

Diez ideas falsas sobre el proyecto de ley “Creación e Internet”

1. El establecimiento de una “vigilancia” de las comunicaciones electrónicas

La Alta Autoridad encargada de prevenir y luchar contra la piratería, no ejercerá **ninguna vigilancia generalizada o a priori de las redes e internautas**, como tampoco lo harán los proveedores de acceso a Internet. Al igual que ya ocurre en la actualidad, todos los procedimientos se iniciarán a partir de la constatación, puntual y para una obra determinada, de una descarga ilegal.

Por tanto, únicamente serán “vigiladas” por sus creadores las obras, y será la constatación de un acto de piratería contra las mismas, siguiendo los protocolos autorizados por la Comisión nacional de informática y libertades (CNIL), lo que podrá dar lugar al envío de advertencias y, si es necesario, a una suspensión temporal del acceso a Internet.

2. La “criminalización” de los internautas

Al contrario, el objetivo del proyecto es **evitar tanto a los titulares de los derechos como a los internautas la vía penal**.

En la actualidad, el único recurso ofrecido a las empresas y a los creadores cuyas obras se piratean consiste en invocar ante el juez el delito de violación de la propiedad intelectual. En esos casos, el internauta se expone a diligencias ante el Juzgado de lo Penal (en Francia, el denominado Tribunal Correccional), con la posibilidad de una sanción desde la primera descarga ilegal. Las penas pronunciadas por los tribunales contra los piratas ascienden a varios miles de euros de multa, en ocasiones acompañadas de una condena de cárcel con suspensión condicional de la pena.

Si bien es cierto que, hasta el momento, los titulares de los derechos recurren con bastante moderación a la vía penal (la industria musical únicamente ha iniciado varios centenares de acciones), también lo es que dichas reservas se deben en gran medida a que los poderes públicos se habían comprometido a ofrecer, a corto plazo, una alternativa para los creadores y las industrias culturales. La experiencia extranjera demuestra que la inexistencia de este tipo de solución conlleva un **recurso masivo a la justicia penal**: por ejemplo, en **Alemania**, existen en la actualidad **decenas de miles de denuncias** registradas en los tribunales.

A partir de ahora, la lucha tendrá un carácter esencialmente pedagógico, ya que cualquier sanción será precedida de dos advertencias, mientras que el juez puede establecer una sanción desde la primera infracción. La segunda advertencia se enviará por carta certificada, para garantizar que el abonado tiene constancia de la falta que se le reprocha. El proyecto del Gobierno debe ser eficaz desde esta fase preventiva: una encuesta de IPSOS realizada en Francia en mayo de 2008, y un estudio del mismo tipo llevado a cabo en el Reino Unido, en marzo de 2008, muestran que el 90% de las personas encuestadas dejaría de piratear tras recibir dos advertencias.

Seguirá siendo posible recurrir al juez, pero este recurso constituirá un **complemento** al nuevo dispositivo: servirá para tratar los casos de personas que realizan actividades fraudulentas masivas, se dedican a la piratería con ánimo de lucro, o de aquellas que desarrollan técnicas destinadas a permitir la piratería.

3. La vulneración de las libertades fundamentales

Al contrario, el proyecto tiene el objetivo de **restablecer el equilibrio, hoy en día roto, entre dos series de derechos fundamentales**, que es necesario conciliar: por una parte, el derecho de propiedad y el derecho moral de los creadores sobre sus obras y, por otra, el derecho al respeto de la vida privada de los internautas.

Dicho equilibrio entre los derechos y las libertades de cada uno se encuentra ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, concretamente, en su artículo 4: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otras personas: por ello, los únicos límites que tiene el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre son aquellos que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el disfrute de esos mismos derechos”.

Por otra parte, la necesidad de un equilibrio entre los derechos de los creadores y el respeto de la vida privada de los internautas se ha señalado recientemente a escala europea, a través de una sentencia pronunciada en enero de 2008 (la denominada *Promusicae*) por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Además, **la suspensión temporal del acceso a Internet** no implica, en sí misma, una vulneración de ninguna libertad fundamental: se trata de una medida que **ya pronuncian habitualmente** los jueces.

