

# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA EN INTERNET: MODELO FRANCÉS, LEYES HADOPI

---

EDWIN JESITH BERNAL RAMÍREZ\*

*L'Italie, Messieurs les faiseurs de lois, doit à ses beaux génies de recevoir les deux tiers des guinées qui sortent de l'Angleterre. Protégez donc les arts et la langue car, quand vos intérêts matériels n'existeront plus, vous vivrez par nos pensées qui seront debout et qui, si le pays pouvait disparaître, diraient: "Là fut la France".*

Honoré de Balzac

En el universo digital existe una tecnología de transmisión de la información donde encontramos una técnica de codificación que permite ser transmitida. El ambiente numérico es aquel en el que se utilizan codificaciones numéricas. Dicho ambiente se encuentra referido en un sentido estricto y en un sentido amplio. En su sentido amplio incluye todo lo que comprende lo numérico; también incluye todos los programas que se utilizan en el universo numérico. Es un mundo en constante evolución. En sentido estricto el universo numérico son las redes virtuales circunscritas a Internet.

Las tecnologías de la información han dado nacimiento a un nuevo continente, un nuevo lugar de género, que hemos creado con nuestras propias manos y en el cual pasamos nuestro tiempo, para trabajar, discutir con la gente y divertirnos (EMMANUEL, 2011: 20).

Los primeros usos de la red fueron fuertemente marcados por la cultura de la libertad, de la gratuidad y de la apertura a las contribuciones informales y descentralizadas. Con la entrada de Internet en la economía de mercado se enfrentaron dos visiones de desarrollo de servicios de Internet: de una parte, una visión mercantil en la cual los usuarios son definidos como clientes, consumidores de bienes y servicios; de la otra, una visión ciudadana, vista como liberal, en la cual los usuarios mismos juegan un rol fundamental en la puesta en práctica de aplicaciones, servicios

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Master II Profesional en Derecho de las Creaciones Intelectuales, Université Montesquieu Bordeaux IV. Docente de la Universidad Antonio Nariño-Sede Duitama. Contacto: edwin.bernal@yahoo.fr Fecha de recepción: 15 de agosto de 2012. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2012.

e infraestructuras, así como en la producción de contenidos de acuerdo con una lógica contributiva (PROULX y GOLBERG, 2010: 505).

Internet ha significado una metamorfosis en la noción de cultura y en la noción misma de consumo cultural. Por eso, en Internet, al igual que en el mercado físico, los servicios culturales son concebidos y desarrollados alrededor de contenidos, productos permanentes y durables del proceso de creación, los cuales están sometidos al derecho de autor y a los derechos conexos (ZELNIK, TOUBON y CERUTTI, 2010: 1).

En Internet hay una gran difusión de obras protegidas por el derecho de autor, lo que muchas veces ocasiona una piratería masiva<sup>1</sup> de obras numéricas utilizando técnicas muy desarrolladas y adaptadas a todo tipo de obras<sup>2</sup>. Debido a esto, las respuestas jurídicas (OLIVENNES, 2007) y técnicas no se han hecho esperar. En efecto, en los últimos cinco años se hizo evidente que la piratería había comprometido gravemente el porvenir de las industrias de la música y del cine, al igual que las entradas económicas de los titulares del derecho<sup>3</sup>, es así como la controversia se trazó. De una parte, los artistas y los productores en muchos países reclaman a las autoridades públicas la represión de la vulneración del derecho de autor. De otra parte, los proveedores de acceso a Internet, los internautas y la mayoría de la opinión intentan inhibir la restricción de las libertades. Los primeros evocan la defensa del derecho de autor, nacido en la Revolución Francesa

1. La digitalización e Internet barrieron los medios técnicos de aplicación de la propiedad intelectual. Internet es culpable de ello, toda vez que es el lugar de donde se hacen todas las copias ilegales, lo que es intolerable para los productores de discos y de cine y para los editores, tratándose de la circulación sin control de contenidos protegidos por el derecho de autor. Es necesario entonces poner un orden a Internet. No un control directo a los internautas, como en CHINA, Y EN TODO CASO UNO MUCHO MENOS DAÑINO PARA LA DEMOCRACIA (KYROU y MOULIER-Boutang, 2010: 12).

2. Ver sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París (TGI París 3 Chambre, 2<sup>a</sup> Section, 18-12-2009, *Société Éditions du Seuil c. Société Google Inc.*) en que se condenó a Google, el motor de búsqueda más conocido del mundo, por haber digitalizado 100.000 obras literarias francesas sin la correspondiente autorización. El tribunal estableció que reproducir integralmente y permitir el acceso a extractos de obra sin la autorización de los titulares del derecho contraría la ley francesa de derechos de autor (Kyrrou, 2010: 14). En este caso el problema jurídico fue el de saber cuál ley aplicar: la ley francesa de derechos de autor (*Droit d'Auteur*) o la ley estadounidense de Copyright. El Tribunal de París estimó que la ley aplicable al litigio era la francesa debido a que esta presenta los vínculos más próximos (*“les liens les plus étroits”*) con el litigio.

3. En efecto, Paul McGuinness, actual manager del grupo U2, dice que parte de la responsabilidad por la vulneración al derecho de autor en Internet es atribuible a los proveedores de acceso a Internet, y se pregunta “si realmente la gente quiere más velocidad de banda ancha para revisar sus e-mails o para descargar música y películas tan rápido como sea posible” (MCGUINNESS, 2010). De igual manera en el portal U2 Station (2012) se puede leer: “*Now, as then, he holds Internet service providers - and the giant telecommunications corporations that control the vast majority of ISPs - responsible, arguing that they've built their industry to a large extent by providing free content, often irrespective of the intellectual property rights of musicians and other creative types responsible for that content [...] Artists cannot get record deals. Revenues are plummeting. Efforts to provide legal and viable ways of making money from music are being stymied by piracy. The latest industry figures, from IFPI [the International Federation of the Phonographic Industry], show that 95% of all the music downloaded is illegally obtained and unpaid for [...] A study endorsed by trade unions says Europe's creative industries could lose more than a million jobs in the next five years*”.

y en la era democrática. Los segundos evocan la libertad individual y la necesidad de no entorpecer el progreso técnico (OLIVENNES, 2009: 53).

