masivos.

DAVID HARRIS razona:

“Una solución tecnológica que atrapa el 90% del SPAM hoy, podría solamente atrapar el 65% mañana, a menos que sea agresivamente actualizada. Esto Significa que las soluciones tecnológicas del SPAM necesariamente implican gastos en mano de obra, tiempo, y recursos informáticos. Junto al desperdigo inherente a la transmisión y entrega de los mensajes no deseados, queda claro que reaccionar al SPAM, nunca será una solución al problema”.<sup>140</sup>

En este sentido se expresó GABRIELA URQUIDI, ex directora de la Superintendencia de Telecomunicaciones de Bolivia quien, consideró que si se utilizan recursos tecnológicos para

---

140 D. HARRIS. *Drowning in Sewage. SPAM, the curse of the new millennium: an overview and white paper*. Op cit. p. 22 “A technological solution that catches 90% of spam today may only catch 65% tomorrow unless it is aggressively kept up to date. This means that technological solutions to spam necessarily involve ongoing expenditure on manpower, time, software and hardware. Coupled with the waste inherent in the transmission and delivery of spam, it is clear that reacting to spam will never be a solution to the problem”.

frenar la proliferación del SPAM, los costos podrían ser muy elevados y quedarán obsoletos a los 60 meses.<sup>141</sup>

Hay algunas formas para filtrar los correos electrónicos no deseados; como mencioné se pueden bloquear los mensajes originados en una dirección que se considere o se sospeche es utilizada por un *spammer*. Esta aproximación tiene el problema de que hay algunas listas compitiendo, algunas con ética coherente y otras más dudosa.

Además, el filtrado por contenido es subjetivo. Hoy filtramos mensajes con contenido sobre casinos o viagra, etc. Pero nada impide que mañana se filtren mensajes con contenido sobre tendencias ideológicas de libre mercado, o frases como “socialismo del siglo 21”, o “revolución ciudadana”. Lo que es ético y correcto hoy, puede que el día de mañana sea considerado contrario a los intereses del sistema de filtrado o, de quien lo controla.

Los sistemas de clasificación privados plantean serios problemas de libertad de expresión y, además, acrecientan los riesgos de una censura arbitraria por parte de gobiernos o de instituciones privadas, quienes se arrogan un papel protector de sectores sociales que requieren especial cuidado. Estos sistemas de clasificación y filtrado se pueden llegar a utilizar para excluir puntos de vista minoritarios y sitios reivindicativos.<sup>142</sup>

Nuestra libertad de expresión es absoluta. La censura de los mensajes electrónicos efectuada por los sistemas automáticos de clasificación y filtrado atenta contra la libertad de expresión.

La censura en último caso, la podría forzar el estado (según el diccionario, por censura se debe entender: *6.* intervención que ejerce el censor gubernativo en las comunicaciones de carácter público como telégrafos, teléfonos, etc. Una asociación privada nunca podía en todo caso arrogarse el papel del Estado.<sup>143</sup>

141 Noticia publicada por el periódico el País de Madrid. *Los países en desarrollo temen que el coste del “spam” aumente la brecha digital*. El encuentro internacional de Ginebra estudia aplicar medidas legislativas y tecnológicas coordinadas 08-07-2004

142 Cfr. J. BUSTAMANTE DONAS. *La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación. No 1. Septiembre - Diciembre 2001 Consulta en línea.

<http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> (25 de noviembre de 2009)

143 Cfr. A. PIERINI. Y otros. *Hábeas Data derecho a la Intimidad*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1999 p. 175

También se suele utilizar la detección de mensajes enviados en grandes cantidades por una misma dirección. Con lógica irrefutable, se puede asegurar que esta aproximación, presenta dos inconvenientes:

- a) Que tienen un elevado índice de falsos positivos<sup>144</sup>,
- b) Que pueden llegar a bloquear mensajes enviados en masa, pero que son legítimos.

Lo anterior resume los que, en general, son los mayores problemas del filtrado electrónico de mensajes de datos. Que existan falsos positivos en nuestras comunicaciones electrónicas, así como existen cuando el ejército elimina a guerrilleros es inadmisibles como costo colateral del SPAM. Las listas negras que pueden ser injustas son otra expresión de este mismo problema.

Los falsos positivos son mensajes legítimos que son tomados por SPAM y que, por tanto, nunca llegarán a su destinatario. Esto puede que moleste o puede que no; pero mientras exista será un grave problema. Es suficiente que un solo mensaje que no sea SPAM sea tomado como tal, para que exista un daño, y los números de falsos positivos están en el orden de cientos de miles al día.

Con el filtrado de los mensajes, se pueden bloquear mensajes que en Ecuador son considerados SPAM por los filtros informáticos, aunque realmente se originaron en el extranjero cumpliendo las respectivas normas para la generación de los mensajes, por lo que se daría la situación que en Ecuador se bloquean mensajes internacionales arbitrariamente.

En mi opinión, el filtrado de los mensajes no es del todo inapropiado, pero creo que los usuarios deben tener el control de los filtros, y poder regular qué mensajes reciben y qué mensajes no por tópico, remitente y otros factores.

---

144 Op cit. B. TEMPLETON. *Origin of the term "spam" to mean net abuse.*

#### **4.4) Política Anti SPAM para uso de los socios de la Asociación de empresas proveedoras de servicios de Internet, valor agregado, portadores y tecnologías de la información de Ecuador AEPROVI.**

En la página de Internet de AEPROVI, se encuentra un documento en formato .pdf que se incluye como anexo 1. “POLÍTICA ANTI-SPAM PARA USO DE LOS SOCIOS DE AEPROVI”. En ella se estipula que los socios, así como la propia AEPROVI, deben establecer sistemas de filtrado de los mensajes electrónicos enviados o recibidos utilizando “la infraestructura de mensajería electrónica del proveedor de servicio de Internet”. (Art. 3).

El acuerdo busca establecer una serie de medidas mínimas para disminuir la recepción de SPAM (art. 5) así como para disminuir la generación de SPAM (art. 6). Para lograr sus objetivos, AEPROVI se obliga a ofrecer el servicio de filtrado para sus socios (art. 8 lit. b). Del mismo modo, obliga a sus socios, (entre los que se encuentran las tres operadoras de telefonía móvil), a filtrar los mensajes con medios propios.

La asociación, mantiene esta política desde abril de 2007, fecha en la que se suscribió el acuerdo.

Recordemos que en Ecuador está prohibida la interceptación, el filtro o el espiar las comunicaciones a menos que se cuente con una orden judicial fundamentada, o que haya una disposición legal que lo permita.

Se puede utilizar el sistema del filtrado de los mensajes electrónicos, pero este sistema debe ser o bien solicitado por los usuarios o controlado por éstos. Porque, de lo contrario, ocurriría que una asociación de prestadores de un servicio se pone de acuerdo para filtrar nuestras comunicaciones y decidir en nombre de los usuarios qué deben recibir y qué no; peor aún, para decidir esto, espían las comunicaciones de sus clientes. Esta situación es equivalente a que exista un sensor en cada buzón de correo a la espera de qué llegue el cartero para examinar las cartas.

Las comunicaciones electrónicas son supremamente importantes, nuestra LCE, a lo largo de todo su articulado, procura la protección de la privacidad de los usuarios de medios de comunicación electrónica. La LCE no menciona nada sobre el filtrado de los mensajes de datos, asunto al que expresamente se dirigen otras legislaciones como la española y la peruana.

#### 4.5) Sanción al filtrado.

El jurista y Presidente argentino, DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, escribió hace 150 años algo que hoy conserva total validez:

Es preciso que los individuos de un país se crean tan seguros de la estafeta pública que miren como no emanados de su mente sus pensamientos mientras que los renglones que los estampan estén bajo el frágil pero inviolable sello de una carta... Los países que más prósperos marchan son los que más religioso respeto tienen por esta institución.<sup>145</sup>

Tan inviolable como el domicilio, es el secreto a la correspondencia y las comunicaciones, que filtrar las comunicaciones, conlleva algunas consecuencias:

En primer lugar, la asociación de proveedores, al constreñir a sus miembros a filtrar los mensajes de sus usuarios, valiéndose de un sistema basado en registrar el contenido de las comunicaciones, incurre en el delito de asociación ilícita en los términos que el artículo 269 del Código Penal establece; “Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida”. En este caso se atenta contra el derecho del secreto, contra la privacidad de los usuarios y contra su propiedad, o sea sus mensajes electrónicos.

Así mismo, si un mensaje electrónico es erróneamente filtrado, sucedería el tipo penal señalado en el artículo 202 del Código Penal; “Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia”.

Del mismo modo, a AEPROVI o el proveedor de Internet que filtre nuestras comunicaciones, se les aplica el tipo penal del artículo 197 reformado, del Capítulo V, De los delitos contra la inviolabilidad del secreto

**Art. 197.** Serán sancionados con penas de 2 meses a un año de prisión, quienes interceptaren sin orden judicial, conversaciones telefónicas o realizadas por medios afines y quienes se sustrajeran o abrieran sobres de correspondencia que pertenecieran a otro sin autorización expresa.

---

145 DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO. “Comentario de la Constitución de la Confederación Argentina” t. 8, en Obras Completas de Sarmiento, Buenos Aires, 1895, p. 192 Citado por: PABLO A. PALAZZI. *Delitos Informáticos*. Ad hoc. Buenos Aires. 2000 p. 99

Se exime la responsabilidad de quien lo hizo cuando la interceptación telefónica o la apertura de sobres se produce por error, en forma accidental o fortuita.<sup>146</sup>

Cuando, en la ciudad de Guayaquil, los presidentes de los proveedores socios de AEPROVI, suscribieron su política Anti SPAM, probablemente, no cayeron en cuenta de las implicaciones legales existentes y las posibles sanciones a las que se exponían.

La asociación de proveedores no puede filtrar nuestras comunicaciones con sus criterios, requieren de nuestro consentimiento informado. Pero, además, si el propósito es lidiar de la mejor manera con el SPAM, se requiere que los usuarios sean quienes manejen sus filtros, que éstos contemplen niveles de seguridad y permitan regular a gusto personal de los usuarios el sistema de filtrado.