Por último, la vulneración de la vida privada de los internautas a través de la lucha contra la piratería no presenta ningún obstáculo constitucional, ni ninguna dificultad a escala europea, ya que viene acompañada de **múltiples garantías** y, además, es proporcional a los objetivos con carácter constitucional que se persiguen:

El mecanismo será aplicado por una autoridad administrativa independiente, la única que podrá solicitar a los proveedores de acceso a Internet los datos personales del abonado (nombre y dirección) estrictamente necesarios para el envío de los mensajes de advertencia. Esta Alta Autoridad, que se interpone entre los implicados, determina la originalidad del “enfoque francés”, que protege la vida privada en mayor medida que otras iniciativas extranjeras, donde los internautas deben enfrentarse directamente con los titulares de los derechos o con los proveedores de acceso a Internet.

Dentro de la Alta Autoridad, una comisión, que presenta todas las garantías de imparcialidad e independencia, se ocupará de tratar los diferentes casos. Dicha comisión estará compuesta exclusivamente de altos magistrados, y contará con agentes públicos cuya ausencia de relación con los intereses económicos en juego se comprobará mediante investigaciones realizadas antes de su selección.

No existe ningún obstáculo jurídico para confiar el mecanismo a una autoridad administrativa independiente y no a un juez. En efecto, el Consejo constitucional ha confirmado en varias ocasiones la posibilidad de que una autoridad no judicial trate datos

personales, siempre que las diligencias efectuadas estén dirigidas por la autoridad legislativa y tengan el objetivo de garantizar el respeto de otras exigencias, lo que precisamente ocurre en este caso. Por ejemplo, el Consejo constitucional estimó que la mejora de la calidad de los cuidados y la reducción del desequilibrio financiero de la seguridad social justificaban la creación de un historial médico personal, medida aplicada directamente por una administración.

El proyecto no permite **recopilar ninguna información nueva sobre los internautas**. Todos los datos necesarios para poner en práctica el mecanismo de prevención gestionado por la Alta Autoridad son aquellos que ya recogen los creadores y las empresas culturales para emprender sus acciones judiciales. Dicha recopilación se efectúa siguiendo las modalidades autorizadas por la CNIL. Simplemente, el juez dejará de ser el único destinatario posible de los atestados elaborados de esta forma: la Alta Autoridad también será competente para utilizarlos, con el fin de aplicar el mecanismo de prevención creado por la ley.

En todo caso, el Consejo de Estado y el Consejo constitucional evitarán o censurarán cualquier vulneración de las libertades cometida por el Gobierno o por la autoridad legislativa. El Consejo de Estado acaba de pronunciarse al respecto y, el pasado 12 de junio, emitió un dictamen favorable al proyecto.

4. El proyecto “está en contra de la posición de Europa”

El 10 de abril de 2008, el Parlamento Europeo expresó una postura desfavorable a la suspensión del acceso a Internet, una posición claramente mal fundada. La “enmienda Bono” fue aprobada con una mayoría muy ajustada (314 votos contra 297) y heteróclita, tras estudiar un informe sobre las industrias culturales desprovisto de cualquier alcance jurídico. Además, los debates previos a su aprobación demuestran que **los diputados europeos no estaban realmente informados sobre el dispositivo francés**, debido sobre todo a que el proyecto de ley aún no estaba terminado y ni siquiera se había presentado al Consejo de Estado. En este contexto, el autor de la enmienda se basó principalmente en tres motivos: la “criminalización de los internautas”, la “vigilancia generalizada de las redes” y la vulneración de las libertades (sobre estos tres temas, pueden remitirse a lo explicado anteriormente en los puntos 1, 2 y 3).

De hecho, el Parlamento Europeo, **entre tanto, ha modificado radicalmente su posición** con respecto a la moción del pasado 10 de abril, ya que el pasado 2 de junio su comisión de Cultura examinó dos enmiendas al denominado “Paquete Telecom” cuyo contenido era idéntico, y las rechazó por amplia mayoría.

Por otra parte, si bien las disposiciones del “Paquete Telecom” relativas a la protección de la propiedad literaria y artística en las redes digitales no se encuentran excesivamente desarrolladas –un hecho comprensible, dado que es la formación de “Industria y Telecomunicaciones” del Consejo quien posee la competencia para revisar las directivas implicadas–, éstas no presentan, sin embargo, ningún obstáculo directo a la aplicación del “enfoque francés”, al contrario de lo que se ha podido afirmar tras la votación celebrada en el Parlamento Europeo el 24 de septiembre de 2008.