Francia es hoy uno de los primeros países del mundo en el desarrollo de Internet, en particular del Internet de alta velocidad, y la fibra óptica promete siempre nuevos progresos en términos de capacidad. Al mismo tiempo, el país gallo mantiene una vitalidad excepcional en lo que se refiere a sus industrias del sector de la creación, ya sea referida a los medios audiovisuales, al cine<sup>4</sup>, a los libros o a la música. En el momento actual, cuando las naciones libran una competencia feroz por figurar en la cúspide de la economía mundial de los bienes inmateriales y de la sociedad de la información (OLIVENNES, 2007), Francia ha sido el primer país europeo en poner en práctica un dispositivo completo de sanciones para combatir las descargas de Internet (GEIGER, 2011: 773), interesándose tanto por el aspecto económico como por el valor cultural de los contenidos que circulan en la red.

Al discurso desarrollado alrededor del uso responsable de Internet se debe la adopción de la llamada “*Loi Hadopi*”<sup>5</sup>, que retoma las principales recomendaciones del Informe OLIVENNES (2007) para la lucha contra la descarga ilegal de música y/o películas de Internet (FABIANI, 2009: 7).

Esta ley otorga a la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y Protección de Derechos en Internet (*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* - Hadopi) un rol de carácter preventivo, complementado con un rol sancionador ejercido por la jurisdicción francesa en un proceso penal especializado.

A continuación se estudian las funciones de Hadopi; posteriormente se explica el proceso administrativo y penal sancionatorio, y finalmente se estudian someramente los problemas constitucionales surgidos en el curso de la implementación de esta ley.

## I. ¿QUÉ ES HADOPI?

La Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los Derechos en Internet (Hadopi)<sup>6</sup> es una autoridad pública independiente con personalidad jurídica<sup>7</sup>, creada por la ley del 12 de junio de 2009.

4. Francia es el país que gracias a los hermanos Lumière inventó el cine, hoy un elemento inseparable de la cultura francesa y de la identidad nacional, esta última percibida como una forma de expresión artística que debe ser protegida por los mecanismos estatales (Vlassis, 2010: 145).

5. Ley 2009-669 del 12 de junio de 2009 que favorece la difusión y la protección de la creación en Internet.

6. Tiene un presupuesto anual de 12 millones de euros, de los cuales este año ha gastado 3 en publicidad bajo el lema “La protección del mañana se realiza hoy”, con tres comerciales en los que se muestra a grandes artistas, como una cantante que es éxito en el futuro, volviendo atrás, a cuando tan solo era una niña, para dejar el mensaje de que sin la protección de Hadopi esa estrella del mañana no lo sería (Nouvelles techno. 2011). Sin embargo, en agosto de 2012, la Ministra de la Cultura y de la Comunicación de Francia, Aurélie Filippetti, criticó el presupuesto asignado a Hadopi, en su opinión excesivo, y propuso la reducción de su presupuesto de funcionamiento: “Je préfère réduire le financement de choses dont l'utilité n'est pas avérée. J'annoncerai en septembre le détail de ces décisions budgétaires”: disponible en: [[http://www.lepoint.fr/culture/filippetti-critique-hadopi-et-reduit-son-budget-de-fonctionnement-02-08-2012-1492162\\_3.php](http://www.lepoint.fr/culture/filippetti-critique-hadopi-et-reduit-son-budget-de-fonctionnement-02-08-2012-1492162_3.php)].

7. Artículo L331-12 Ley 2009-669 del 12 de junio de 2009.

Tiene como funciones:

– Estimular el desarrollo de la oferta legal y observar la utilización lícita e ilícita en Internet de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos en las redes de comunicación electrónicas utilizadas para la prestación de servicios de comunicación al público en línea.

– Proteger las obras contra la vulneración de derechos de autor en Internet.

– Regular el uso de medidas técnicas de protección y de identificación de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos.

Hadopi puede recomendar modificaciones legislativas en lo que concierne a su ámbito de competencia, e igualmente tiene un rol consultivo frente al Gobierno y las comisiones parlamentarias<sup>8</sup>. Está compuesta por dos organismos: el Colegio y la Comisión de Protección de Derechos. El primero está integrado por nueve miembros, elegidos para un periodo de seis años, esta primera vez mediante decreto del 23 de diciembre de 2009. El segundo está compuesto por tres integrantes, para un periodo igual al del Colegio. Las misiones asignadas a Hadopi son ejercidas por el Colegio.

La Comisión<sup>9</sup> tiene la responsabilidad de implementar el proceso de advertencia a los titulares de acceso a Internet cuyo acceso esté siendo utilizado para la vulneración de derechos de autor, procedimiento que se denomina respuesta gradual (*réponse graduée*). El presidente del Colegio es el presidente de Hadopi, y actualmente ostenta el cargo Marie-Françoise Marais.

Hadopi presenta las características clásicas de las autoridades administrativas independientes: atribuciones consultivas en el dominio de las prácticas en Internet y una función de regulación (BENEDICTE, 2009: 616).

## 1.1 DETECCIÓN DE LAS DESCARGAS ILEGALES

Con el propósito de identificar a los internautas que descargan de manera ilegal contenido protegido por el derecho de autor y derechos conexos, los titulares del derecho de autor por intermedio de las Sociedades de Percepción y Repartición de Derechos<sup>10</sup> (SDRP), en concreto cinco de ellas, han recibido la autorización<sup>11</sup> de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL) para la recolección

8. [www.hadopi.fr/la-haute-autorite/lhadopi-en-bref], consultada el 5 de septiembre de 2012.