Es importantísimo notar que la analogía esta prohibida en el Derecho Penal, pero habrá que estar a lo que dictamine el máximo tribunal sobre el alcance de la palabra “correo” en el artículo 202 y “correspondencia” en el 197.<sup>147</sup> Pero interceptar una comunicación electrónica sin autorización constituye una violación a todas luces.

Me queda el sabor que en este aspecto a nuestra justicia le falta músculo, no hay una sanción exacta, tajante y fuerte para esta actividad de la depuración automática de nuestras comunicaciones.

#### **4.6) Derecho comparado del filtrado de mensajes de datos.**

Sobre las diferentes regulaciones del fenómeno de los mensajes no deseados, tanto la OECD como la UIT, tienen sendos reportes. La OECD editó en 2005 su *Anti SPAM Law Enforcement Reporty* la UIT publicó en el mismo año un estudio llamado *Survey on Anti SPAM Legislation Worldwide*. Ambos estudios acuerdan al afirmar que pese a las diferencias nacionales de regulación, legislaciones Anti SPAM se están instituyendo en infinidad de naciones. Un nutrido grupo de países ya cuenta con legislaciones sobre SPAM.

---

146 Reforma publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009

147 Circunstancia que señala ANÍBAL PARDINI, en la Republica Argentina ha llevado a que se debata el Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico.

En la mayoría de los sistemas jurídicos, se requiere de una excepción que permita que los proveedores puedan filtrar los mensajes electrónicos para combatir al SPAM.

En el Reino de España, la moderna Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 264, de 4 de noviembre de 2003, en su Capítulo III del “Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, desarrolla el derecho al secreto garantizado por la Constitución Española en su artículo 18.3.<sup>148</sup>

El artículo 33, establece que:

Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

Y, a continuación, desarrolla la excepción legal:

Asimismo, los operadores deberán adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuestas conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Posteriormente, el artículo 35 desarrolla la excepción específica del filtrado de los mensajes electrónicos basura:

Interceptación de las comunicaciones electrónicas por los servicios técnicos.

1. Con pleno respeto al derecho al secreto de las comunicaciones y a la exigencia, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de autorización judicial para la interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general, será de aplicación lo siguiente:

a) La Administración de las telecomunicaciones deberá diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales en forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones.

---

148 Constitución Española: artículo 18 # 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

b) Cuando, como consecuencia de las interceptaciones técnicas efectuadas, quede constancia de los contenidos, los soportes en los que éstos aparezcan no podrán ser ni almacenados ni divulgados y serán inmediatamente destruidos.

En el Perú, la Ley N° 28493, Ley Que Regula el Uso del Correo Electrónico Comercial no Solicitado (spam), ha adoptado una aproximación muy similar.

Comienza estableciendo, en el artículo 3, que los usuarios del correo electrónico, tienen derecho a: “c) Que su proveedor de servicio de correo electrónico cuente con sistemas o programas que filtren los correos electrónicos no solicitados”. Y luego, establece en el artículo 4, que: “Los proveedores de servicio de correo electrónico domiciliados en el país están obligados a contar con sistemas o programas de bloqueo y/o filtro para la recepción o la transmisión que se efectúe a través de su servidor, de los correos electrónicos no solicitados por el usuario”.

Estas dos legislaciones hacen lo debido. En Ecuador se requiere, al menos, de una norma con rango de Ley para poder “regular” un derecho constitucional. No tenemos la disposición que faculte a AEPROVI a llevar a cabo su actividad, ni Porta, MoviStar, los proveedores de Internet o AEPROVI pueden hacerlo por cuenta propia.

La única salida es que en Ecuador se adopte una Ley en los términos de la legislación Española o peruana, por ejemplo, pero, como anota ORUNA RODRÍGUEZ, con respecto de la Ley del Perú:

Sin embargo, debemos indicar que esta obligación desde la perspectiva económica obliga a los proveedores que están ubicados físicamente o constituidos en el Perú a incrementar sus costos en relación a los proveedores ubicados en el exterior. Precisemos que el precio contendrá el costo del servicio a los nuevos contratantes de correo, no debiendo afectar a los que ya hayan suscrito y mantengan un contrato vigente a pesar que el contrato establezca esta posibilidad de que se incremente el valor del servicio.<sup>149</sup>

En estados Unidos, el sistema funciona con una variante; hay registros nacionales que mantienen bancos de datos con direcciones electrónicas a las que simplemente no se puede enviar publicidad. La entidad que los maneja es el *Do not Call National Registry*. Los usuarios

---

149 A. M. ORUNA RODRÍGUEZ. *¿Regular la Publicidad en el Ciberespacio? Análisis de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM)*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí No. 089 - Diciembre del 2005

registran sus direcciones en estas bases de datos pagando un costo, y las empresas que envían mensajes electrónicos comerciales, primero verifican si la dirección a la que quieren enviar la comunicación se encuentra en uno de estos registros. Si efectivamente se encuentra registrada la dirección, la comunicación comercial no se envía. A las empresas de marketing se les obliga a verificar con estas bases de datos antes de generar los mensajes. Es una aproximación interesante, pero, por decirlo de algún modo, peca de ingenua, porque parte de la presunción de que todo el SPAM es legítimo y bien intencionado, y que solo este merece ser regulado.

### **5) Problemas particulares de la aproximación OPT-OUT en la regulación del SPAM de SMS y MMS.**

En mi opinión, los mensajes electrónicos enviados a los teléfonos celulares, merecen el reconocimiento que acertadamente nuestra LCE da a los mensajes de datos. Nuestra LCE es buena, pero en su momento no pudo haber previsto que el fenómeno del SPAM adquiriría tan grandes dimensiones.

Como he mencionado, la aproximación OPT-OUT transfiere el costo de la publicidad, por mensajes electrónicos, al destinatario.

La óptica OPT-OUT de nuestra LCE supondría que ante el arribo de un MMS o de un SMS no deseado, el receptor debería de contestar solicitando que no se le envíen más mensajes. Gastando por lo menos un mensaje para cumplir con el trámite. Nadie tiene que gastar 10 o 35 centavos o quizás un dólar en el envío de un mensaje para dejar de recibir comunicaciones que no pidió. Este es un costo elevado porque, en nuestro país, la mayoría de los muchos usuarios del servicio de telefonía móvil gastan algo más de 6 dólares mensuales en sus celulares y que gasten su tiempo o recursos para la des subscripción es irracional.<sup>150</sup> Si aumentan los niveles de SPAM en las redes de telefonía móvil, como han aumentado en todo el orbe, un usuario se verá enviando solicitudes de des subscripción varias veces en un mes, aumentando el costo de este injusto procedimiento a niveles onerosos para nuestros consumidores.

---

<sup>150</sup> Según la SUPTEL en Ecuador, el 60% de los usuarios del servicio de telefonía móvil avanzada gastan 6 dólares mensuales.

Este es, sin lugar a dudas, el mayor inconveniente del OPT-OUT en lo relacionado a los mensajes de datos de las redes de telefonía celular. Sin embargo, no es el único.

El literal c del artículo 22 del Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, obliga a los correos comerciales enviados a que contengan “información clara del remitente que permita determinar inequívocamente el origen del mensaje de datos”. Los mensajes de SMS y MMS nunca incluyen esta información. Suelen contener una “dirección electrónica” de envío, es decir el número de teléfono del remitente, pero esta dirección no siempre es la adecuada para solicitar la des afiliación. Muchas veces sólo identifica a un sistema automatizado para el envío de mensajes electrónicos.<sup>151</sup> Resulta en estos casos infructuoso que se envíen mensajes en respuesta al mensaje enviado con motivo de la des afiliación.

## **6) Reglas con respecto de los mensajes electrónicos no deseados en los Contratos de Concesión celebrados entre el Estado y las Operadoras de Telefonía Móvil.**

A los artículos de la LCE y su Reglamento, se les deben sumar las normas sobre mensajes no deseados de los contratos de concesión.

La Cláusula 41.12 de los contratos establece:

En cualquier momento el cliente podrá solicitar por cualquier medio, sin costo alguno, la suspensión para la recepción de mensajes masivos.

La Cláusula 41.13 establece:

La Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria o aquellos generados por clientes que hayan contratado paquetes comerciales para envío masivo de mensajes y que no hayan sido autorizados por el cliente.

Por último, la Cláusula 46.5 establece:

---

<sup>151</sup> Este sería el caso de los Acuerdos de Intercambio Electrónico de Datos. EDI. La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurado bajo normas técnicas convenidas al efecto. Asunto que permite la contratación sin intervención humana.

Los mensajes de texto se facturarán sólo si han sido efectivamente entregados al destinatario o si han sido entregados a la plataforma o elemento de mensajería del operador de destino.

Revisemos la cláusula 41.12 de los contratos.

En virtud de esta estipulación, las sociedades concesionarias, se obligan a pedido del cliente y sin costo que se suspenda su recepción de mensajes masivos. Esta puede ser una regulación OPT-OUT. Una regla OPT-IN hubiera establecido prohibiciones para la generación de mensajes y no obligaciones de des suscripción gratuitas.

Lo trascendente de esta cláusula es que da la facultad al cliente de solicitar que se aplique un filtro para la recepción de mensajes. Así es como debería funcionar el filtro de AEPROVI. En todo caso, debería ser el cliente el que pueda configurar el filtro proporcionado por la operadora sin ningún costo.

Es el turno de revisar la cláusula 41.13

Esta norma obliga a las operadoras a “adoptar acciones para bloquear mensajes masivos... que no hayan sido autorizados por el cliente”. Esta es una regla OPT-IN, porque protege a los clientes que no han consentido recibir mensajes masivos.

Como la protección para los usuarios será implementada a través de un filtro; para el filtro que las operadoras mantengan, se deben tener presentes las mismas consideraciones y cuidados que para el filtro que manejan los socios de AEPROVI.

Es conveniente recordar, que se debe crear una excepción legal para que se pueda filtrar. Al filtro lo debe poder configurar el cliente y no debe ser arbitrario. La excepción de esta cláusula del contrato no tiene validez, porque es ilegal e inconstitucional.

