

# El plagio en la era de las nuevas tecnologías

**Autor:** Ignacio Temiño Ceniceros

Abogado-Socio de Abril Abogados

## Resumen

La irrupción de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana de todos nosotros ha llegado como un tsunami incontrolado a los sistemas tradicionales de propiedad intelectual, que no estaban en absoluto preparados para dar respuesta a nuevas situaciones y conflictos hasta la fecha desconocidos. Las nuevas técnicas de creación y explotación de las obras, así como el fácil y económico alcance de Internet a quien lo desea usar, ha hecho proliferar con efecto multiplicador estos nuevos problemas. En lo que al plagio se refiere, a nadie se le escapa que, hoy día, es más fácil que nunca plagiar impunemente un trabajo ajeno, prácticamente en casi todos los géneros y categorías de obras. En este trabajo comentaremos con carácter introductorio el marco legal y doctrinal de la figura del plagio, en su concepción más tradicional, para luego conocer con algo más de detalle cómo esta construcción jurídica puede o no adaptarse a las nuevas conductas plagiarías derivadas del uso de las nuevas tecnologías.

*Palabras clave:* plagio, nuevas tecnologías, copia, usurpación, autoría.

## Abstract

The impact of the new technologies on our daily life has arrived like an uncontrolled tsunami at the traditional systems of intellectual property, which were not prepared at all to answer to new situations and conflicts to date not known. The new techniques of creation and exploitation of works, as well as the easy and economic access to the Internet for everyone that wishes to use it, has made proliferate with multiplying effect all these new problems. As In which regards to the plagiarism, it is clear for anyone that, nowadays, is easier than ever to plagiarize without punish other people's work, in almost all the sorts and categories of works. In this article, we will first comment the legal and scholar frame of the plagiarism, in its more traditional conception, discussing later in detail how this legal construction can or cannot adapt to the new plagiarizing conducts derived from the use of the new technologies.

*Key words:* plagiarism, new technologies, copy, misappropriation, authorship.

Recibido: 15.07.2009

Aceptado: 11.09.2009

---

## I. Introducción

A pesar de que el ilícito plagiarario está expresamente recogido y sancionado como un delito contra los Derechos de Autor desde el Código Penal de 1995, no por ello ha dejado de verse afectado, como tantas otras conductas vulneradoras de la Propiedad Intelectual, por la deficiente e insuficiente regulación de las acciones procesales y procedimientos de defensa recogidos en la Ley de Propiedad Intelectual.

El plagio es sin duda una de las formas de atentado contra el Derecho de Autor más antiguas que existe<sup>1</sup>, y al mismo tiempo una de las más perturbadoras y dañinas al perjudicar en un mismo acto tanto la parte patrimonial como moral del autor; sin embargo, no por ello ha gozado nunca de la suficiente atención legislativa, estando a menudo ensombrecido por la conducta de la estafa y la falsificación, que han impedido que se preste atención a otro gran elenco de conductas propias de plagio, que

---

<sup>1</sup> Vale la pena recordar aquí las palabras del jesuita italiano Daniello Bartoli sobre las clases de plagiadores en su obra "El hombre de letras" del año 1645, donde clasifica a los plagiadores en tres órdenes "a cual peores", decía, "pareceme que se puede distribuir la masa de aquellos que en sus libros publican con su propio nombre trabajos ajenos. Son los primeros quienes, tomando una cosa de aquí y otra de allá, y contraponiéndolas, ora con diverso título, ora en un orden contrario, tejen los libros como las guirnaldas, en las cuales muchos pocos hacen mucho. Tienen la discreción de robar poco a cada uno, para que ninguno se duela, y pocos se percatan del robo. Peor que estos obran los segundos, que hallando obras imperfectas de valiosos maestros, se las llevan a su casa, como si fuesen abandonadas y las adoptan como hijos propios. Pero los terceros, aquellos que a la labor ajena sólo añaden su nombre propio, son inaguantables, hombres de poca vergüenza."

por una razón u otra no han encontrado cabida ni en las leyes especiales ni tampoco en el amparo judicial, al menos hasta fechas cercanas y en lo que a nuestro país se refiere.