9. Los miembros de la Comisión son nombrados por decreto, estando integrada por un miembro del Consejo de Estado designado por el vicepresidente del Consejo de Estado, un miembro de la Corte de Casación designado por el primer presidente de la Corte de Casación, y un miembro de la Corte de Cuentas designado por el primer presidente de la Corte de Cuentas. Colegio art. L. 331-17CPI; su mandato tampoco puede ser renovado ni revocado.

10. Conocidas en Colombia como sociedades de gestión colectiva.

11. Son la SPPF (Sociedad Civil de Productores de Fonogramas de Francia), la SDRM (Sociedad Civil para la Administración del Derecho de las Reproducciones), la SACEM (Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música), la ALPA (Asociación de Lucha contra la Piratería Audiovisual) y la SCPP (Sociedad Civil de Productores de Fonogramas): cfr. Castagnedoli (2012).

y el tratamiento automático “de datos de carácter personal cuya finalidad sea la búsqueda y la constatación de delitos de infracción al derecho de autor, cometidos por las redes de intercambio de archivos denominadas *peer to peer*”. A su vez, las SDRP han suscrito un contrato con la sociedad Trident Media Guard (TMG).

Las SDRP envían a TMG listados actuales de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos, para crear huellas (*empreintes*) de obras como películas y música. Una vez que la información es filtrada, lo más probable es que TMG inicie la descarga de una parte del archivo compartido con el fin de tener la certeza de que el archivo presente en la red es una obra protegida. TMG compara de esta manera la huella del fichero que los titulares del derecho de autor le han suministrado y el archivo descargado<sup>12</sup>.

Funciona como en el caso de las huellas digitales: no es necesario descargar la totalidad del archivo para tener la certidumbre de que el archivo presente en el PC del usuario es una obra protegida por el derecho de autor<sup>13</sup>.

Hadopi es la única autoridad facultada para solicitar a los proveedores de servicio de Internet (FAI) la identidad de la persona que ha utilizado la IP el día y la hora de la infracción. Solo a efectos de información, se señala que el precio actualmente pagado por dicha autoridad a los proveedores de servicio de Internet por solicitar la información referida es de €8,50<sup>14</sup>.

Es necesario mencionar que el sistema de seguridad de tratamiento de datos de TMG fue vulnerado por hackers, y debido a esto Hadopi se encuentra en una situación compleja. Como medida de solución temporal, de acuerdo con la CNIL, Hadopi suspendió la transferencia de direcciones IP con TMG. Y, además, la CNIL se desplazó a Nantes, donde tiene su sede TMG, con el fin de inspeccionar el manejo de datos<sup>15</sup>.

En efecto, el bloguero<sup>16</sup> que reveló este escándalo indicó que encontró direcciones IP y otros elementos en el servidor de TMG sin haber forzado el acceso (Bonvoisin, 2011). Sin embargo, la actividad de Hadopi no se ha detenido, permitiendo a los otros titulares de derecho transmitir listas de IP de usuarios que descargan ilegalmente contenido protegido por el derecho de autor por otros medios, de manera que Hadopi podrá hacer su labor con las IP ya recibidas<sup>17</sup>.

La CNIL concedió un plazo de 3 meses a TMG para asegurar el mecanismo de recolección de direcciones IP, y el 17 y 18 de mayo de 2011 la CNIL constató la

12. [www.sedlex.fr/actualites/hadopi-comment-cela-fonctionne/].

13. *Ibíd.*

14. *Ibíd.*

15. [www.cnetfrance.fr/news/couacs-dans-la-mise-en-application-de-la-loi-hadopi-le-resume-de-l-affaire-tmg-39761069.htm], consultada el 12 de agosto de 2012. Cfr. “Affaire TMG / Hadopi: la CNIL va-t-elle enfin dire stop?”, disponible en [www.numerama.com/magazine/18802-affaire-tmg-hadopi-la-cnil-va-t-elle-enfin-dire-stop.html], consultada el 18 de mayo de 2011.

16. Olivier Laurelli fue quien reveló la falla de seguridad de uno de los servidores de TMG en el tratamiento de datos personales.

17. GUILLAUME BONVOISIN, “Hadopi: la collecte d’adresses IP interrompue partiellement”.

indebida aplicación de la Ley de Informática y de Libertades por parte del responsable de la recolección de las IP. De otra parte, el 16 de junio de 2011 la CMIL intervino las sociedades de percepción y repartición de derechos así como a su subcontratante TMG. Este control permitió establecer la debilidad del sistema de seguridad de TMG (FERRAN, 2011). No obstante, TMG se defendió argumentando que la falla revelada por el bloguero “Bluetouff” proviene de un servidor de tests de la sociedad y que las infraestructuras utilizadas en el marco de sus operaciones no fueron impactadas, de manera que, de hecho, ningún dato personal habría sido filtrado a Internet<sup>18</sup>.

## I.II PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### *1. Correo Electrónico de Advertencia*

Luego de que Hadopi recibe las direcciones IP que han hecho descargas ilegales cuenta con medios de investigación complementarios para establecer si los datos suministrados no son suficientes. Una vez identificado el internauta que descarga de manera ilegal contenidos protegidos por el derecho de autor y derechos conexos, este se convierte en sujeto de una respuesta gradual en tres tiempos. Así, en primer lugar, un mensaje de advertencia le es enviado vía e-mail. Una vez que la Comisión de Protección de Derechos considera que dispone de suficiente información, solicita a los prestadores de servicios de Internet el nombre del titular del acceso a Internet, y le envía un e-mail recordándole su obligación de vigilancia, y las posibles sanciones en que puede incurrir, así como la información de los medios de seguridad de la red y la oferta legal online (DE BELLESCIZE, 2010: 296). Se incluyen además los peligros para la creación artística y para la economía del sector cultural como consecuencia de las prácticas que no respetan el derecho de autor y los derechos conexos. Este mensaje no menciona el contenido ilegal descargado.