Del texto “La Sociedad Concesionaria se obliga a adoptar las acciones para bloquear los mensajes masivos generados por la Sociedad Concesionaria... que no hayan sido autorizados por el cliente” obtenemos el otro efecto, por demás interesante, de esta cláusula. En su relación con los usuarios, los mensajes enviados por la operadora de telefonía móvil a sus clientes son considerados “mensajes masivos” en el lenguaje de los contratos de concesión, esto significa SPAM. Los mensajes masivos de la operadora son SPAM.

Esta era la aproximación de la legislación española hasta que fue reformada por la Directiva Europea Concerniente al procesamiento de datos personales y a la protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. “Directiva sobre la intimidad y las comunicaciones electrónicas 58/2002/CE”. En ella se establece la excepción que ya mencioné en el pie de página 77. “cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares...” El caso es que la operadora tiene la dirección electrónica, es decir el número de teléfono y, como provee del servicio de telefonía, puede enviar a los clientes comunicaciones relacionadas con el servicio.

Lo que probablemente no podrían hacer las operadoras en Europa, es enviar información acerca de promociones que no tengan que ver con el servicio de telefonía móvil o mensajes de “participa y gana”.

Ahora, es turno de analizar la cláusula 46.5 que establece:

Los mensajes de texto se facturaran solo si han sido efectivamente entregados al destinatario o si han sido entregados a la plataforma o elemento de mensajería del operador de destino.

En virtud de esta cláusula, no se deberían cobrar los mensajes filtrados, enviados por usuarios que han contratado paquetes para el envío masivo de mensajes de datos, como los planes tarifarios con SMS ilimitados.

A estas obligaciones contractuales, acerca de los mensajes masivos, habrá que añadir las obligaciones legales que emanan de la LCE.

## CAPÍTULO 5

### CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Me llama la atención que ninguna de toda la información que he consultado se anima a decir que se efectúa comercio electrónico vía celulares. Da la impresión que los tratadistas van incluso más lento que el Derecho, haciendo más profundo el desfase entre el mercado y el marco legal.

¿Como sucedió que, de entre todas las publicaciones que he consultado, ningún autor, editor o colaborador notó que por celular se celebra gran comercio electrónico? Es para mí un misterio.

En el transcurso de la vida de un bachiller de colegio, ha ocurrido una revolución tecnológica en Ecuador y el mundo. Ahora es posible que aparatos como agendas electrónicas, computadoras portátiles o teléfonos inteligentes se conecten a una red de tecnologías de la información y comunicación, y envíen y reciban grandes cantidades de información de manera inalámbrica desde cualquier lugar.

No hay una sola actividad empresarial o profesional que no dependa de Internet y la telefonía móvil para el desarrollo de sus actividades productivas. Hay un vínculo estrecho entre las personas y la tecnología, una gran valoración de los flujos de información.

Se trata de un modelo económico y social que aspira a encontrar en la generación, procesamiento y distribución de conocimiento e información la principal fuente de productividad y bienestar; un sistema en que el poder radica en quienes administran correctamente la información.

Estamos ante una revolución económica que afecta la forma de contratar y de adquirir. Es la nueva economía en la que el sector de las manufacturas ya no es el sector clave. Ahora predominan los nuevos medios de comunicación, los cuales son producto de la convergencia de las industrias de computación y comunicaciones. Las compañías más exitosas son aquellas con experiencia en software, servicios y, contenido basado en la computación y telecomunicaciones digitales.<sup>152</sup>

La sociedad ha fabricado un modelo económico en el que la distribución de los bienes de consumo será cada vez menos “física”. Las compañías de música y las de cine, ya no comercializan sus productos en discos, por ejemplo, los libros ahora ya no son impresos... Y es esencial para estas empresas, dada la baja de las ventas de su contenido con soporte físico, el promover los sistemas de distribución electrónicos para compensar la disminución de ingresos. Las ventas de discos se derrumban, al tiempo que las descargas electrónicas de música, en pocos años, se convertirán en el mayor sistema de distribución. En nuestro país las operadoras de telefonía móvil operan almacenes digitales para la venta de contenido directamente al celular.

Los considerandos de nuestra LCE se expresan elocuentemente respecto de la creciente importancia de los sistemas de información, (sin excluir de ninguna forma a la red electrónica de telefonía móvil) y encuentran que es necesario regular este espacio. En nuestra jurisdicción por ende, la des regulación no es una alternativa.

Aplicando la LCE, las operadoras de telefonía móvil, podrán ofrecer a sus usuarios nuevos servicios en un entorno regulado, ya no solo venderán tonos o fotografías, si no que se celebraran por celular todo tipo de actos de comercio. El beneficio será tanto para las empresas como para los usuarios.

### **1) Sobre convergencia.**

En el Ecuador, la Ley Especial de Telecomunicaciones, sus reformas, y la mayoría de reglamentos generales existentes, fueron creadas con objetivos muy diferentes. No

---

152 Cfr. D. TAPSCOTT. *La economía digital*. McGraw-Hill, Bogotá. 1997 pp. 94 - 105

necesariamente interesados en regular el servicio de telecomunicaciones o proteger los derechos de los usuarios.

La convergencia no es solamente un concepto aplicable a la tecnología que integra aplicaciones de voz, datos y video. Hay convergencia de servicios y de negocios, e incluso del entorno regulatorio. Los usuarios están acostumbrándose a demandar todos los servicios de un único operador.

En Ecuador, ya estamos habituados a la convergencia de servicios y negocios. Pero ahora experimentamos también la convergencia regulatoria, por cuanto es un solo ente el que ordena todas las tecnologías de acceso a la información y las telecomunicaciones.

La regulación de la convergencia se hace muy necesaria porque se debe garantizar la integración de los servicios, asegurar una adecuada tutela de los derechos de los usuarios y, al mismo tiempo, se debe generar un panorama legal claro que no cause incertidumbre jurídica.<sup>153</sup>

Empresas que ofrecen el servicio de televisión por cable y al mismo tiempo telefonía e Internet, lo hacen por una red de transmisión de datos que, en un principio, es una red de televisión. Esta es convergencia de servicios que se traduce para el usuario en una sola factura y para la operadora en una convergencia de clientes, porque se ofrecen, utilizando la misma infraestructura, 3 servicios “diferentes”. Si este es el mercado, ¿no deberíamos acaso contar con una ley para ese determinado mercado? El reglamento de nuestra Ley Especial de Telecomunicaciones no tiene, a lo largo de sus 150 artículos, temas relacionados con la convergencia; las particularidades que incorpora están relacionadas a redes, títulos habilitantes, homologación de equipos de telecomunicaciones, operador dominante, interconexión y conexión entre las redes y su obligatoriedad del manejo del espectro radioeléctrico a través de los diferentes entes del país. Además este reglamento se encuentra parcialmente derogado tácitamente respecto de las disposiciones sobre las autoridades, orden y funcionamiento de la SUPTEL, el CONARTEL, el CONATEL y la SENATEL ya que con la creación del nuevo Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, estas disposiciones ahora, a lo más, tienen un carácter de transitorias hasta nueva orden.

---

153 Cfr. E. AYALA VINUEZA. *Telecomunicaciones: Convergencia y desarrollo de nuevos negocios*. Conexión Magazine. SENATEL. 2009 p. 23

La definición de un marco regulatorio debe garantizar una serie común de condiciones para el desarrollo de las infraestructuras, los servicios y accesos al espectro radioeléctrico, con un regulador nacional que tenga en cuenta el proceso por el cual pasan las telecomunicaciones. Se debe tener en cuenta que por las redes telefónicas móviles se ofrecen servicios que, en principio, se pensó que eran exclusivos de Internet. Y debe considerar también que hay que garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios y, al mismo tiempo, no obstruir el desarrollo del comercio electrónico y promover la confianza en el uso de las comunicaciones electrónicas, así como de las transacciones en línea.

Si se actualiza la regulación, quizás, se debe tener en cuenta el ejemplo de México que cuenta con una Ley de Convergencia de las Telecomunicaciones, o de Argentina, donde en virtud del Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones, se concede a los operadores una Licencia Única de Servicios de Telecomunicaciones,<sup>154</sup> la misma que: “... habilita a la prestación al público de todo servicio de telecomunicaciones, sea fijo o móvil, alámbrico o inalámbrico, nacional o internacional, con o sin infraestructura propia”. Al cierre de esta investigación se está discutiendo en Perú una aproximación similar a la de Argentina.

Del mismo modo, podríamos emular a Colombia que viene discutiendo desde el año pasado una propuesta elaborada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “Propuesta regulatoria para la modificación de la regulación sobre defensa del usuario asociada al envío y recepción de mensajes cortos SMS y MMS”.<sup>155</sup> En Colombia cuentan con regulación de los mensajes MMS y SMS desde hace algún tiempo, ahora se han interesado en reformarla, notando que es terreno fértil para que se den abusos. Pese a lo interesante de esta aproximación, yo me inclino por una regulación integral de servicios convergentes. El reglamento colombiano, va en contra de la practicidad, ya que sigue dividiendo a las TICS en distintas familias.

Al contrario, el artículo 59 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, el título habilitante para ofrecer los servicios de telecomunicaciones, se otorgará, según el tipo de actividad de que se trate.

---

154 B.O. 19/05/09 - Resolución 112/09-SC - TELECOMUNICACIONES

155 Que pretende establecer reglas de protección a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y el a efectos de restringir el envío de mensajes cortos de texto (SMS) o de los mensajes multimedia (MMS), no solicitados por parte de los usuarios, con fines comerciales y/o publicitarios, con relación a lo dispuesto en el Artículo 65 de la Resolución CRT 1732 de 2007, así como la posibilidad de establecer reglas especiales sobre los mensajes SMS y MMS con contenido de adultos.