La era de las nuevas tecnologías, el rápido, fácil y económico acceso que hoy día se pone a disposición de cualquiera a través de las redes de comunicación, de las nuevas formas de tratamiento, almacenaje y edición de materiales protegidos por las normas de la Propiedad Intelectual, se han convertido en el caballo de batalla de muchos autores que, al tiempo de encontrar nuevas formas de explotación por estos canales, también han visto como esas mismas técnicas son usadas para vulnerar impunemente sus derechos, sintiéndose en algunos casos desasistidos por las lagunas legales que rodean ciertos actos, y en otros por las dificultades de poner fin y evitar que se repitan las conductas, incluso cuando no existe duda de su naturaleza ilegal.

El plagio no es ajeno a esta nueva realidad, más bien al contrario, gracias a las nuevas tecnologías y a la masiva información digitalizada disponible hoy día, los casos de plagio se han multiplicado exponencialmente hasta convertirse en una conducta hartamente frecuente<sup>2</sup>, que como veremos en este trabajo, afecta a un amplio número de géneros y categorías de obras. La dificultad de la localización y prueba del plagio contribuye a su impunidad y a aumentar su frecuencia, aunque como también tendremos oportunidad de comentar, la tecnología avanza en todas las direcciones, incluida la creación y mejora de sistemas que ayudan a localizar los plagios originados y/o ejecutados en Internet al menos. No obstante, y por decirlo de algún modo, plagiar nunca fue tan fácil e impune como ahora<sup>3</sup>.

Bajo mi punto de vista, la proliferación de estas conductas no encontrará su fin ni con nuevas soluciones legislativas que aumenten la punibilidad, ni con la intervención o represión judicial o la criminalización de algunas conductas como se demanda en algunos sectores y países<sup>4</sup>, y así lo estamos observando en el fracaso de la contención por ejemplo de los sistemas de intercambio de archivos (P2P). Probablemente las soluciones más eficaces sean el resultado de una combinación donde se empiece por educar a las nuevas generaciones en el respeto de las obras y derechos ajenos, se fomente la creatividad personal y el esfuerzo en los centros educativos, se sancione socialmente el plagio como la conducta indigna y tramposa que es, se pongan barreras técnicas eficaces que eviten las tentaciones de ahorrarse el esfuerzo creativo a costa de la labor de otros, se incluyan sanciones por plagio en los códigos de conducta de académicos y profesionales, etc.

<sup>2</sup> Algunos estudios entre estudiantes de EE.UU. y Reino Unido han revelado que hasta el 80% de ellos han cometido fraude o plagio en alguna ocasión durante sus estudios: Oxford Brookes University "Plagiarism. A Good Practice Guide", Jon Appleton & Jude Carroll, 2001, pg. 6.

<sup>3</sup> Para ampliar información sobre formas y casos de plagio en la era moderna se recomienda la siguiente página web: <http://www.famousplagiarists.com>

<sup>4</sup> Ver comentarios a definición de "plagiarism" en versión inglesa de Wikipedia, en [http://en.wikipedia.org/wiki/Plagiarism#cite\\_note-9](http://en.wikipedia.org/wiki/Plagiarism#cite_note-9).

## II. El concepto de plagio en el derecho español<sup>5</sup>

Con gran acierto señala Latorre<sup>6</sup> que “una noción jurídica del plagio encierra graves dificultades pues, como veremos, el contenido de la conducta de copiar es especialmente difuso”. Coincide con esta opinión González Gómez<sup>7</sup> quien nos introduce en la polémica doctrinal que rodea esta figura, cuando señala que uno de los pocos puntos de consenso que existen sobre el plagio es que éste implica la apropiación indebida de la creación de otro. Por encima de esta idea general, todos los intentos de delimitación del plagio están rodeados de diversidad de opiniones.

Este mismo autor, usando palabras de Quintana<sup>8</sup> indica que la delimitación del concepto de plagio es en sí la determinación de la frontera entre el plagio (punible) y la originalidad. Siendo esto un hecho bien cierto e indiscutible, precisa ser completado ya que para nosotros, además de lo anterior, cualquier análisis del plagio como conducta *contra legem* es también en sí mismo un estudio de marco de protección de la Propiedad Intelectual.