### *2. Carta Certificada*

Si una nueva infracción es cometida dentro de los seis meses siguientes al envío del e-mail de advertencia, la Comisión de Protección de Derechos remite una carta certificada al usuario del servicio de Internet, con el fin de asegurarse de que ha entendido las penas en que puede llegar a incurrir, carta que contiene la misma información suministrada en la anterior etapa, pudiendo acompañar esta carta con un acuse de recibo (JURIS CLASSEUR, 2010), o de todo otro medio probatorio con el fin de establecer la prueba de la fecha de recepción de esta segunda recomendación.

18. “Hadopi : une faille de securite perturbe la riposte graduée”, 17-05-2011, disponible en: [www.lefigaro.fr/hightech/2011/05/16/01007-20110516ARTFIG00695], consultada el 20 de septiembre de 2011.

Estas dos recomendaciones mencionaran la fecha y la hora en que fueron cometidos en Internet los hechos constitutivos de la vulneración del derecho de autor y derechos conexos. Sin embargo, como se dijo, no se menciona el contenido descargado ilegalmente. Se mencionan los teléfonos, la dirección postal y electrónica donde el destinatario puede enviar, si así lo estima, observaciones solicitando que se le precise de manera expresa el contenido de las obras protegidas que se le reprocha haber descargado ilegalmente, tal y como lo establece el artículo L. 331-25 inciso 3º del Código de la Propiedad Intelectual (CPI) francés.

### 3. *Suspensión del acceso a Internet*

Disponía el artículo L-335-7 CPI que el usuario podría ser sancionado con la suspensión del servicio de Internet por una duración máxima de un año, complementado con la prohibición de suscribirse a otro prestador de servicios de Internet. Hadopi tenía esta competencia. No obstante, como se verá más adelante, dicha facultad fue declarada inconstitucional, y se le asignó la señalada competencia al juez penal, quien es ahora el único facultado para sancionar con la suspensión del acceso a Internet. Se mantiene sin embargo que si dentro del año de recepción de la segunda advertencia, esto es, la carta certificada, continúan las infracciones al derecho de autor y derechos conexos, Hadopi envía el expediente al juez penal, quien deberá determinar la sanción correspondiente<sup>19</sup>.

Por último, a Hadopi se le confía la tarea de notificar a los prestadores de servicios de Internet (FAI) las decisiones judiciales que ordenan la suspensión del contrato de Internet (Gazette du Palais, 2010: 10).

#### I.III LA FUNCIÓN PEDAGÓGICA DE HADOPI

Debe mencionarse que la mayoría de usuarios detienen su actividad de descarga ilegal en las dos primeras etapas, no siendo entonces necesario acudir ante la jurisdicción penal para la suspensión de Internet, de manera que resulta una simple sanción pedagógica. El periódico francés *Le Figaro*, en una encuesta realizada en mayo de 2011, obtuvo como resultado que el 50% de las personas advertidas por Hadopi detiene las descargas ilegales, el 22% reduce su ritmo de descarga, el 26% no cambia sus prácticas y el 2% acepta que descarga más que antes<sup>20</sup>.

Después de la encuesta, Hadopi informó a *Le Figaro* que desde su lanzamiento en 2010 ha enviado 400.000 correos de advertencia, así como 3.500 cartas

19. Este punto será tratado en la aparte sobre el procedimiento penal.

20. Al respecto se menciona que "Hadopi ha cambiado los modos de consumo digital en la red del 72% de las personas advertidas, resultado que es debatido pues argumentan los contradictores de Hadopi que los resultados obtenidos son solo parciales e impiden hacer un análisis profundo. Las virtudes pedagógicas de Hadopi parecen tener frutos según la encuesta realizada por la misma autoridad en abril de 2011, afirmando que desde su creación el 38% de las personas han detenido su actividad de descarga y el 55% reconoce descargar de manera moderada" (KATCHADOURIAN, 2011).

certificadas. De igual manera, anunció un nuevo sistema de tratamiento de datos próximo a implementarse con el fin de acelerar la cadena de envíos (Kherbouche, 2011), con el propósito de llegar a un promedio de 500.000 correos por mes. Sin embargo, los titulares de derechos (productoras de discos, artistas, productores de películas) quisieran llegar a los 10.000 por día, siendo este el objetivo que Hadopi se fijó desde su creación (KATCHADOURIAN, 2011).

La Autoridad de Regulación de Comunicaciones Electrónicas y Postales (ARCEP) tuvo oportunidad de señalar, en el informe de junio de 2012, que de los 22,8 millones de franceses que tienen suscripción al servicio de Internet, 1.090.000 han recibido una primera advertencia por parte de Hadopi.

Hoy por hoy, el rol de Hadopi es el de producir un efecto disuasivo de manera pedagógica. Así, Marie-Françoise Marais, presidenta de Hadopi, ha sostenido que esta autoridad no es en nada represiva, siendo más bien una herramienta de sensibilización, al decir: “Ya paren de pegarnos esa imagen de policía en la piel. Nosotros no somos represivos. La respuesta gradual es esencialmente pedagógica. Lo que buscamos es sensibilizar, informar, responsabilizar al usuario. Verán ustedes que no somos policías, contrariamente a lo que ustedes piensan”<sup>21</sup>.

## II. PROCEDIMIENTO PENAL

las leyes Hadopi I y Hadopi II no definieron los elementos del delito de vulneración de derechos de autor. No obstante, instauraron un régimen específico de sanción para los casos de vulneración de derechos de autor y derechos conexos cometidos por medio de un servicio de comunicación al público en línea, esto es, servicios que tengan por objeto la transmisión, por demanda individual, de datos numéricos (digitales) que no tengan un carácter de correspondencia privada, mediante un proceso de comunicación electrónica, permitiendo un intercambio recíproco de informaciones entre emisor y receptor (Gazette du Palais, 2010: 10). Es decir, son castigados los actos de vulneración de derechos de autor y derechos conexos que sean cometidos en Internet, con exclusión de los actos cometidos por medio de correo electrónico.