Nuestro país está a la zaga, no existe un reglamento de protección al usuario de telecomunicaciones como tal. Los derechos de los usuarios se han basado en instrumentos clásicos tales como la facturación, contratación, peticiones, quejas y reclamos, el establecimiento de multas y sanciones en perjuicio de las empresas de servicios públicos, los cuales permiten, de una manera muy tímida, que los usuarios puedan interactuar con las empresas en defensa de sus intereses. La experiencia ha demostrado que dichos instrumentos resultan insuficientes, cuando de hacer valer los derechos de los usuarios se trata, frente a escenarios donde la empresa que presta el servicio goza de poder significativo. Y es que no existen alicientes para que aquel que presta el servicio reaccione, de manera adecuada, y oportuna ante la insatisfacción del usuario de telecomunicaciones

Claro está que Internet y la telefonía móvil avanzada no son lo mismo, pero son tecnologías convergentes que ofrecen servicios similares o idénticos. Por tanto, deberían ser regulados por una legislación convergente. En nuestro país, la Ley de Telecomunicaciones, reformada en varias ocasiones, no ha sido actualizada dando la importancia del caso al proceso de convergencia en todos sus niveles y se empeña en diferenciar servicios que, hoy por hoy, presta una sola operadora con una misma tecnología. En este sentido, cualquier agenda regulatoria que se adopte en el país, deberá encaminarse a adoptar un sistema que permita reglas de interconexión e interoperabilidad entre redes, tecnologías en convergencia, servicios y aplicaciones disponibles.

Pero, independientemente de las diferencias tecnológicas de fondo que a la ley no conciernen, el correo electrónico y los SMS y MMS son idénticos. Son mensajes electrónicos enviados en una red electrónica; en los dos sistemas se repite la fórmula básica de “mensaje - destinatario – remitente”.

Nuestra legislación no contiene disposiciones expresas ni sobre la naturaleza del correo electrónico, peor aún sobre la de los mensajes SMS y MMS pero, claro es que los tres tipos de comunicaciones son mensajes de datos electrónicos. Y, como bien señala A. PARDINI con motivo de un fallo de la justicia argentina; el mensaje electrónico, posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal... ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código de

acceso que impide a terceros el acceso al mensaje.<sup>156</sup> Resguardo que con los sistemas de filtros queda en nada.

## 2) Regulación del SPAM.

El Derecho ofrece siempre –respuestas– a los avances de la técnica. Todas estas respuestas, son *ex post*. En Ecuador la respuesta al SPAM de telefonía móvil, debe ser aplicar la LCE.

ANA PIAGGI se cuestiona si la contratación electrónica reemplazará a la contratación por escrito y si los medios electrónicos, reemplazarán al papel.<sup>157</sup> Debido a la desmaterialización de los contratos y su progresiva desvinculación del medio impreso, a los contratos se les ha comenzado a presumir valederos cuando contienen una firma<sup>158</sup> que simboliza la voluntad de los contratantes. La desmaterialización de los contratos obliga un cambio profundo del Derecho, así pues, debemos integrar el Derecho a la nueva usanza.

En efecto, estamos presenciando un cambio en las técnicas contractuales para la venta y la promoción de todo tipo de productos.

Aplicar las reglas de la LCE a la telefonía móvil, ARGOS CUE, va seguramente a revolucionar los negocios, ya que uno de los mayores obstáculos para el florecimiento de esta forma de contratación electrónica es vencer la reticencia de la mayoría de los consumidores a realizar transacciones económicas electrónicas, debido básicamente a la falta de seguridad de las mismas.<sup>159</sup>

Esto es importante porque, los países, que de mejor manera, integren su Derecho a los hábitos de la sociedad de la información, recogerán los mayores beneficios y serán los que establezcan las prioridades que todos los demás deban seguir. Por el contrario, los países que se

---

156 Cfr. A. PARDINI. *Derecho de Internet*. Ed. La roca. Buenos Aires 2002 p. 55

157 Cfr. A. I. PIAGGI. *El Comercio Electrónico y el Nuevo Escenario de los Negocios*. Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos. Dirección A. A. ALTERINI y otros. Temis. Lima. 2001 p. 84

158 *Supra*. Nos recuerda que en la Edad Media no se habituaba a utilizar la Firma, y que en 1358 Carlos V, de Francia, apodado el Sabio fue quien obligó a los notarios a firmar en los negocios en lo que intervenían. Siete siglos después, estamos dando el siguiente gran paso.

159 Cfr. J. B. LÓPEZ Y ARGOS CUE. *Internet Móvil: una revolución en ciernes*. Régimen Jurídico de Internet. Director Javier Cremades. La Ley. Madrid. 2002 p. 1128

limiten a contemporizar o favorezcan soluciones menos decididas encontrarán serias dificultades.

En Corea, por ejemplo se otorga una licencia a las empresas publicitarias que de manera electrónica promocionan bienes o servicios, y si estas empresas envían SPAM a dispositivos móviles, el Estado, no renueva la licencia.<sup>160</sup> En Estados Unidos la FCC para regular la generación de SPAM a teléfonos móviles, decidió que no constituían mensajes no solicitados los mensajes de políticos, los de caridad y de organizaciones sin fines de lucro.<sup>161</sup>

Estos ejercicios reguladores son valiosos, pero no son la mejor alternativa, puesto que solo regulan el SPAM pero no las obligaciones entre las partes de un negocio electrónico. Si aquí tenemos una Ley que a todas luces regula el SPAM, no es una buena idea seguir los pasos de Corea o Colombia y hacer un reglamento específico para el SPAM a teléfonos celulares.

En Ecuador, deberíamos fabricar el Derecho de la Telemática, innovar con soluciones que se apliquen a nuestro mercado altamente conectado telefónicamente, pero sin acceso a Internet salvo en las ciudades. ¿Acaso las autoridades le temen a innovar y prefieren que nos digan de Europa o Estados Unidos como regular? ¿Estamos a la espera de que alguna comisión de las Naciones Unidas descubra que por celular se contrata y que por ende le recomienda al Estado que aplique una Ley de Contratación en la esfera de la telefonía móvil?

No podemos darnos el lujo de no regular, de desatender y de desproteger. Del mismo modo en que regulamos el comercio electrónico debemos regular el telemático (que al fin es el mismo); la contratación por este medio, al momento, escapa a toda regulación, pues existe en el limbo, donde puede que no existan derechos ni la posibilidad de exigir cumplimiento de obligaciones. El mundo de la contratación electrónica telemática no es *alieni juris*.

Creo que debemos contar con un marco legal más riguroso y severo respecto del SPAM, porque están en juego el interés público, la defensa del derecho a la privacidad y la eficacia reguladora para mitigar el impacto de los trillones de mensajes electrónicos no deseados que se envían al año. Y es que a la velocidad que se adoptan nuevas tecnologías en nuestro país,

---

160 *South Korea Clamps Down on SMS Spam*. Consulta en línea. [http://www.cellular.co.za/news\\_2003/122003-south\\_korea\\_clamps\\_down\\_on\\_sms\\_spam.htm](http://www.cellular.co.za/news_2003/122003-south_korea_clamps_down_on_sms_spam.htm) (25 de noviembre de 2009)

161 *SMS Mobile spam draws US FCC regulator wrath*. Consulta en línea. [http://www.cellular.co.za/news\\_2004/aug/080404-sms\\_mobile\\_spam\\_draws\\_us\\_fcc\\_reg.htm](http://www.cellular.co.za/news_2004/aug/080404-sms_mobile_spam_draws_us_fcc_reg.htm) (25 de noviembre de 2009)

normas prudentes de protección a los consumidores deben ser establecidas que resguarden su privacidad, su tiempo y su propiedad.

Soy de la opinión que hay que definir al SPAM con un concepto amplio que vaya más allá de las comunicaciones comerciales. Creo que dada la posibilidad de que un mensaje se pueda transmitir a todos los usuarios, la periodicidad es secundaria al definir al SPAM.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones aboga para que todas las naciones adopten legislaciones Anti SPAM. Cosa difícil de hacer, de manera eficiente, dada las diferencias entre Las regulaciones OPT-OUT y OPT-IN. Por este motivo la UIT concluyó, en 2005, que las legislaciones del mundo fallan en el combate efectivo del SPAM. Que las leyes están plagadas de buenas intenciones pero no han podido combatir al SPAM de una forma sustantiva.<sup>162</sup> Si no recibimos 1000 mensajes de correo electrónico cada día, publicitando productos que nada nos interesa o tratando de estafarnos, es debido a los filtros.

Creo también, que es necesaria una legislación específica que evite la autorregulación de los proveedores. No vaya a ser que, en un futuro, cambien los parámetros del sistema de filtrado y lo utilicen para indagar las preferencias de consumo de los usuarios o, filtrar lo que a bien tengan. Eso sin siquiera tener en cuenta las listas negras y los falsos positivos. La regulación no debe pecar de inocente y debe tener en cuenta que, no todo SPAM es legítimo y en algunos casos, vía un mensaje mal intencionado se puede perpetrar una infracción.

Y es que, hoy en día, la problemática relacionada al SPAM no reside en su existencia, sino en los efectos nocivos que ella genera.

Preparando esta investigación tuve entrevistas con directivos del CONATEL quienes, en lugar de facilitarme una copia de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil avanzada, se decidieron por “hacerme entender a punta de charlas”, con el poco tiempo que tenían, que la telefonía y el Internet son dos cosas diferentes. Quizás no hayan escuchado de la convergencia. Creo que su trabajo regulador está equivocado porque dejan todo al contrato de concesión. Dada la importancia económica de la telefonía móvil en Ecuador, su penetración de mercado, el rango de gasto de los consumidores y la manera en que está cambiando el modelo

---

162 M. C. BUETI. *ITU Survey on Anti SPAM Legislation Worldwide*. ITU 2005 p. 9 “As the volume of spam increased in recent years, so did the number of spam laws across the world. However, while the laws proposed to combat spam were put forth with good intentions they are not actually addressing the problem in a substantive way”.

de distribución de bienes de consumo, creo que, lo mínimo, es regular con “algo más” que un contrato, el mismo que, al fin y al cabo, obliga en función de la voluntad de las partes. Yo creo, en este caso, que hay regulaciones que se deben imponer.

La OCDE en su investigación de 2005, *SPAM Issues in Developing Countries*, recomienda que en economías en vías de desarrollo, para disminuir el mayor impacto del SPAM, se deben adoptar regulaciones fuertes. Y es que en nuestros países, es más difícil reclamar los derechos de los usuarios y hacerlo tiene un costo. Analiza la OCDE que regular es la mejor vía, pues es preferible hacerlo a pagar el costo del SPAM.