Sánchez Aristi<sup>9</sup> al referirse al carácter confuso del término “plagio”, señala que hoy día parece abrirse camino que por plagio debe entenderse una infracción prototípica en sede de derechos de autor que implica una usurpación mixta, por una parte de los derechos de explotación –y en concreto del derecho de reproducción– y por otra parte de los derechos morales del autor –y en concreto del derecho de paternidad– al atribuirse el plagiario la autoría de la obra que no es suya o de parte de ella. Existe pues para este autor una infracción en dos planos, uno económico y otro moral, aunque sólo cuando se vulnera el derecho de reproducción unido al silenciamiento o engaño sobre la verdadera autoría es cuando se puede afirmar que existe plagio, y no si se vulnera otro derecho patrimonial.

Con la argumentación anterior, S. Aristi se posiciona claramente en contra del concepto de plagio por transformación, alineándose como él mismo señala con la postura de R. Bercovitz<sup>10</sup> es decir, “el autor de una obra derivada que no cuente con la autorización del autor de la obra originaria infringe ciertamente el derecho del titular de aquella (derecho de transformación), pero no incurre en plagio” y en contra de la de A. Carrasco Perera<sup>11</sup> que sostiene que plagio es “una conducta mixta de reproducción o transformación in consentida y de negación del derecho de paterni-

<sup>5</sup> Este apartado es un extracto de los aspectos más importantes comentados por el autor doctorando que firma este artículo en su trabajo de investigación de acceso al D.E.A. titulado “Introducción a la figura jurídica del plagio”, defendido en Mayo de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas.

<sup>6</sup> LATORRE, Virgilio. “Protección penal del derecho de autor”. Tirant Monografías. 1994, pg. 176.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro. “El tipo básico de los delitos contra la Propiedad Intelectual”. Editorial Tecnos. 1998, pg. 192.

<sup>8</sup> op. cit. pg. 192.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “PLAGIO DE FONDOS MUSICALES PARA SPOTS ¿RESPONDE EL EDITOR?”. Revista PE.I, 2004. Edit. Bercal.

<sup>10</sup> Citado por S. ARISTI en relación a su “Comentario a la STS de 26.11.2003” en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 65, pg. 841.

<sup>11</sup> *Manual de propiedad intelectual* coord.. R. BERCOVITZ, 2ª Edic. Tirant lo Blanch, 2003, pg. 265.

dad". En coherencia con esta postura, la obra resultado del plagio nunca será obra original, o con originalidad suficiente para quedar protegida por el ordenamiento jurídico, si quiera como obra derivada.

Estimo que el planteamiento del mismo es equivocado en el sentido categórico en que se presenta, y que ni puede afirmarse que la mera transformación que de lugar a una obra derivada excluya de forma automática el plagio, ni a la inversa, pudiendo y de hecho habiéndose localizado numerosos casos en jurisprudencia nacional y foránea, donde la transformación ha sido calificada como plagio.

En el ámbito del plagio nacido de la aplicación de las nuevas tecnologías de tratamiento de obras digitalizadas (sean textuales, gráficas, musicales, etc), esta afirmación cobra incluso más valor por la facilidad con que se puede hacer cualquier alteración. Pensemos por ejemplo en las alteraciones mecanizadas o automatizadas a través de programas de software que filtran, autoajustan, corrigen, intextualizan, mezclan, crean ficheros *midi*, etc y todo de forma preprogramada. Quizás podamos defender que en estos casos hay una transformación pero no por ello siempre dejará de existir un plagio, si se silencia o suplanta la identidad del autor de la obra originaria.

Como bien saben los sujetos activos de los comportamientos de plagio, lo no protegido es pues de dominio público, ello sin perjuicio del engaño social de hacer pasar por propio lo que es creación ajena, aunque no forme parte de un derecho exclusivo reconocido por la ley.