El Código de Procedimiento Penal francés (CPP) permite la aplicación de un procedimiento simplificado de juzgamiento de infracciones en el caso de ciertos delitos y contravenciones. Se trata de un proceso en el cual un juez único toma una decisión con fundamento en los elementos probatorios. En caso de grave perjuicio, o si el afectado apela esa decisión, las partes son convocadas por un juez único ante el Tribunal Correccional (JURIS CLASSEUR, 2010).

21. Continúa diciendo: “Es gratificante porque de hecho toman conciencia [los piratas] de que son responsables de lo que hacen. En realidad pienso que en un comienzo ellos no tenían conciencia de las consecuencias que podrían tener sus actos. No tenían esta sensibilidad hacia el derecho de autor y la necesidad de proteger la creación”: “Hadopi: la réponse graduée est essentiellement pédagogique”, 08-062011, disponible en [www.pcinpact.com/actu/news/64013-hadopi-reponse-graduee-pedagogique-mariefrancoise-marais.htm].

Hay que mencionar que la elección del proceso simplificado corresponde al Ministerio Público, quien es ayudado en su tarea por los miembros de la Comisión de Protección de Derechos y los agentes juramentados de Hadopi dotados de verdaderos poderes de policía judicial (MARC, 2009: 392). Si el Ministerio Público decide aplicar este procedimiento, no podrá haber condena de prisión, pese a estar normalmente prevista para los delitos de vulneración de derechos de autor y derechos conexos, sino solamente penas consistentes en sanciones pecuniarias y suspensión del servicio de Internet. Además, dicho procedimiento no se aplicará cuando el infractor sea menor de 18 años.

La novedad de Hadopi consiste en introducir una pena adicional de suspensión del acceso a Internet por un tiempo máximo de 1 año (art. L335-7 CPP), en donde el texto legal precisa que en caso de una oferta compuesta (*triple play*)<sup>22</sup> el usuario continuará beneficiándose de los servicios de televisión y telefonía. De otra parte, no existe la suspensión del servicio de Internet para las personas jurídicas, a las cuales se les aplicará una multa (art. L-335-8 CPI. Cfr. Marino, 2010: 160).

Es preciso decir que el usuario deberá continuar pagando su contrato de prestación de servicio de acceso a Internet por el tiempo de duración de la sanción (BEQUEN, 2009), pero en todo caso podrá pedir la resciliación del contrato, debiendo en tal caso pagar una sanción pecuniaria al prestador del servicio. Adicionalmente existe la prohibición de suscribir otro contrato de acceso al servicio de Internet por el periodo de vigencia de la sanción impuesta por el juez penal.

En la determinación de la pena el juez penal deberá fundamentarse en cinco criterios: 1. Las circunstancias de la comisión del delito; 2. La gravedad del delito; 3. Los antecedentes del imputado; 4. La actividad profesional o no del imputado, y 5. Las condiciones socioeconómicas del infractor. La pena será de suspensión del acceso de Internet por un periodo máximo de un año, e inclusive se contempla la pena de prisión (LOVEJOY, 2011).

## II.1 SANCIÓN DEL NO RESPETO A LA PENA DE SUSPENSIÓN DEL SERVICIO DE INTERNET

La ley Hadopi contempla esta sanción tanto para el prestador del servicio de Internet como para la persona condenada a la suspensión del servicio.

Si el proveedor de servicios de Internet no aplica la suspensión que le ha sido notificada será castigado con una pena de multa de €5.000. Tratándose del usuario, en caso de violación a la prohibición de contratar con otro prestador del servicio durante el periodo de la suspensión, será castigado con una pena máxima de 2 años de prisión y €30.000 de multa.

22. Esta misma disposición fue incluida en Colombia en la llamada "Ley Lleras", de acuerdo a lo establecido en el Proyecto de Ley 241: "Por el cual se regulan las infracciones al Derecho de Autor en Internet".

## II.II SANCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA DE LA LÍNEA DE INTERNET

La obligación de vigilancia fue creada en 2006 por la ley DADVSI (Ley de derechos de autor y derechos relacionados, en la sociedad de la información). Sin embargo, no estableció la sanción. La ley Hadopi I adicionó: “La obligación de velar por que el acceso no sea objeto de una utilización para fines de reproducción, de representación, de puesta a disposición o de comunicación al público de obras o de objetos protegidos por un derecho de autor y por derechos conexos sin la autorización de los titulares del derecho”. El suscriptor tendrá entonces que velar a fin de que su acceso no se utilizado para cometer actos de vulneración al derecho de autor y derechos conexos (MARINO, 2010: 160).

La omisión de vigilar el acceso a Internet acarrea una sanción de suspensión del acceso a Internet por un periodo máximo de un mes y una multa de €1.500, y en caso de haber sido condenado y suscribir un nuevo contrato de acceso a Internet durante el periodo de la sanción, será sancionado con un monto no superior a €3.750.

En efecto, el artículo L335-7-1 CPI contempla como contravención de quinta clase la sanción para el usuario de Internet que incurra en negligencia, que se configura cuando sin motivo legítimo no ha asegurado el acceso a su servicio de Internet, si con anterioridad se le ha enviada una carta certificada, o cualquier otro medio probatorio que pueda establecer la fecha de presentación de una recomendación en la cual se le hubiera invitado a asegurar el acceso a su servicio de Internet. La configuración de la negligencia se apreciará con fundamento en los hechos cometidos luego de la presentación de la recomendación referida. El Decreto 2010-695 del 25 junio de 2010 es el que instaura la contravención por la negligencia caracterizada con el objeto de proteger la propiedad literaria y artística en Internet.

## III. PROBLEMAS JURÍDICOS DE HADOPI I Y HADOPI II

el 22 de octubre de 2009, mediante sentencia 2009-590 DC, el Consejo Constitucional examinó la ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet, ley Hadopi II. Al contrario que respecto de la ley Hadopi I, el Consejo declaró exequible la generalidad de la ley Hadopi II, excepto en lo referido a una disposición mínima (sentencia 2009-580 DC del 12 junio 2009).