En efecto, aunque la enmienda n° 138, aprobada por el Parlamento, establece que no podrán restringirse las “libertades y derechos fundamentales” de los internautas sin una sentencia

previa de las autoridades judiciales, el proyecto de ley no implica ningún tipo de vulneración de dichos derechos y libertades. El proyecto prevé el envío de varios mensajes de advertencia, a los que podría seguir, en caso de repetidas reincidencias, la interrupción durante algunas semanas de la conexión a Internet. Dicho procedimiento no corresponde en ningún caso a la descripción de la enmienda, en especial si tenemos en cuenta que su objetivo es garantizar el respeto de otros derechos fundamentales, hoy en día pisoteados por la piratería masiva, es decir, el derecho de propiedad y el derecho moral de los creadores sobre sus obras.

En realidad, la filosofía del proyecto de ley “Creación e Internet” y el consenso al que se ha llegado para preparar su elaboración despiertan un **gran interés por parte de numerosos Estados Miembros**. Un primer debate, organizado el pasado 21 de mayo durante la reunión de la formación “Asuntos culturales y audiovisuales” del Consejo de la Unión Europea, permitió reunir un gran número de reacciones extremadamente favorables, confirmadas durante el Consejo informal celebrado los días 21 y 22 de julio en Versalles. Hasta el momento, el proyecto de conclusiones que tiene previsto presentarse al Consejo “Cultura y Audiovisual” del mes de noviembre no ha despertado ninguna objeción *a priori* en los Estados Miembros. La Comisión, por su parte, presentó el 3 de enero de 2008 una comunicación sobre este tema, que desea acompañar de una recomendación a los Estados Miembros.

Por otra parte, los “acuerdos del Elíseo” ya se han difundido en Europa. La primera transposición directa la constituye un acuerdo similar al que se llegó en el Reino Unido el 24 de julio de 2008 con los seis principales proveedores de acceso a Internet. Dicho acuerdo prevé, en particular, el envío de mensajes de advertencia personalizados a los piratas, durante un periodo de prueba. En otros países de menor tamaño (por ejemplo, Noruega), el envío de este tipo de mensajes ya constituye una práctica corriente. Por el contrario, Alemania es un ejemplo de la insuficiencia de la vía penal, ya que en la actualidad se encuentran en curso decenas de miles de acciones correctivas contra piratas ordinarios.

5. El “filtrado generalizado de las redes”

El proyecto no prevé ninguna acción de este tipo. La posible difusión de las técnicas de filtrado deberá ser precedida, según los términos de los acuerdos firmados en el Elíseo el 23 de noviembre de 2007, de una fase experimental de buena fe, durante un periodo de dos años, entre los actores de la Cultura y los de Internet. Por tanto, los poderes públicos no tienen la intención de interferir en este punto, siempre y cuando las partes implicadas respeten el compromiso contraído.

En el proyecto de ley “Creación e Internet” únicamente son abordadas las **medidas que ya puede decidir el juez**, de forma puntual y caso por caso, para detener o prevenir que un servicio de comunicación en línea vuelva a vulnerar derechos de propiedad literaria y artística. Estas medidas, previstas en el apartado 4º del artículo L. 332-1 del Código de la Propiedad Intelectual francés, pueden aplicarse mediante **una retirada o suspensión de la obra protegida, o la aplicación de filtros al acceso al servicio** de comunicación. Los acuerdos firmados en el Elíseo prevén la transferencia a la Alta Autoridad de la competencia para dictar estas medidas.

No obstante, se constató que el objetivo perseguido, es decir, permitir que las decisiones necesarias se tomen de forma rápida y eficaz, podía alcanzarse simplemente mejorando el

procedimiento ya previsto ante el juez. Esto es lo que establece el proyecto de ley, ya que sustituye el método actual (un auto dictado a instancia de parte, es decir, una decisión tomada sin que haya un debate contradictorio entre las partes, acompañada de la obligación de entablar en un plazo de tiempo breve un procedimiento sobre el fondo) por **un procedimiento sumario, rápido pero contradictorio**. Estas disposiciones se completarán con los próximos tres decretos que reformarán el mapa judicial y permitirán concentrar los asuntos contenciosos en materia de propiedad literaria y artística en las manos de un número limitado de tribunales especializados.