Hasta que se instituya legislación anti SPAM específica, creo que todo SPAM debe ser regulado por la LCE y su Reglamento. Si bien hay distinciones entre el SPAM de Internet y el de SMS o MMS, en virtud de los principios del Derecho Telemático, la regulación debe ser la misma. Además como el SPAM puede enviarse entre redes, puede ser más difícil su eficiente combate tecnológico, siendo esta una sobrada razón para aplicar una sola regulación. Para todos los mensajes electrónicos.

Aplicar en materia de mensajes no deseados una sola regulación, es una manera simple de preservar los beneficios de las comunicaciones electrónicas y acrecentar la confianza de los usuarios.<sup>163</sup>

En un despliegue de practicidad, pienso que se debería obligar incluir la palabra publicidad en el título de cada mensaje promocional. Y si se promociona tabaco o alcohol y, en general, cualquier producto no apto para todo público, tal y como se advierte sobre dichos productos en la publicidad por otros medios, se deben colocar advertencias en los mensajes como manda la LDC.

### **3) Consideraciones específicas para los mensajes SMS y MMS.**

Se deben establecer normas claras para los usuarios de estos servicios. Ya que los SMS y los MMS son utilizados, en toda forma de contratación electrónica, en el contexto de los

---

163 TASK FORCE ON SPAM. *Report of the OECD Task Force on SPAM: Anti SPAM Toolkit of Recommended Policies and Measures*. 2006 p. 9 “The legislation should be short and simple. To preserve the benefits of electronic communications by increasing the trust of users in the messaging media and improving the availability, reliability and cost of the service. The level of spam has now reached the point where it is impacting on users confidence in using e-mail and other messaging media, and having a negative impact on the performance of global communication networks”.

servicios “Premium” de valor agregado. (rifas, concursos, promociones, mecanismos de descarga de contenido y servicios de toda índole). En muchas ocasiones, los usuarios no saben cuánto deberán por entrar en un sorteo, votar en un concurso de TV o descargar un juego.

En España, el 13 de febrero de 2008, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. A partir de su entrada en vigor, los usuarios de estos servicios recibirán un SMS en el que se informará del precio del servicio que han solicitado y de la empresa responsable de su gestión, por si, posteriormente, quisieran reclamar. El mensaje se enviará antes de la contratación, de modo que sólo si el usuario acepta voluntaria y conscientemente el cargo, podrá realizar el pago. Para hacerlo, deberá responder al mensaje tecleando la palabra “alta”, expresamente; también enviando la palabra “baja” podrán anular cualquier suscripción a estos servicios, de forma definitiva.

Otra novedad es que, en los concursos de tipo sorteo, deberá aparecer en la pantalla un dato importante: el número de llamadas o mensajes recibidos en los últimos 10 minutos de emisión, de modo que el concursante tenga al menos algo de información para calcular las probabilidades de ganar el “premio”. Además, las llamadas y mensajes enviados fuera de plazo en los concursos y sorteos no se podrán cobrar con la tarificación especial.

Las nuevas medidas parecen bien planteadas y pueden resultar efectivas para eliminar los tele timos o, al menos paliar sus efectos.

El reglamento español es un ejemplo de lo que deberíamos, con urgencia, hacer en Ecuador; controlar a todas las empresas que ejercen este tipo de comercio. Un reglamento de este tipo tiene consecuencias que afectan a muchas personas, afectará a las operadoras telefónicas que hacen de intermediarias y a los medios de comunicación, especialmente los espacios televisivos, que los promocionan.

Si las provisiones respecto del SPAM de la Ley de Comercio Electrónico solamente se aplican a los correos electrónicos, ¿Qué impediría a los *spammers* comenzar a utilizar el servicio de mensajería por celular?

#### 4) La regulación del SPAM debe ser internacional.

El *spammer* podría no estar en la jurisdicción ecuatoriana por ello se requiere de una aproximación internacional. BRENNNA opina que ya nadie discute que la globalización de los mercados ha coincidido y se ha potenciado por la globalización de las redes telemáticas de comunicaciones interactivas.<sup>164</sup> A nivel mundial, es necesario consenso, porque la falta de éste ha llevado a la sociedad a soportar los elevados niveles de abuso que los usuarios y los proveedores experimentan cuando reciben SPAM en grandes cantidades.

Si el consenso internacional, por la razón que sea no fuere posible, a nivel regional por lo menos, las normas deben propender a la estandarización de las soluciones. La legislación nacional es esencial y la cooperación internacional es necesaria para combatir el SPAM. Como bien menciona FARINELLA: “A problemas globales, soluciones globales y control e instrumentación local”.<sup>165</sup>

A nivel regional, al menos, debe haber consenso, ya que legislaciones nacionales, con diversos requerimientos y que impongan diferentes estándares, serían imposibles de obedecer en un contexto en el que el remitente que envía un mensaje no sabe la localización geográfica del destinatario, quien tampoco sabrá que legislación es la que debe obedecer. El tratamiento legal homologado traerá beneficios para todos los participantes del comercio electrónico.

Razón sobrada para actuar con medidas de participación internacional, sincronizadas y adoptadas conjuntamente por todos los implicados.

Como mencioné, la UIT detectó que el crecimiento de la industria se concentra en los países pobres y en desarrollo, donde como encontró la OECD el SPAM tiene mayor costo, así que la regulación del SPAM debe ser OPT-IN. El OPT-OUT es económicamente gravoso para los destinatarios de los mensajes de datos. Y por decir lo menos, es una solución injusta en los países ricos.

---

164 Cfr. R. G. BRENNNA. *Internet y Privacidad. Reflexiones sobre la sociedad de la información y la recolección de datos on line*. Informática Y Derecho. Vol 8 Lexis Nexis, Depalma. Buenos Aires 2002 p. 3

165 F. FARINELLA. *Algunas notas sobre el spamming y su regulación*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí No. 094 - Mayo del 2006

## 5) OPT-IN.

Creo que se debe apoyar la aproximación de Europa en lo referente al envío de comunicaciones no deseadas. Adoptar el requerimiento de consentimiento previo, terminaría con este problema. Es, simplemente, el mejor modo de controlar el SPAM.

Es recomendable que la regulación de la LCE o su reglamento, contemplen sanciones fuertes contra el acto de enviar SPAM definido. La legislación *persé* no detendrá a *spammers* potenciales de abusar de esta técnica de publicidad. Las Leyes y la regulación pueden tener un impacto si aplican sanciones en contra de individuos y organizaciones que generen SPAM. El valor de la legislación dependerá de qué tan disuasiva sea.

SPAMHAUS, razona que el SPAM es un asunto de consentimiento, no de contenido. Un mensaje sea con publicidad, sea que pretenda perpetrar un engaño o estafa, sea pornográfico, o sea una cadena, una oferta gratuita, un anuncio político..., es de contenido irrelevante si el mensaje fue enviado sin ser solicitado.<sup>166</sup>

El contenido de un mensaje puede agradarnos o no dependiendo de nuestro fuero interno y, en tanto el mensaje no sea mal intencionado, el contenido es irrelevante. Por ello, estoy seguro que la ley no se debe valer de una ficción por la que el receptor brinda su consentimiento por adelantado.

¿Qué tal si, mañana una ley, (cualquiera que sea), se vale de una ficción de otorgar un consentimiento por adelantado, sin que se requiera que expresamente se lo otorgue, digamos, para recibir una multa? Y así, los policías podrían multar a quien sea, para que luego, suceda que, todos los sancionados acudan a la comisaría de turno a suscribir una declaración jurada, que diga que no querían recibir dicha multa en un principio. Imaginemos que esto ocurre en una red electrónica y, que la declaración se puede llenar desde la casa o el celular y tenemos una situación idéntica a la del SPAM OPT-OUT y ya paramos de imaginar para ver la realidad.

Digamos que se mantiene el sistema OPT-OUT de la ficción del consentimiento previo, pero se restringen, en algo, las reglas de envío. Solo se permite el envío en el contexto de un

---

166 Consulta en línea. “*Spam is an issue about consent, not content. Whether the UBE message is an advert, a scam, porn, a begging letter or an offer of a free lunch, the content is irrelevant - if the message was sent unsolicited and in bulk then the message is spam*”. <http://www.spamhaus.org/definition.html> (25 de noviembre de 2009)

negocio celebrado anteriormente, a los proveedores, distribuidores, importadores, consumidores, etc. Los buzones de los contratantes, se verán desbordados de mensajes enviados por sus socios comerciales. Si llegamos a este punto, sería lícito y correcto enviar mensajes a todos quienes hayan comprado alguna vez en Artefacta, almacenes Japón, o hayan sido alguna vez clientes de Banco Pichincha... o de Fybeca.

El argumento de los *spammers* que alegan que ciertas regulaciones, que prohíben los envíos, coartan su libertad de comercio, expresión y ejercicio de industrias lícitas, en tanto cualquier persona puede ofrecer sus productos por la calle, o telefónicamente, sin recabar previo permiso. No es válido, porque el caso es que recibir SPAM es gravoso para los consumidores, y como dice Enrique Lacordaire “la libertad es el derecho de hacer lo que no perjudique a los demás”, al recibir SPAM, lo que se hace es coartar la libertad del receptor.

Es más, si en virtud de una legislación OPT-OUT, la marea de SPAM crece a niveles demasiado elevados, se podría poner en peligro la consecución del considerando segundo de la LCE que dice: “es necesario impulsar el acceso de la población a los servicios electrónicos que se generan por y a través de diferentes medios electrónicos;” y el SPAM bien puede impedir la adopción de la tecnología electrónica por parte de los consumidores generándoles molestias e inseguridades.

En un ambiente con grandes cantidades de SPAM, habrá iniciativas de autorregulación y, ocurrirán, con regularidad, situaciones parecidas a la del filtro de AEPROVI. Seguramente, las empresas proveedoras de Internet suponen que la única ley que les atañe y regula sus actividades en Internet, es la LCE, y ésta no contempla norma alguna sobre el secreto de las comunicaciones.