Aproximándonos ya al concepto jurídico de plagio, tal y como indicamos anteriormente, la falta de conceptualización legislativa nos empuja a buscar una definición válida en las apreciaciones de los Tribunales de Justicia, donde no existe homogeneidad, aunque sí que se aproximan bastante las definiciones encontradas.<sup>12</sup> Una de ellas la ofreció el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 Mayo 1984 donde dice que se trata de *copiar la obra original de manera servil o de modo que induzca a error sobre la autenticidad, con una doble proyección patrimonial, frente al autor y frente al público por el perjuicio que puede llevar consigo la defraudación.*

No obstante, la definición más citada en sentencias y fallos posteriores (a pesar de ser dictada en aplicación de la anterior Ley de Propiedad Intelectual), de otros Juzgados y Tribunales es la propiciada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en fecha de 28 de Enero de 1995 donde de forma generosa y profusa el alto tribunal señaló que por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que

<sup>12</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, op. cit., cita sentencias antiguas del nuestro Tribunal Supremo, relativas a actos de plagio, en concreto las STS de 25-02-1899 y de 04-04-1946, pg. 191. Por su parte, GIURIATI en, comentado la falta de tradición jurisprudencial severa contra el plagio, menciona dos sentencias de la Corte de apelación de París de 25-04-1812 y 8-02-1865 en la primera no se condena al acusado porque eran trozos sueltos esparcidos tomados de una obra sobre el mismo tema. En la segunda se absolvió al acusado porque se trataba de pensamientos que habían entrado en el dominio público. GIURIATI Domenico "El Plagio", Milán 1903. Traducción Edit. Analecta, 2005. pg. 205

supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Añade la sentencia que el plagio se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

A mi juicio, el Tribunal se decanta por una concepción amplia de plagio cuando añade a la definición anterior la siguiente afirmación, que incluye el uso del sustantivo “similitud”, más cercano al concepto de imitación fraudulenta que al de copia servil: “Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario ó intelectual ajeno”.

Para terminar diciendo que por todo lo anterior, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no transcendentales.

Encontramos también con frecuencia en casos de plagio la definición que hizo el Tribunal Supremo de esta conducta en su sentencia de 23 de Marzo de 1999 donde, invocando la anterior sentencia de 1995 que hemos reproducido, declaró que por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.<sup>13</sup>

Algunos juzgados de lo penal han llegado a considerar la regulación penal del plagio como una norma penal en blanco de libre apreciación jurídica por el juzgador.<sup>14</sup>

José Antonio Vega Vega<sup>15</sup> nos recuerda que la concreción de los límites del plagio no es una cosa pacífica, y que puede abarcar, desde la simple imitación fraudulenta, hasta la mera reproducción total o parcial de dicha obra, usurpando la condición o el nombre del autor originario o simplemente silenciándolo.

Este autor, en lo que se puede llamar un concepto amplio de plagio, reproduce la definición del italiano Zara Algardi que entiende esta figura como *la simulación de la originalidad de la creación intelectual de una obra derivada, en todo o en parte, a través del conocimiento o la elaboración de la obra o del elemento creador de la obra tutelable perteneciente a otro*.

Latorre y otros autores penalistas han diferenciado entre el plagio en sentido subjetivo y el plagio en sentido objetivo. El primero se trataría de una usurpación de la

<sup>13</sup> Las sentencias de nuestro Tribunal Supremo más recientes en materia de plagio (STS 18. 12. 2008, ATS 12.05.2009 por ejemplo) mantiene íntegramente el concepto jurisprudencial aquí explicado.

<sup>14</sup> Sentencia 14.12.1993 Juzgado de lo Penal n 8 de Madrid.