Varias disposiciones de Hadopi I fueron declaradas inexecutable, como se pasa a ver.

### III.I PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Consejo Constitucional declaró inconstitucional la facultad de otorgarle a una autoridad administrativa el poder sancionatorio de la suspensión del servicio de acceso a Internet.

Respecto al principio de legalidad de penas, es suficiente recordar que el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no se aplica solamente a las penas pronunciadas por las jurisdicciones represivas: su campo de aplicación se extiende a toda sanción que tenga un carácter de punición<sup>23</sup>.

Más exactamente, se declaró inexecutable el poder sancionatorio de Hadopi, en particular la facultad suspensión del acceso a Internet. Al respecto el Consejo Constitucional se expresó en los siguientes términos:

Considerando que los poderes de sanción instituidos por las disposiciones criticadas habilitan a restringir o a impedir el acceso a Internet de titulares de la suscripción así como de personas que se benefician de ella; que la competencia reconocida a esta autoridad administrativa no es limitada a una categoría particular de personas pero se extiende a la totalidad de la población; que sus poderes pueden conducir a restringir el ejercicio de toda persona de su derecho a comunicarse libremente, en especial desde su domicilio; que, en estas condiciones, en atención a la libertad garantizada por el artículo 11 de la Declaración de 1789, el legislador no podía, cualesquiera que sean las garantías que encuadren el pronunciamiento de las sanciones, confiar tales poderes a una autoridad administrativa con el fin de proteger los derechos de los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos...<sup>24</sup>.

Hay que considerar entonces que una autoridad administrativa independiente no puede disponer de un poder sancionatorio, y, en todo caso, en materia de libertad de comunicación solo un juez penal puede conocer comportamientos susceptibles de ser reprochados a la generalidad de la población (DE LAMY, 2010: 209).

### III.II LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Con fundamento en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no cabe deducir de esta decisión que el acceso a Internet es, en cuanto tal, un derecho fundamental; de la misma manera, cabe concluir que la libertad de comunicación garantizada por el artículo 11 de la Declaración de 1789 implica la de acceder a Internet (MARINO, 2009).

El Consejo se inscribe dentro de la línea de una jurisprudencia reiterativa según la cual no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que la del Parlamento. Respecto de esta controversia, recuerda que si la necesidad de penas sujetas a infracciones pertenece al poder de apreciación del

23. La competencia del legislador para investir a una autoridad administrativa independiente de un poder de sanción resulta igualmente del principio de legalidad de la incriminación. El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano impone al legislador definir las infracciones en términos suficientemente claros, precisos y completos, y dicha exigencia es recordada por el Consejo Constitucional en decisiones 80-127-DC, del 19-20 de febrero de 1981, y 88-248-DC, del 17 de enero de 1989, considerando 36. Cfr. Pivnca (s. f.: 195).

24. Sentencia 2009-580 del 10 de junio 2009, considerando 16, trad. propia.

legislador, la función del Consejo se limita al control de ausencia de error manifiesto entre la incriminación y la pena. En consecuencia, la pena complementaria de suspensión no vulnera el principio de necesidad (MARC et al., 2010: 391).

Por primera vez el Consejo Constitucional afirma que el acceso a Internet es un componente de la libertad de comunicación de pensamiento y de opinión, comprendiendo así el campo cubierto por el artículo 11 de la Declaración de 1789, una libertad de que goza todo ciudadano, “salvo que responda al abuso de esta libertad”; y una libertad que se debe ponderar con la de la propiedad, consagrada en los artículos 2 y 17 de la Declaración. Los magistrados admiten que la lucha contra la piratería responde al objetivo de salvaguarda de la propiedad intelectual, y que por este hecho la libertad de los internautas puede conocer limitaciones (DE BELLESCIZE, 2010: 293).

En mayo de 2011 el delegado especial para la protección de la libertad de expresión de las Naciones Unidas, Frank La Rue, presentó un informe en el cual solicita a los Estados, comenzado por Francia, renunciar a las leyes que permitan suspender el acceso a Internet en caso de vulneración de derechos de autor. Esto por considerar que la suspensión del acceso a Internet, cualquiera que sea la justificación, es desproporcional y contaría el artículo 19 párrafo 3 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, hay que aclarar que dicho Informe es una opinión de carácter no vinculante para los Estados miembros de Naciones Unidas, y adicionalmente no constituye la opinión mayoritaria de la ONU sino tan solo la opinión de La Rue.

### III.III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Las autoridades administrativas independientes deben ejercer su poder de sanción dentro del respeto a la presunción de inocencia. Recuérdese que el Consejo Constitucional censuró el proyecto de ley Hadopi, con fundamento en que obraba en favor del titular del contrato de servicio de acceso a Internet una presunción de culpabilidad<sup>25</sup>.

Disponía la ley Hadopi 1 que el titular de la línea de Internet a través de la cual se efectuaran actos de vulneración de derechos de autor se presumía culpable (como en el caso del propietario de un vehículo detectado por un radar, en donde se presume que aquel es el culpable de la infracción de exceso de velocidad (Gazette du Palais, 2010: 10). El proyecto de ley vulnera la presunción de inocencia, al establecer la culpabilidad del suscriptor, “pudiendo conducir a pronunciarse contra las sanciones privativas o restrictivas del derecho [...] en desconocimiento a las exigencias resultantes del artículo 9 de la Declaración de 1789” (DE BELLESCIZE, 2010: 293). Hadopi 1 preveía adicionalmente que para exonerarse de su responsabilidad el titular de la suscripción debería probar que la descarga ilegal procedía

25. Sentencia 2009-580 del 10 de junio 2009, considerando 17. Cfr. Pivnca (s. f.: 915).

del fraude de un tercero. Este mecanismo operaba una inversión de la carga de la prueba que el Consejo refutó.