Imaginemos que cada cliente que quiera dejar de recibir mensajes por SMS o MMS en su celular deba gastar 10 segundos de tiempo llamando o enviando una respuesta, así no pague por el mensaje, hay un costo que dada la penetración de la telefonía móvil hace impráctico al OPT-OUT. Si el volumen de mensajes crece, se volvería imposible des suscribirse de todos los bancos de datos de mensajería instantánea.

Del mismo modo, ahora se sabe que la aproximación OPT-IN es la que de mejor manera limita el impacto del envío de la gran cantidad de SPAM. Y la única alternativa se el marco legal opta por disminuir el costo que el SPAM les supone a quienes lo reciben.

## **6) Contratos de adhesión con los prestadores de servicio.**

Si fuera el caso que los usuarios aceptan el filtrado en virtud de una cláusula del contrato de adhesión al contratar sus servicios, éste sería un contrato abusivo. No por la falta de negociación individual, sino como enseña LÓPEZ MENDEL porque esta cláusula, causaría un detrimento considerable a los derechos y obligaciones del consumidor.<sup>167</sup> Por último, porque no le permite al cliente regular el mecanismo de censura.

De todas maneras, un contrato de adhesión de estos, no podría imponérsele al Derecho Constitucional del Secreto y a las leyes de la materia en las que se desarrolla. El contenido contractual no puede ser contrario a los derechos del colectivo.

Cada usuario debe poder escoger cómo protegerse. De lo contrario, la posibilidad de que se den abusos es inmensa, tan grande como el mercado de Internet.

No debemos pensar que las redes telemáticas son océanos donde abundan tiburones, pero es un hecho que deben ser seguras. Y la seguridad no radica en sofisticados mecanismos criptográficos o corta fuegos en cada terminal electrónico. La seguridad debe ser jurídica. Debemos contar con un ecosistema con reglas, las redes telemáticas no pueden ser el “salvaje oeste”.

Recordemos que los nuevos estándares técnicos de telefonía móvil le dan mayor importancia a la transferencia de datos que a la transmisión de la voz. Debemos esperar un incremento en la transferencia de información a móviles y por ende de SPAM a teléfonos móviles.

## **7) Sobre manejo de datos personales.**

La forma en que se organizan los datos de los números de teléfono y de sus usuarios constituye bases de datos. Se requiere en el país una Ley para regular su manejo y una agencia

---

<sup>167</sup> Cfr. M. LÓPEZ MENDEL Y BÁSCONES. *Régimen Español sobre contratación electrónica y condiciones generales*. Ara Editores. Lima 2003 pp. 410 - 413

que precautele el cumplimiento de las disposiciones legales, como ocurre en casi todos los demás países desarrollados.

La protección de los derechos fundamentales no puede estar prisionera en las fronteras de las distintas naciones. Ya que, como menciona RODOTÀ:

“De la amplitud y de la efectividad de las garantías otorgadas a la privacidad como momento constitutivo de la esfera pública y de la esfera privada, depende consecuentemente y en gran parte la posibilidad de que la sociedad de la información evolucione hacia una sociedad del conocimiento y del saber, y no se transforme en una sociedad de la vigilancia, de la clasificación y del control”.

Ni debería estar retenida entre fronteras la regulación de redes globales, ello implica fragmentar la regulación dependiendo de los pareceres particulares de los distintos estados nacionales. Y, al poco tiempo, proliferarán los “paraísos informativos” desde donde se manejarán laxamente los datos personales y se bombardeará de publicidad a los consumidores. Una regulación fragmentada, se presta a abusos y confusiones.

La meta debe ser diseñar un sistema de garantías adecuado, universal y unificado con independencia del lugar donde se efectúe el tratamiento de datos.

Las bases de datos de los números de teléfonos celulares usualmente contienen datos personales sobre el titular de ese número de teléfono. Datos como nombres, apellidos, fecha de nacimiento, profesión, dirección de correo electrónico, número de teléfono fijo, cargo en la empresa, número de empleados, ingresos y gustos comerciales. Estos son datos considerados sensibles que apuntan a diferenciar a potenciales consumidores en perfiles o tipos.

## **8) Sobre el filtrado.**

Los usuarios no pueden quedar solamente entregados a las reglas del mercado. Si se constata que la falta de normas legales generales, permanentes, obligatorias y no discriminatorias

obliga a los proveedores a llevar a cabo actividades de filtrado y bloqueo de correos, estamos presenciando un atentado contra la conectividad y el acceso a la red Internet.<sup>168</sup>

En Ecuador, como no se puede filtrar del modo que AEPROVI y los proveedores lo hacen, se debe legislar porque deben existir parámetros emanados de la ley y no de la opinión de los proveedores.

La convergencia influye en este particular, ya que, los usuarios, anhelan tener acceso a la red cuando quieran y donde quieran por medio de su celular.

Pero si un aparato tan personal como el teléfono es bombardeado de mensajes comerciales, de SPAM, de mensajes peligrosos, el impacto se hará sentir.

**El mundo virtual debe ser seguro para todos.**

---

168 R. J. JIJENA LEIVA. *Datos Personales, Spam y Derecho. Propuestas de modificaciones a la ley 19.628 a propósito de las comunicaciones comerciales por correo electrónico*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí. No. 094 - Mayo del 2006

## BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

ABEL MARCIAL ORUNA RODRÍGUEZ. *¿Regular la Publicidad en el Ciberespacio? Análisis de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM)*. Revista de Derecho Informático Alfa Redí No. 089 - diciembre del 2005

ADOLFO ESTRELLA. *La Conferencia Contra el Abuso del Correo califica de fracaso la legislación de EE UU*. Artículo publicado por EL PAÍS. Consulta en línea. [http://www.elpais.com/articulo/red/Conferencia/Abuso/Correo/califica/fracaso/legislacion/EE/UU/elpeputec/20040701elpcibenr\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/red/Conferencia/Abuso/Correo/califica/fracaso/legislacion/EE/UU/elpeputec/20040701elpcibenr_3/Tes)

ALICIA PIERINI, VALENTIN LOREBCES, MARÍA INES TORNABENE. *Hábeas Data derecho a la Intimidad*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1999

ANA I. PIAGGI. *El Comercio Electrónico y el Nuevo Escenario de los Negocios*. Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos. Dirección ATILIO ANÍBAL ALTERINI y otros. Temis. Lima. 2001

ANIBAL PARDINI. *Derecho de Internet*. La roca. Buenos Aires. 2002

ASCENSIÓN ELVIRA PERALES. *Derecho al Secreto de la Comunicación*. Iustel. Madrid. 2007

ASETA Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Acuerdo Subregional Andino. "Telefonía Móvil en la CAN". *Informe 2005*. Quito. <http://www.aseta.org>

BRAD TEMPLETON. *Origin of the term "spam" to mean net abuse*.

BRANDON KEIM. "Eradicating spam might not save the polar ice cap, but the world would be a bit cleaner without it". Consulta en línea. <http://www.wired.com/wiredscience/2009/04/spamcarbon/>

CAMILO VALENCIA SUESCÚN. *Elementos Básicos para una Ley general de Telecomunicaciones en Colombia*. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Legis. 2003

CÉSAR RUBIO SALCEDO. *Afectación de los Derechos Fundamentales por el Poder Informático. ¿Quién podrá ayudarnos?* Pontificia Universidad Católica del Perú. I Coloquio de Estudiantes de Derecho. Lima 2003

CLAUDIA FONSECA MARTÍNEZ *El SPAM y el ejercicio de la Libertad en la Red*. Alfa Redi: Revista de Derecho Informático. No. 081 - Abril del 2005

CLAUDIA R. BRIZZIO. *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea*. Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos. Dirección ATILIO ANÍBAL ALTERINI y otros. Temis. Lima 2001

COMISIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ EUROPEO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS REGIONES. *Internet Of Things An Action Plan For Europe*. 1997

COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA CONVERGENCIA DE LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y SOBRE SUS CONSECUENCIAS PARA LA REGLAMENTACIÓN EN LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *Libro Verde*. Versión 3 de 1997

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Informe sobre la Economía de la Información 2007-2008 - Panorama General, Ciencia y tecnología para el desarrollo: El nuevo paradigma de las TIC 2008*

CYNTHIA SEMIRAMIS MACHADO VIANNA. *Spam: uma abordagem crítica*. Alfa Redi No. 049 - Agosto del 2002

DAVID HARRIS. *Drowning in Sewage. SPAM, the curse of the new millennium: an overview and white paper*. 2003

DIEGO GONZÁLEZ GÓMEZ. *Marco legal en Europa y España sobre delitos informáticos*. 2003  
Consulta en línea. <http://www.dgonzalez.net/pub/legalsec>

DIEGO MARTÍN BUTRAGO BOTERO. *El Derecho y la Industria Informática*. Señal Editora. Medellín. 2002

DON TAPSCOTT. *La economía digital*. McGraw-Hill, Bogotá.. 1997

EDISON AYALA VINUEZA. *Telecomunicaciones: Convergencia y desarrollo de nuevos negocios*. Conexión Magazine. SENATEL. 2009

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, SALVADOR MONTEJO VELILLA. *Telecomunicaciones por Cable*. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley. Madrid. 2000

EUROPA PRESS. *Data protection: "Junk" e-mail costs internet users €10 billion a year worldwide - Commission study.* Consulta en línea.  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/154>

FAVIO FARINELLA. *Algunas notas sobre el spamming y su regulación.* Alfa Redi No. 094 - Mayo del 2006

FRANCISCO BALAREZO, FABIÁN MEJÍA. *El beneficio del Internet en el mejoramiento de la calidad de vida.* AEPROVI 2007

GASTÓN F. SOUBLE DE SADA. *Historia de las telecomunicaciones en Ecuador.* Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones. AHCIET. En línea. Madrid. Consulta en línea.