<sup>15</sup> ROGEL VIDE (Coordinador), *En torno a los derechos morales de los creadores*. Edit. Reus. pg. 129.

paternidad, entendida como el “desposeimiento del autor de su posición como tal”, mientras que el segundo sería la sustracción del bien del propietario para hacerlo propio. Este autor, citando también a Algardi, señala que la esencia del plagio no es tanto la negación de la relación del autor con su obra, sino la falsa afirmación de una relación de génesis creativa entre el plagiario y la obra.<sup>16</sup>

Otra parte de la doctrina,<sup>17</sup> con la que nos mostramos en desacuerdo, defiende la diferenciación entre plagio y usurpación, que incluye, entiende, la usurpación como un tipo agravado de plagio cuando trata de buscar explicación al equívoco conceptual del legislador en la redacción de los artículos 534 bis a) y 534 b) del CP de 1987, donde diferenció el acto de plagio en el apartado a), entre otros delitos que violan los derechos de autor, y en el apartado b) señaló que se consideraba agravado el tipo si a alguna de las conductas anteriores se les unía alguna de las siguientes circunstancias: (i) obrar con ánimo de lucro, (ii) usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.

Varios autores, al interpretar el precepto, han tratado de buscar las diferencias entra la usurpación y el plagio, llegando a decir que la primera se sitúa en una esfera de “copiar-suplantar” y el segundo *-que lo llama plagio strictu sensu-* se sitúa en el esfera de copiar-imitar. Al amparo de esta línea divisoria se han creado dos corrientes doctrinales, que distinguen entre el plagio en sentido amplio (abarca tanto la imitación de la obra ajena, en todo o en parte, como la copia fiel sin cambios, siempre suplantando la autoría del creador original de la obra), y el plagio en sentido estricto, que separa los actos de mera usurpación de autoría de los actos de imitación fraudulenta de la creación de otro, siendo este último comportamiento más gravoso que el primero, puesto que viola además del derecho de paternidad, otro derecho moral cual es el respeto a la integridad de la obra.

En las doctrinas francesa<sup>18</sup> e italiana<sup>19</sup> también se puede observar esta diferenciación, así por ejemplo en Francia distinguen entre la figura de “*plagiat*” y la “*contrafaçon*”, lo mismo que en Italia donde separan “*Il Plagio*” de la “*contraffazione*”. La *contrafaçon* o *contraffazione* se entiende como la usurpación en sentido estricto de la paternidad de una obra, haciendo pasar por propio lo que es autoría de un tercero, tal y como éste en efecto lo realizó. El plagio sería una imitación cualificada de la obra de un tercero, que al carecer de originalidad propia suficiente, invade el derecho del autor anterior.<sup>20</sup>

Aunque desde el punto de vista jurídico, la diferenciación de estos conceptos puede ser muy útil, especialmente para ampliar la protección de los derechos de autor en los casos típicos que estamos estudiando aquí, en la práctica, puede llegar a

<sup>16</sup> LATORRE V., op. cit. pg. 176.

<sup>17</sup> Entre otros, según LATORRE, están Arroyo y Romeo Casabona.

<sup>18</sup> GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 5<sup>e</sup> édit. refondue. Puf Droit. 2003. pg. 788.

<sup>19</sup> ALGARDI, Zara. *La tutela dell'opera dell'ingegno ed il plagio*, Padova, Cedam, 1978. pg. 392.

<sup>20</sup> VEGA VEGA, José A. *Protección de la Propiedad Intelectual*. Edit. Reus. pg. 276.

resultar difícil su aplicación, ya que ni toda imitación es plagio ni hay plagio sin suplantación, sea éste por imitación o sea por pura usurpación. En cualquier caso el actual tipo del art. 270 del CP, y su tipo agravado (art. 271) no contemplan estas diferencias, aunque mantiene el requisito del ánimo del lucro.

### III. Las nuevas formas de ejecución del plagio y su calificación jurídica

#### III.1. En obras literarias y de texto

Como si la historia se repitiese, las obras de autor que se materializan en forma de texto escrito, han vuelto a ser las primeras en sufrir una nueva corriente plagaria cual es la derivada de las nuevas tecnologías; algo similar a lo que en su momento sucedió cuando el uso de la imprenta comenzó a generalizarse.<sup>21</sup>

El tratamiento digital y la indexación de obras textuales de todo tipo de naturaleza, así como el avance constante en las aplicaciones y sistemas de procesamiento de textos, unido a la masiva cantidad de materiales que Internet y otras redes han puesto a nuestro alcance, han sido el germen de la generalización de prácticas como la intextualización (ya conocida antes claro, pero ahora mucho más rápida y sencilla), hipertextualización, o el popularmente conocido “corta-pegar”, hoy día aún más avanzado gracias a los sistemas de escáner de textos con software OCR-*Optical Character Recognition* y a las bases de datos de libros digitales, también conocidos como e-books al alcance de cualquiera en sitios de internet como la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, o Google-Books.