6. El proyecto defiende a las grandes productoras que no quieren evolucionar

En primer lugar, hay que dejar de considerar que las productoras son “chupasangres”: su actividad consiste en descubrir a artistas de talento y asumir riesgos —en ocasiones considerables, en el caso de las productoras independientes— cada vez que “firman” con artistas jóvenes. **Lo que permite financiar a los nuevos creadores son los éxitos de los artistas confirmados**, tanto en el sector musical como en el cinematográfico.

El objetivo del proyecto es proteger los derechos de todos los focos de creación, incluidos los productores y distribuidores independientes del cine y de la música. Por supuesto, estos últimos se encuentran **en una situación económica más frágil y, por tanto, la piratería supone para ellos una amenaza mayor** que para las grandes productoras cinematográficas y musicales. Por ello, el proyecto del Gobierno les concierne especialmente.

Por último, no es cierto que los agentes culturales estén paralizados y se nieguen a asumir la llegada de la era digital. Los **sellos pequeños han realizado esfuerzos importantes para digitalizar sus catálogos**, para proponer o para asociarse a ofertas comerciales innovadoras: por ejemplo, el nuevo abono de Orange permite acceder no sólo a los catálogos de las grandes productoras, sino también a los de varias decenas de discográficas independientes.

7. Los internautas conseguirán burlar el dispositivo

Por supuesto, el proyecto de ley **no puede tener un objetivo “cero faltas”**, ya que las técnicas evolucionan permanentemente y siempre habrá internautas que consigan, por ejemplo, ocultar sus direcciones IP o recurrir a otros medios sofisticados para evitar posibles sanciones. Sin embargo, los métodos de identificación progresan al mismo ritmo que los métodos de ocultación: no hay que alarmarse en este sentido.

En realidad, lo que el proyecto pretende es lograr **una evolución de las mentalidades** a través de una campaña pedagógica y preventiva masiva. Desde ese punto de vista, poco importa que una minoría especialmente astuta escape al dispositivo. Dos encuestas de opinión realizadas en el Reino Unido (marzo de 2008) y en Francia (mayo de 2008) muestran que el 90% de los encuestados dejaría de piratear tras recibir dos mensajes. Los índices identificados en Estados Unidos son similares en las redes por cable, que han desarrollado una política de advertencias por correo electrónico o por teléfono.

8. Los internautas se verán privados de televisión y teléfono y va a cortarse a las empresas su acceso a Internet

El proyecto de ley plantea que, en el caso de las ofertas denominadas “Triple Play”, únicamente se suspenderá la conexión a Internet. Por tanto, **los internautas no deben tener ninguna duda sobre este punto: nadie se verá privado de televisión o teléfono, ya que la ley lo dispone así expresamente.**

La única cuestión que se plantea es la de los problemas que pueden derivarse de dicha “disociación” y afectar a los diferentes operadores de comunicaciones electrónicas. Para estudiarlos, el Gobierno ha solicitado al Consejo general de las tecnologías de la información (CGTI) que analice la cuestión de forma rigurosa. Sin embargo, hay que recordar que no existe **ninguna imposibilidad técnica** para la realización de la disociación de los servicios y que, además, todos los proveedores de acceso a Internet **expresaron su compromiso al respecto durante la negociación de los acuerdos del Elíseo.**

Por otra parte, en función del uso (sobre todo en el caso de que éste sea profesional) al que se destine el acceso a Internet, la Alta Autoridad podrá recurrir a una sanción **alternativa a la suspensión**, como una orden remitida al abonado, si es necesario acompañada de una multa coercitiva, con el fin de que tome las medidas necesarias para evitar que se reproduzca la infracción e informe a la Alta Autoridad de las mismas. Las sanciones de este tipo han sido concebidas, en particular, **para las empresas y personas jurídicas** en general, para quienes la interrupción del acceso a Internet podría conllevar consecuencias desproporcionadas.