GUILLERMO DIAZ BERMEJO. *La protección del consumidor en el comercio electrónico.* 2008

HUGO CARRIÓN GORDÓN. *Regulación e Inversión en Telecomunicaciones. Estudio de Caso para Ecuador.* IMAGINAR.org Centro de Investigación de la Sociedad de la Información. Quito. Octubre 2007

JAVIER BUSTAMANTE DONAS. *La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.* Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación. No 1. Septiembre - Diciembre 2001

JAVIER JIJENA LEIVA. *Datos Personales, Spam y Derecho.* Propuestas de modificaciones a la ley 19.628 a propósito de las comunicaciones comerciales por correo electrónico en Chile. Alfa Redi. No. 094 - Mayo del 2006

JHON PEET. *"Define and Shell"*, artículo publicado en el semanario *The Economist* de marzo 3 de 2000

JONATHAN KOOMEY. *Estimating Total Power Consumption By Servers In The U.S. And The World.* 2007

JONATHAN LYNN. *Developing countries must boost broadband:* U.N.

JOSÉ BENY LÓPEZ Y ARGOS CUE. *Internet Móvil: una revolución en ciernes.* Régimen Jurídico de Internet. Director Javier Cremades. La Ley. Madrid. 2002

JOSEPH MENN. *Facebook has won a significant victory.* Consulta en línea del diario Financial Times.

LAURA BRUCE. *Cell phone spam can cost you*. Consulta en línea. <http://www.bankrate.com/brm/news/pf/20010814a.asp>

LEWIS WARD, LARS VESTERGAARD, JOAO DA SILVA. *Driving Mobile Messaging*. IDC. 2008

LUÍS COVA ARRIA. *La Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico*. Caracas 2002

M. LÓPEZ MENDEL Y BÁSCONES. *Régimen Español sobre contratación electrónica y condiciones generales*. Ara Editores. Lima 2003

MARCELA BASTERRA. *Libertad de Prensa Versus Derecho a la Intimidad*. Poder Político y Libertad de Expresión A. Gómez. Director. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001

MARÍA CLARA GUTIÉRREZ. *Desarrollos en Regulación en Comercio Electrónico en los Países de la Región Andina*. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. No. 121 - Agosto del 2008

MARÍA CRISTINA BUETI. *ITU Survey on Anti SPAM Legislation Worldwide*. ITU 2005

MARÍA JOSÉ AZAR. *El Consentimiento en la contratación por Internet*. Serie Comercio Electrónico. R. Lorenzetti Director. Ed. Temis, Bogotá 2003

MATILDE CARLÓN RUIZ. *Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones. Una perspectiva Convergente en el Estado de las Autonomías*. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley. Madrid. 2000

MATT HAMBLIN. *Smartphone predictions for 2010*. Computerworld. Consulta en línea. [http://www.computerworld.com/s/article/9141761/7\\_smartphone\\_predictions\\_for\\_2010?taxonomyId=15&pageNumber=1](http://www.computerworld.com/s/article/9141761/7_smartphone_predictions_for_2010?taxonomyId=15&pageNumber=1)

MCAFEE INC. *The Carbon Footprint of Email Spam Report*. ICF International. 2008

MIGUEL ANGEL EKMEDJIAN y PIZZOLO CALOGERO. *Hábeas Data. El Derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Buenos Aires. De Palma. 1996

MOTOROLA. *Making History: Developing the Portable Cellular System*. <http://www.motorola.com/content.jsp?globalObjectId=7662-10813>

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy, Committee for Information, Computer and Communications Policy. Task force on spam. *Anti-Spam Regulation*. 2005

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy, Committee for Information, Computer and Communications Policy. Task force on spam. *Report of the OECD Task Force on SPAM: Anti-SPAM Toolkit of Recommended Policies and Measures*. 2006

PABLO A. PALAZZI. *Delitos Informáticos*. Ad hoc. Buenos Aires. 2000

PABLO A. PALAZZI. *La Transmisión Internacional de Datos Personales y la Protección de la Privacidad*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2002

PATRICK STAFFORD. *Vodafone fined \$110,000 for spam SMS messages*. Consulta en línea. <http://www.smartcompany.com.au/legal/20091111-vodafone-fined-110-000-for-spam-sms-messages.html>

PEDRO ABERASTURY Y EVELYN GOTTSCHAU. *Derecho a la Recopilación de Datos*. Poder Político y Libertad de Expresión A. Gómez. Director. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001

R. G. BRENNAN. *Internet y Privacidad. Reflexiones sobre la sociedad de la información y la recolección de datos on line*. Informática Y Derecho. Vol 8 Lexis Nexis, Depalma. Buenos Aires 2002

RENATO JAVIER JIJENA LEIVA. *Datos Personales, Spam y Derecho. Propuestas de modificaciones a la ley 19.628 a propósito de las comunicaciones comerciales por correo electrónico*. Alfa Redi. No. 094 - Mayo del 2006

RICARDO LORENZETTI Y CARLOS ALBERTO SOTO. *Comercio Electrónico*. Temis. 2003

ROCÍO MELBA PÉREZ. *El contrato por medios electrónicos*. Universidad Externado de Colombia. 2000

RODOLFO DANIEL UICICH. *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1992

RODOLFO HERRERA BRAVO. *Digitalización y Convergencia: El Nuevo Entorno de las Telecomunicaciones*. ALFA REDI No. 048 - Julio del 2002

SERGE GAUTHRONET & ÉTENNE DROUARD. *Unsolicited Commercial Communications and Data Protection*. Commission of the European Communities. 2001

SHANE O'NEILL. *Lower PC Prices Pit Microsoft Against PC Makers*. Pcworld. Consulta en línea. [http://www.pcworld.com/article/183606/lower\\_pc\\_prices\\_pit\\_microsoft\\_against\\_pc\\_makers.html](http://www.pcworld.com/article/183606/lower_pc_prices_pit_microsoft_against_pc_makers.html)

SILVIA TELECHEA DAYUTO. *La regulación contra el spam en la Unión Europea y en la legislación española* Tecnoius. 2009 <http://www.tecnoius.com.ar/publicaciones/regulacion-spam-UE1.php>  
*SMS Mobile spam draws US FCC regulator wrath.* Consulta en línea.  
[http://www.cellular.co.za/news\\_2004/aug/080404-sms\\_mobile\\_spam\\_draws\\_us\\_fcc\\_reg.htm](http://www.cellular.co.za/news_2004/aug/080404-sms_mobile_spam_draws_us_fcc_reg.htm)

TASK FORCE ON SPAM. *Report of the OECD Task Force on SPAM: Anti SPAM Toolkit of Recommended Policies and Measures.* 2006

TOM FARLEY & MARK VAN DER HOEK. *Cellular Telephone Basics.*

TOMI TAHONEN. *Communities Dominate Brands.* Consulta en línea.

TOSHIHIKO SHIBUYA. *Japan's strategy to combat spam.* Ministry of Internal Affairs and Communications (MIC), Japan 2005

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Financial aspects spam-malware.* 2008. Johannes M. Bauer, Michel van Eeten, Tithi Chattopadhyay.

URESH RAMASUBRAMANIAN. OECD Task Force on SPAM. Spam Issues in Developing Countries. mayo de 2005

V. CARRASCOSA LÓPEZ, M. A. POZO ARRANZ. *La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual.* Comares. Granada 1999 p. 119 – 123

VÍCTOR GÓMEZ PÉREZ. *Realidad Jurídica del Comercio Electrónico en Colombia.* Bogotá. 2004

VÍCTOR MULAS GÓMEZ. *El comercio electrónico a través del móvil.* Régimen Jurídico de Internet. Director Javier Cremades. La Ley. Madrid. 2002

VIVIANA ANDREA SARRA. *Comercio Electrónico y Derecho.* Astrea. Buenos Aires. 2000

WERNER MOHR. *Mobile Communications Beyond 3G In The Global Context.* Siemens Mobile. Múnich

## ANEXO 1.

### POLÍTICA ANTI-SPAM PARA USO DE LOS SOCIOS DE AEPROVI

#### 1. OBJETO

El objeto de esta política es definir un conjunto de medidas que deben ser cumplidas por los miembros de AEPROVI a fin minimizar el problema del correo electrónico no solicitado.

#### 2. ALCANCE

Esta política aplica cuando el cliente usa la infraestructura de mensajería electrónica del proveedor de servicio de Internet.

#### 3. REQUISITOS

El contrato de servicios suscrito entre el proveedor y el usuario final debe incluir una autorización al Proveedor para realizar un procesamiento adicional al correo electrónico entrante y saliente con el objetivo de minimizar el spam e informar de los posibles riesgos de pérdida de información que implica el uso de los filtros.

#### 4. DEFINICIONES

Sin perjuicio de las definiciones establecidas en la legislación nacional o internacional vigente o en los RFCs publicados por IETF, esta política se sujeta a las siguientes definiciones:

**a) Servicio de correo electrónico:** Es un servicio de envío y recepción de mensajes que contienen información electrónica entre dos o más computadores o cualquier otro dispositivo de tecnología similar utilizando una red de interconexión al internet donde el contenido, el origen y el destino están “disponibles libremente” a terceros y donde el envío y la recepción de los mensajes son controlados por los usuarios.

**b) Acción de relay:** Uso de la infraestructura del proveedor de servicios para el envío de correo electrónico.

**c) SPAM:** Es correo electrónico masivo y no solicitado. Técnicamente, un mensaje de correo electrónico también es considerado SPAM cuando el remitente está incluido dentro de una o más listas negras que son revisadas por el proveedor del servicio.

**d) Filtro anti-spam:** Procesamiento adicional que realiza el proveedor de servicios de valor agregado que presta servicios de internet para minimizar el envío o recepción de spam.

**e) Proveedor:** Socio de AEPROVI que provee correo electrónico como una aplicación sobre la red Internet.

**f) Lista negra pública:** Es un listado de direcciones electrónicas, direcciones IP y dominios que corresponden a remitentes de correo electrónico calificados como generadores de spam, administradas por organismos nacionales o internacionales que recopilan, mantienen y actualizan dicha lista.

**g) Lista negra privada:** Es un listado de direcciones electrónicas, direcciones IP y dominios que corresponden a remitentes de correo electrónico calificados como generadores de spam, creada y modificada por solicitud expresa de destinatarios finales y administrada, mantenida y actualizada por el Proveedor.