La sencillez de estos sistemas, unida al alcance que cualquier usuario de internet posee a la mayoría de las páginas web, por ser estas casi siempre de libre y gratuito acceso, ha fomentado la extensión de las conductas plagarias a todos los ámbitos de la vida y el trabajo. En el ámbito educacional y académico es tan frecuente la usurpación de trabajos ajenos por la mayoría de los estudiantes de todas las edades que las autoridades educativas han comenzado a tomarlo como un serio problema, que contamina todo el sistema basado en el esfuerzo y estudio personales.<sup>22</sup>

Pero este es sólo un ejemplo más de tantos que se podrían citar. En el ámbito académico e investigador estudios como los de Errami et al.<sup>23</sup>, demuestran la habituali-

---

<sup>21</sup> Como es bien sabido, la irrupción de la imprenta es la causa generadora de la aparición de nuevas conductas hasta entonces desconocidas, como era la competencia desleal de impresores que editaban sin haber retribuido al autor; por éste y por otros motivos se apresuraban todos los impresores y autores a pedir los conocidos privilegios y licencias destinados a evitar dichos abusos y permitir divulgar las obras en exclusiva.

<sup>22</sup> Mención aparte merecen las páginas web donde estudiantes ponen a disposición de cualquiera sus trabajos para que estos los utilicen, a sabiendas de que serán plagiados impunemente. Se trata de un plagio consentido en mi opinión. Sirva como ejemplo la famosa página web española [www.elrincondelvago.com](http://www.elrincondelvago.com), inicialmente creada por un grupo de estudiantes y hoy propiedad de una multinacional del sector de las telecomunicaciones.

<sup>23</sup> Errami M, et al. UT Southwestern Medical Center “Déjà vu—a study of duplicate citations in Medicine”. Fuente [www.pubmed.org](http://www.pubmed.org).

dad de la usurpación de trabajos ajenos, lo mismo que en el campo periodístico<sup>24</sup>, el campo de la edición de libros de texto para cualquier tipo de materia<sup>25</sup>, el campo de la novela<sup>26</sup>, e incluso en los blogs y cuadernos de bitácora de Internet, ahora tan populares.

Desde un punto de vista jurídico, son bajo mi opinión muchas y novedosas las nuevas cuestiones que encierran dificultad, aunque por ahora nos limitaremos a citar sólo dos:

- a) Por un lado, el anteriormente comentado debate doctrinal sobre el plagio con transformación o el plagio como figura distinta a la transformación.
- b) El derecho de cita y su relación con las conductas plagiarias.

Respecto al primero de los aspectos, se hace difícil en un artículo de estas características analizar con el detalle que precisa si la manipulación de una obra textual ajena (y original) sin permiso hasta dotarla de cierta creatividad puede excluir la sanción del plagio para ser calificada sólo como una vulneración del derecho de transformación del autor. Como se podrá entender, desde un punto de vista más social que legal, la calificación es muy trascendente, dado que una afecta a la honorabilidad del condenado gravemente, y la otra en mucha menor medida<sup>27</sup>.

En la práctica, como sabemos e incluso el Tribunal Supremo ha reconocido en su famoso fallo de 28 de Enero de 1995, los plagios vienen cubiertos de ardid y ropajes que solo pretenden ocultarlo o disfrazarlo, por lo tanto, y aun no defendiendo aquí en absoluto que en el plagio deba observarse el aspecto subjetivo (salvo contadas excepciones de posible coincidencia fortuita), no podemos errar en la calificación del acto, ni si quiera en aquellos casos donde la obra resulta, como decía Bartolli, estar tejida de pequeñas piezas de obras ajenas, lo que no deja de ser otra forma de ocultación plagiaria.