### III.IV DAÑOS Y PERJUICIOS

El Consejo Constitucional, al estudiar la ley Hadopi II, declaró inconstitucional la disposición que establecía que el juez penal podía, además de imponer la sanción penal, condenar por daños y perjuicios a la víctima (titulares de derecho de autor y derechos conexos). El Consejo consideró que Hadopi II no fija “la forma en que la demanda de daños e intereses ha de ser presentada, ni precisa los efectos de una eventual oposición de la víctima” (Gazette du Palais, 2010: 10).

No obstante, la Asamblea Nacional aprobó un proyecto de ley que aligera los procesos jurisdiccionales, y en una de las disposiciones sobre los delitos de vulneración de derechos de autor y derechos conexos permite a los titulares del derecho de autor obtener rápidamente reparación, en el marco de una ordenanza penal<sup>26</sup> que fue prevista por Hadopi II.

### CONCLUSIÓN

La propiedad intelectual deberá adaptarse a las nuevas tecnologías de información, en particular, deberán hacerse esfuerzos para masificar la oferta legal de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos en Internet.

El discurso pedagógico de Hadopi es pertinente para educar a los jóvenes en los costos y riesgos para las industrias culturales, y además y en especial para la creación misma, cuando se descargan las obras de manera ilegal.

Hadopi ha sido fuente de inspiración en países como Bélgica, Dinamarca, Suecia<sup>27</sup>, Finlandia, Korea, Japón, Inglaterra<sup>28</sup> o Australia<sup>29</sup>, países que han buscado la adopción de modelos de respuesta gradual para combatir la piratería en Internet.

26. “Hadopi: les pirates devront dédommager”, 05-07-2011, disponible en [www.lefigaro.fr/flash-actu/2011/07/05/97001-20110705FILWWW00431-hadopi-les-pirates-devront-dedommager.php], y “Hadopi: l’Assemblée valide les demandes de dommages et intérêts des ayants droit”, 05-07-2011, disponible en: [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/07/05/hadopi-les-ayant-droits-pourront-demander-des-dommages-et-interets\_1544812\_651865.html], consultada el 12 de agosto de 2012.

27. En Suecia los ingresos de la música digital pasaron del 17 % al 46,1% gracias a una oferta de pago muy atractiva. Cfr. DAMIEN LELOUP, “Les pratiques des internautes s’adaptent déjà à l’arrivée d’Hadopi”, actualizado el 12-03-2012, disponible en: [www.lemonde.fr/technologies/article/2010/03/12/les-pratiques-des-internautes-s-adaptent-deja-a-l-arrivee-d-hadopi\_1318388\_651865.html#ens\_id=1280818], consultada el 12 de agosto de 2012.

28. “Londres prépare sa version d’Hadopi”, actualizado el 26-06-2012, disponible en [www.lefigaro.fr/flash-actu/2012/06/26/97001-20120626FILWWW00598-la-gb-prepare-sa-version-d-hadopi.php], consultada el 12 de agosto de 2012.

29. “L’Australie se montrerait intéressée par le dispositif français. Elle annonce: Dan Rosen, président-directeur général de l’Australian Recording Industry Association (ARIA)”, en “La Hadopi a déjà envoyé plus d’un million de premières recommandations”, 03-07-2012, disponible en: [www.lepoint.fr/high-tech-internet/la-hadopi-a-deja-envoye-plus-d-un-million-de-premieres-recommandations-03-07-2012-1480494\_47.php], consultada el 7 de septiembre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ACQUES, LARRIEU, CHRISTIAN LE STANC, PASCALE TRÉFIGNY. “Droit du numérique, septembre 2007-juin 2009”, *Recueil Dalloz* 2009, p. 1992.
- BEKIR, INSAF et al. “Le piratage peut-il être profitable à la firme piratée?”, *Revue économique*, 2010/4, Vol. 61, pp. 793-805.
- CAUVIN, EMMANUEL. “Quelles lois pour le numérique?”, *Le Débat*, 2011/1, n° 163, pp. 16-28.
- DE BELLESCIZE, DIANE. *Hadopi 1 et Hadopi 2, en attendant Hadopi 3?*
- DE LAMY, BERTRAND. “Hadopi 1: Précisions du Conseil constitutionnel sur le pouvoir de punir”, *Revue de science criminelle*, 2010, p. 209.
- DEJEAN, SYLVAIN, PÉNARD, Thierry et Suire, Raphaël. *Une première évaluation des effets de la loi Hadopi sur les pratiques des Internautes français.*
- DELAUNAY, BÉNÉDICTE et al. “Chronique de l’administration”, *Revue française d’administration publique*, 2008/3, n° 127, pp. 601-631.
- DELAUNAY, BÉNÉDICTE et al. “Chronique de l’administration”, *Revue française d’administration publique*, 2009/3, n° 131, pp. 615-637.
- DOUZET, FRÉDÉRICK et al. “Les pirates du cyberspace”, *Hérodote*, 2009/3, n° 134, pp. 176-193.
- GAUDEMET, YVES. *Étude commandé par la SACEM sur la façon d’assurer la compensation du préjudice subi par les ayants droits de ces Sociétés de perception et de répartition des droits lorsqu’il est fait une utilisation illicite incontrôlable de leurs répertoires par les titulaires d’accès à Internet*, octobre 2009.
- Gazette du Palais*, 6 de février 2010, N° 37, p. 10.
- GEIGER, CHRISTOPHE. “Hadopi’, ou quand la répression devient pédagogique”, *Recueil Dalloz*, 2011 p. 773.
- GUERRINI, MARC et al. “Jurisprudence du Conseil constitutionnel”, août-décembre 2009, *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/2, n° 82, pp. 373-406.
- HAZOUARD, SOLÈNE. “Quel avenir pour l’industrie du disque en Allemagne?”, *Regards sur l’économie allemande*, 2010/3, n° 97, pp. 23-30.
- JURISCLASSEUR ADMINISTRATIF, fasc. 274-12: *Nouvelles technologies de communication. Internet. Télématique, III. -Régulation, C. - Situation actuelle, 2e Intervention des autorités de régulation indépendante Cote*, 01, 2011, date de fraîcheur: 27 octobre 2010.
- KYROU, Ariel et Moulier-Boutang, Yann. “ACTA est fabula?”. *Internet: l’Empire contre attaque*”, *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 9-14.
- KYROU, ARIEL. “Google et le syndrome Hadopi”, *Multitudes*, 2010/1, n° 40, pp. 13-21.
- KYROU, ARIEL et Moulier-Boutang Yann. “Beyond Google”, *Multitudes*, 2009/1, n.º 36, pp. 38-43.