9. Los abonados sufrirán la interrupción por actos que no han cometido

El abonado será el único responsable del uso que se hace de su acceso a Internet, y ésta es una elección deliberada. En efecto, la toma de conciencia debe producirse en el círculo familiar, al igual que la difusión de la actividad pedagógica de los poderes públicos. Por tanto, los padres serán responsables de los actos de sus hijos y deberán poner en práctica los medios necesarios, técnicos (programas de control) o no (explicaciones), para evitar la piratería. Esto no implica nada nuevo en nuestra legislación, constituye una forma de responsabilidad con respecto a las personas de quienes poseemos la custodia o la vigilancia: existen numerosos ejemplos y, por proporcionar uno reciente, los clubes de fútbol (personas jurídicas) pueden ser considerados responsables de las acciones de sus seguidores.

Por otra parte, es conveniente **que, a partir de ahora, el abonado esté más atento**, y se encargue de utilizar adecuadamente los medios para proteger su acceso Wifi (código de acceso) que el operador de comunicaciones pone a su disposición. El proyecto de ley **le anima, además, a instalar módulos de protección** en su ordenador, acreditados por la HADOPI, que también podrá proponerle su proveedor de acceso a Internet.

Por supuesto, cuando se hayan servido de su acceso **utilizando prácticas fraudulentas, el abonado no será considerado responsable**, y podrá hacer valer sus argumentos presentando un **recurso ante el magistrado judicial**, a quien también podrá solicitar que se interrumpa la ejecución de la sanción.

10. La licencia global es la única solución

La licencia global es una medida que se ha quedado anticuada, superada por la situación.

En primer lugar, en el plano jurídico, **no puede conciliarse con los compromisos internacionales de Francia**. En efecto, la licencia global, en sus modalidades de aplicación, consigue soluciones muy cercanas a las que conllevan las “licencias obligatorias” que plantean los grandes acuerdos sobre derechos de autor. Por tanto, debería satisfacer las condiciones de admisibilidad previstas por los mismos, algo que no parece ocurrir tras un primer análisis. Es cierto que podría plantearse la modificación de las normas internacionales, sin embargo, a título indicativo, recordamos que la última revisión del Convenio de Berna data de hace más de 30 años.

Por otra parte, y este es un punto básico, **se está desarrollando una multitud de modelos económicos basados en el sistema contractual**, incluida la gratuidad para el internauta, financiada por la publicidad (deezer.com) o el abono global mensual propuesto sobre todo por los proveedores de acceso a Internet (Orange, Neuf Cégétel, Free, Alice), o por determinados portales de descarga (Fnac.com), de acuerdo con las industrias culturales. La licencia global, por el contrario, **disuadiría al sector de continuar esforzándose para adaptarse a la nueva situación** y, en particular, seguir trabajando para mejorar cualitativa y cuantitativamente la oferta legal: la remuneración ya no estaría ligada a las estrategias de contenidos de cada empresa (riesgos asumidos para financiar a nuevos artistas) sino al número de abonados de los proveedores de acceso a Internet.

Además, conllevaría un problema de **equidad**, la base de la contribución (los 15 millones de abonados a Internet que existen en Francia) es poco extensible y llevaría a **hacer pagar dicha tasa al conjunto de los internautas**, mientras que únicamente el 30% de los mismos descarga obras a través de Internet.

Asimismo, en la práctica, reina **una total incertidumbre** en lo que se refiere al **importe** de la licencia global, así como sobre la **forma en la que se podría repartir entre los titulares de los derechos**. Todo el mundo está de acuerdo en considerar que **la cultura en Internet debe tener un precio, pero nadie sabe cuál**, y es difícil establecerlo de manera arbitraria, como pretendían los impulsores de la licencia global, a 5 euros mensuales. Sin duda alguna, el número de fórmulas de abono propuestas, cada día mayor, presenta una mayor capacidad de adaptación a las limitaciones del mercado en general y a las necesidades de los internautas en particular.

Finalmente, aunque la licencia global tiene el mérito de presentar una aparente simplicidad, constituye **una respuesta de resignación ante la piratería**. La solución se encuentra en realidad **en el dinamismo de las estrategias comerciales combinadas, de los operadores de Internet y de las industrias culturales**.