No es menos cierto, que todos los casos de plagio precisan de un examen comparativo independiente, lo que nos conduce a la casuística y nos aleja de la uniformidad de criterios. Este examen deberá además ser siempre exhaustivo y riguroso, tanto en el estudio del grado de originalidad de la obra ajena y en particular de los pasa-

<sup>24</sup> Una breve revisión de la jurisprudencia española confirma la cantidad de casos de plagio relacionados con este género, sirvan de ejemplo algunas recientes como SAP Madrid, 06.06.2007, SAP Zamora 02.09.2002, SAP Madrid 06.03.2006,

<sup>25</sup> Por ejemplo STS 23.10.2001, SAP Madrid 25.05.2004, SJMadrid nº 2 14.11.2005, SAP Badajoz 19.09.2006, SAP Asturias 07.06.07, SAP Almería 10.06.04

<sup>26</sup> Es fácil recordar algunos de los casos de plagio más recientes que han sido comentados en muchos medios de comunicación e incluso han llegado a los tribunales: caso Bryce Echenique, caso Jorge Bucay, caso Ana Rosa Quintana, caso Dan Brown, caso Lucía Etxebarria, caso Camilo José Cela, etc.

<sup>27</sup> Este tipo de planteamientos afectaría a obras que se presentan a menudo como una secuela de otra de éxito anterior, sin permiso alguno del autor original. Pensemos por ejemplo en la *Segundo tomo del Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha* que alguien bajo el seudónimo de Fernández de Avellaneda, publicó en 1614 sin el permiso de Cervantes, ¿un plagio o una transformación ilícita?

jes plagiados o imitados, como en la libertad de creación que el género donde trabaja el supuesto plagario permite, y el deslinde de lo que son meras ideas o conceptos generales, técnicas y recursos comunes, etc.

Encontramos sin embargo países donde la doctrina sí ha sentado algunos criterios uniformes al respecto de esta cuestión que aquí debatimos. Es el caso de los Estados Unidos, donde la larga y abundante práctica judicial que existe en esta materia, ha ido asentado principios y protocolos de examen (los conocidos “test”) entre los que se encuentra el que reza que la adición de episodios o partes originales, cuando hay porciones substanciales copiadas (*Warner Bros. v. ABC, 2nd Circuit, 1983*), no evita el plagio.<sup>28</sup>

Para terminar con esta cuestión, quisiera mencionar, aunque sólo sea a mero título indicativo, que la posible solución a la controversia en términos generales, podría pasar por aplicar también a los pasajes supuestamente plagiados un test de equivalencia, con el que se pretenda descubrir si estamos ante una verdadera transformación que puede dar lugar a una obra derivada original, o si sólo estamos ante un maquillaje textual destinado a engañar y ocultar el acto. Si los pasajes afectados (quedaría por supuesto excluida por completo la mera adición de nuevas partes) son equivalentes, en el sentido de sustituibles (“doctrine of preemption” o doctrina de la sustitución o reemplazo); y como no si en alguna de las dos obras comparadas, estos pasajes se puede considerar substanciales, no sólo desde un punto de vista de extensión sino también de relevancia dentro del conjunto de la obra.<sup>29</sup>

Pasando ya al segundo de los aspectos que comentábamos complejos, debemos de recordar antes que nada que el derecho de cita es un límite legal a los derechos de autor recogido en el vigente artículo 32 del TRLPI,<sup>30</sup> también llamado *fair use* en los sistema de *copyright*, ahora bien, la jurisprudencia también ha procurado matizar y limitar este derecho en su labor jurisdiccional, señalando que, con un criterio legal estrictamente justo, hay razones para poder concluir que cuando las citas copiadas no se refieran a aspectos ínfimos o tangenciales de las materias tratadas en ambas obras, siempre que en conjunto contemplen aspectos significativos e importantes de

<sup>28</sup> En el caso de *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.* de 1936, el Tribunal de Apelaciones de este mismo 2º Circuito señaló que *no plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work did not pirate*.