- LA RUE, FRANK. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 May 2011.
- LAURE, MARINO. “La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite Hadopi 2)”, *Recueil Dalloz* 2010, p. 160.
- Le Forum des droits sur Internet*, Rapport d’activité année 2009, La documentation française.
- LEGENDRE, JACQUES. *Rapport d’information, fait au nom de la commission de la culture, de l’éducation et de la communication sur la création dans le monde numérique*, N° 330 Sénat, session ordinaire de 2010-2011, Enregistré à la Présidence du Sénat le 4 mars 2011.
- LIONEL, MAUREL. *Une collection numérique face au défi du droit d’auteur: l’exemple de Bibliothèque et Archives Nationales du Québec*.
- LOVEJOY, NATHAN. “Procedural concerns with the Hadopi graduated response model”, *Harvard Journal of Law & Technology*, disponible en [<http://jolt.law.harvard.edu/digest/copyright/procedural-concerns-with-the-hadopi-graduated-response-model>].
- MAUREL, LIONEL. *Une collection numérique face au défi du droit d’auteur: l’exemple de Bibliothèque et Archives Nationales du Québec*.
- MERZEAU, LOUISE. “De la surveillance à la veille”, *Cités*, 2009/3, n° 39, pp. 67-80.
- OLIVENNES, DENIS. *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, 2007.
- OLIVENNES, DENIS. “Hadopi et Burqa sont dans un bateau”, *Cités*, 2009/3, n.° 39, pp. 53-58.
- OLIVENNES, DENIS. *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, novembre 2007, Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication.
- PIWNICA, EMMANUEL. “La dévolution d’un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes”, *RFDA* 2010, p. 915.
- Pouthier, Christophe. “Le téléchargement au coeur d’une révolution copernicienne”, *Multitudes*, 2009/4, n° 39, pp. 22-26.
- PROULX, SERGE et Goldenberg, Anne. “Internet et la culture de la gratuité”, *Revue du MAUSS*, 2010/1, n° 35, pp. 503-517.
- Rapport public d’activité de L’ARCEP, juin 2012.
- VAN EIJK, NANM, VAN ENGERS, T.M., WIERSMA, C., JASSERAND, C.A., ABEL, W. *Moving Towards Balance. A study into duties of care on the Internet*, Institute for Information Law (IViR), Leibniz Center for Law, University of Amsterdam, 2010.
- ZELNIK, PATRICK, TOUBON, JACQUES ET CERUTTI, GUILLAUME. *Creation et internet*, janvier 2010, Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication.

LEGISLACIÓN

Code de la propriété intellectuelle, Première partie - La propriété littéraire et artistique, Dalloz, 2011, 11e édition.

Code de procédure pénale, 2011, Dalloz, 52e édition.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006 dite DADVSI.

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

Projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, 4 juillet 2011.

INTERNET

“U2's manager says the ‘free’ ride for music via the Internet is over”, september 23, 2010, en [[www.u2station.com/news/2010/09/u2s-manager-says-the-free-ride-for-music-via-the-internet-is-over.php](http://www.u2station.com/news/2010/09/u2s-manager-says-the-free-ride-for-music-via-the-internet-is-over.php)].

BONVOISIN, GUILLAUME. « Hadopi: la collecte d'adresses IP interrompue partiellement », en [[www.cnetfrance.fr/news/hadopi-la-collecte-d-adresses-ip-interrompue-partiellement-39760857.htm](http://www.cnetfrance.fr/news/hadopi-la-collecte-d-adresses-ip-interrompue-partiellement-39760857.htm)].

FERRAN, BENJAMIN. « La Cnil dénonce le manque de sécurité de la riposte graduée », publié le 06/07/2011, en [[www.lefigaro.fr/hightech/2011/07/06/01007-20110706ARTFIG00483-la-cnil-denonce-le-manque-de-securite-de-la-riposte-graduee.php](http://www.lefigaro.fr/hightech/2011/07/06/01007-20110706ARTFIG00483-la-cnil-denonce-le-manque-de-securite-de-la-riposte-graduee.php)].

KATCHADOURIAN, ROMAIN. « Hadopi envoie ‘seulement’ 400.000 avertissements » publié le 07/06/11, en [[www.francesoir.fr/loisirs/nouvelles-techno/objectifs-non-atteints-pour-hadopi-qui-n-envoye-que-400000-avertissements-107949.html](http://www.francesoir.fr/loisirs/nouvelles-techno/objectifs-non-atteints-pour-hadopi-qui-n-envoye-que-400000-avertissements-107949.html)].

KHERBOUCHE, IMANE. « *Hadopi: grande campagne de communication à 3 millions d'euros* », mercredi 08 juin 2011, en [[www.cnetfrance.fr/news/hadopi-grande-campagne-de-communication-a-3-millions-d-euros-39761479.htm](http://www.cnetfrance.fr/news/hadopi-grande-campagne-de-communication-a-3-millions-d-euros-39761479.htm)].

[[http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/jp/2010-2011/tgi\\_paris\\_18122009\\_googlevsseuil.pdf](http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/jp/2010-2011/tgi_paris_18122009_googlevsseuil.pdf)].

[[www.sedlex.fr/actualites/hadopi-comment-cela-fonctionne](http://www.sedlex.fr/actualites/hadopi-comment-cela-fonctionne)].