**h) Lista blanca:** Es un listado de direcciones electrónicas, direcciones IP y dominios que corresponden a remitentes de correo electrónico calificados como autorizados, creada y modificada por solicitud expresa de destinatarios finales y administrada, mantenida y actualizada por el Proveedor.

**i) Zona reversa DNS:** Resuelve el nombre de dominio a partir de la dirección IP

#### 5. MEDIDAS MÍNIMAS CONTRA LA RECEPCIÓN DE SPAM

El proveedor deberá implementar filtros anti-spam en sus servidores que deberán:

- a) Revisar al menos 3 listas negras públicas del catálogo definido por AEPROVI. Los mensajes cuyas direcciones remitentes estén incluidas en dichas listas serán eliminados del servidor sin que sea necesario informar al destinatario.
- b) Identificar cadenas de texto típicas de spam por lo menos en 2 idiomas: español e inglés, del catálogo definido por AEPROVI. Los mensajes que incluyan estas cadenas de texto serán eliminados del servidor sin que sea necesario informar al destinatario.

AEPROVI pondrá a disposición de los usuarios el catálogo de listas negras y cadenas de texto a través de su portal.

## **6. MEDIDAS MÍNIMAS CONTRA LA GENERACIÓN DE SPAM**

El proveedor deberá cumplir y hacer cumplir lo siguiente:

- a) A fin de que sus clientes no sean ingresados injustamente en listas negras debido a configuraciones incompletas, el proveedor se compromete a configurar en sus servidores DNS la zona reversa de todos sus servidores de correo electrónico.
- b) Impedir e informar claramente sobre el uso indebido del correo electrónico por parte de sus usuarios tomando oportunamente las medidas que sean necesarias y que estén permitidas en la legislación nacional.
- c) Se prohíbe al Proveedor la difusión de las direcciones de correo electrónico de sus usuarios finales o clientes.
- d) Se prohíbe al Proveedor generar spam.

## **7. FORMA Y PLAZO DE CUMPLIMIENTO**

El filtrado anti-spam del correo electrónico, necesario para cumplir con esta política, podrá ser suministrado con infraestructura propia del Proveedor o podrá ser contratado como un servicio a un tercero.

El plazo de cumplimiento de la presente política será de 6 meses a partir de su aprobación para socios actuales y 3 meses luego de su afiliación para socios nuevos.

## **8. PARTICIPACIÓN DE AEPROVI**

A fin de ayudar a sus socios (en cuanto disponga de la infraestructura necesaria) AEPROVI podrá:

- a) Mantener una lista negra pública.
- b) Ofrecer el servicio de filtro anti-spam conforme a la política vigente.
- c) Proveer un catálogo de por lo menos 10 alternativas de listas negras públicas para el cumplimiento de esta política.
- d) Proveer un catálogo de cadenas de texto típicas relacionadas con el spam.
- e) Vigilar periódicamente el buen cumplimiento de la presente política, para lo cual AEPROVI desarrollará un procedimiento.
- f) AEPROVI mantendrá una lista en su intranet del portal [www.aeprovi.org.ec](http://www.aeprovi.org.ec) con los nombres de personas o empresas identificados como generadores de spam y que sean notificados por los asociados

## **9. VIGENCIA DE LA POLÍTICA**

Sin perjuicio de poderlo hacer en cualquier tiempo, a fin de reflejar los cambios en el mercado, el contenido de esta política técnica deberá ser revisado por lo menos cada 6 meses. Las modificaciones podrán ser sugeridas por cualquiera de los miembros mediante solicitud al Presidente y deberán ser aprobadas por la Junta

General. En caso de no recibir solicitudes de modificación la política vigente se aprobará automáticamente por 6 meses más.

## **10. MEDIDAS RECOMENDABLES**

- a) Implementar listas negras privadas y blancas. Esta opción se utilizará bajo pedido de un cliente, pero siempre y cuando no afecte el servicio de otro usuario final.

**b)** Alertar al destinatario mediante modificación de cabeceras (añadiendo texto al asunto) acerca de mensajes que le han sido entregados, pero que potencialmente podrían ser spam.

Esta política se aprobó en la Junta General realizada en la ciudad de Guayaquil el 18 de abril del 2007

## ANEXO 2.



**ASOCIACION DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE SERVICIOS DE INTERNET,  
VALOR AGREGADO, PORTADORES Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION**

**AEPROVI**

[www.aeprovi.org.ec](http://www.aeprovi.org.ec)

**Ubique su publicidad AQUÍ**  
escribanos a [info@aeaprovi.org.ec](mailto:info@aeaprovi.org.ec)

**Listas negras públicas sugeridas**

Para cumplir con la Política anti-SPAM de AEPROVI, los servidores SMTP de los agremiados deben leer al menos 3 de las siguientes listas negras públicas:

| Nº | ZONA                 | MÁS INFORMACIÓN EN:                                                                   |
|----|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | sbl-xbl.spamhaus.org | <a href="http://www.spamhaus.org">http://www.spamhaus.org</a>                         |
| 2  | bl.spamcop.net       | <a href="http://www.spamcop.net/bl.shtml">http://www.spamcop.net/bl.shtml</a>         |
| 3  | list.dsbl.org        | <a href="http://dsbl.org">http://dsbl.org</a>                                         |
| 4  | multihop.dsbl.org    | <a href="http://dsbl.org">http://dsbl.org</a>                                         |
| 5  | dnsbl.ahbl.org       | <a href="http://www.ahbl.org/services">http://www.ahbl.org/services</a>               |
| 6  | rhsbl.ahbl.org       | <a href="http://www.ahbl.org/services">http://www.ahbl.org/services</a>               |
| 7  | bl.csma.biz          | <a href="http://bl.csma.biz">http://bl.csma.biz</a>                                   |
| 8  | dnsbl.sorbs.net      | <a href="http://www.au.sorbs.net/using.shtml">http://www.au.sorbs.net/using.shtml</a> |
| 9  | spam.dnsbl.sorbs.net | <a href="http://www.au.sorbs.net/using.shtml">http://www.au.sorbs.net/using.shtml</a> |
| 10 | safe.dnsbl.sorbs.net | <a href="http://www.au.sorbs.net/using.shtml">http://www.au.sorbs.net/using.shtml</a> |

**Socios AEPROVI**



**Buscador**

digite el texto ...

**Encuestas**

¿El Estado debe recibir el 50% o más de los beneficios por el uso de espectro radioeléctrico?

☐ Sí

☐ No, el porcentaje es muy alto

**Menú principal**

Inicio  
¿Quiénes Somos?  
Organización  
Servicios  
NAP.EC

**Recursos**

Noticias del sector  
Eventos  
Galería de fotos  
Zona de descargas  
Webmail  
Preg. frecuentes  
Contáctenos  
Mapa del Sitio  
**Política Anti-SPAM**

**Formulario de acceso**

## ANEXO 3.



**AEPROVI**

ASOCIACION DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE SERVICIOS DE INTERNET,  
VALOR AGREGADO, PORTADORES Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION

www.aeprovi.org.ec



**Ubique su publicidad AQUÍ**  
escribános a [info@aeaprovi.org.ec](mailto:info@aeaprovi.org.ec)

**Cadenas de texto típicas en español**

Las siguientes constituyen cadenas de texto típicas de SPAM y deben ser identificadas y filtradas por los servidores de los agremiados:

|                 |                |
|-----------------|----------------|
| 1 spam          | 2 virus        |
| 3 voto          | 4 baje de peso |
| 5 adelgace      | 6 pierda peso  |
| 7 precios bajos | 8 sexo         |
| 9 sexual        | 10 xxx         |
| 11 pene         | 12 afrodisiaco |
| 13 oferta       | 14 casino      |
| 15 regalo       |                |

**Menú principal**

- Inicio
- ¿Quiénes Somos?
- Organización
- Servicios
- NAP.EC

**Recursos**

- Noticias del sector
- Eventos
- Galería de fotos
- Zona de descargas
- Webmail
- Preg. frecuentes
- Contáctenos
- Mapa del Sitio
- Política Anti-SPAM**

**Formulario de acceso**

**Socios AEPROVI**



**Buscador**

digite el texto ...

**Encuestas**

¿El Estado debe recibir el 50% o más de los beneficios por el uso de espectro radioeléctrico?

☐ Sí

☐ No, el porcentaje es muy alto

## ANEXO 4.

# AEPROVI

www.aeprovi.org.ec



## AEPROVI

---

**Menú principal**

- Inicio
- ¿Quiénes Somos?
- Organización
- Servicios
- NAP.EC

**Ubique su publicidad AQUÍ**  
escribanos a [info@aeaprovi.org.ec](mailto:info@aeaprovi.org.ec)

**Socios AEPROVI**



**Cadenas de texto típicas inglés**

Las siguientes constituyen cadenas de texto típicas de SPAM y deben ser identificadas y filtradas por los servidores de los agremiados:

|    |          |    |                 |
|----|----------|----|-----------------|
| 1  | viagra   | 2  | low prices      |
| 3  | drug     | 4  | lowest prices   |
| 5  | sex      | 6  | cheap prices    |
| 7  | porn     | 8  | duty-free price |
| 9  | pennis   | 10 | without paying  |
| 11 | orgasm   | 12 | save money      |
| 13 | hardcore | 14 | save time       |
| 15 | xxx      | 16 | no prescription |
| 17 | sexual   | 18 | spam            |
| 19 | adult    | 20 | virus           |
| 21 | erection | 22 | crack           |
| 23 | slut     | 24 | casino          |
| 25 | offer    |    |                 |

**Recursos**

- Noticias del sector
- Eventos
- Galería de fotos
- Zona de descargas
- Webmail
- Preg. frecuentes
- Contáctenos
- Mapa del Sitio
- Política Anti-SPAM**

**Buscador**

**Encuestas**

**¿El Estado debe recibir el 50% o más de los beneficios por el uso de espectro radioeléctrico?**

☐ Si  
☒ No, el porcentaje es muy alto  
☐ No, se debe firmar y respetar contratos de concesión

[Votar](#)
[Resultados](#)

**Formulario de acceso**

Usuario

Clave

☐ Recordarme

[¿Recuperar clave?](#)