<sup>29</sup> Matizando la doctrina de la “esencialidad o substancialidad” que es la más extendida hoy día, creo que este requisito basta con que se de en alguna de las dos obras comparadas, siendo indiferente en cual. Por citar un caso antiguo pero conocido, el famoso penalista italiano Cesare Lombroso fue acusado de plagio por un colega francés (Crépiux Jamin), en el juicio desarrollado en Rouen (Francia), se demostró que más de cien páginas de su *Manuale di grafologia* eran una reproducción exacta de la obra del francés, y aunque ésta era una parte muy pequeña dado el volumen del manual de Lombroso, éste fue condenado por plagio parcial.

<sup>30</sup> La definición que la propia OMPI hace de este derecho en su *Guía del Convenio de Berna* donde señala que “etimológicamente, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o ha escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios pasajes de una obra ajena. En otras palabras, la cita consiste en reproducir extractos de una obra, bien sea para ilustrar una opinión o defender una tesis, o bien para hacer una reseña o una crítica a esa obra. El empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, en una emisión radiofónica o televisiva”.

las mismas, de entidad suficiente para ser valoradas como parte de una obra objeto de la protección de la Ley de Propiedad Intelectual, se considerarán una vulneración de los derechos de autor.

Es además criterio unánime que la copia de los fragmentos ajenos debe ser conforme a los “usos honrados” y estar justificada por los fines que persigue. Dichos requisitos de honradez y necesidad finalista son los que pueden transformar un simple descuido de falta de cita en un acto de plagio. La ocultación – se suele añadir que sea “maliciosa”- de la fuente consigue el efecto de hacer pasar por propio lo obtenido a través de un esfuerzo de persona ajena, en demérito de los legítimos intereses de este último.<sup>31</sup>

Y nos preguntamos entonces ¿convierte la falta de cita el acto en plagio de forma inmediata? Es incuestionable que en muchos supuestos será así, especialmente si llega a estimarse que lo copiado es sustancial o característico en la obra precedente. Pero, si lo copiado no es sustancial, aunque sí es literal, podremos hallarnos ante un ilícito distinto al plagio, tal y como lo decretó la SAP Madrid de 3 de Junio de 2003 condenando al demandado por no citar la fuente y el autor al reproducir al menos 34 líneas idénticas en un pasaje de 147 líneas. Hay transcripción literal y el actor no pidió condena por plagio sino por ausencia de cita.

En mi opinión, la sentencia es acertadísima, y de hecho pienso que donde no llegue el concepto de plagio no se puede dejar impune el acto por pequeño que sea; sin embargo en otras ocasiones este límite se ha interpretado y aplicado de forma menos acertada.<sup>32</sup>

### III.2. En obras gráficas y fotográficas

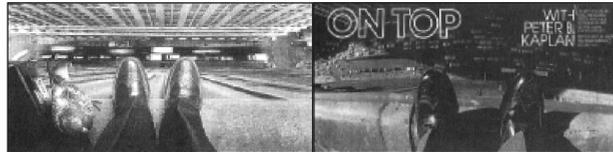
La tecnología alcanzó primero a los tratamientos de textos por medios informáticos, pero hoy día los sistemas y aplicaciones para el tratamiento digital e informatizado de imágenes es aún más avanzado sin duda alguna, no solo por la masiva comercialización de las cámaras fotográficas digitales sino también por la fuerte presencia de la explotación en forma digital frente a la impresa, y por la riqueza de recursos y técnicas alcanzadas en todos los ámbitos y niveles.

Es verdad que muchas de estas aplicaciones informáticas de creación y procesamiento de imágenes no están al alcance del usuario medio, ni son en general baratas ni de fácil manejo, pero no por ello, el plagio se ha alejado de estos sectores, sino más bien al contrario, como sucedía con los textos, ha proliferado de manera alarmante, especialmente en lo que se refiere a los usos en páginas web, o de materiales accesibles a través de Internet.

<sup>31</sup> SAP Coruña 23-03-1999.

<sup>32</sup> La misma Audiencia sin embargo hizo una equivocadísima interpretación del derecho en su fallo de 25.05.2004 donde a pesar de estimar la demanda por plagio, matizó que la mera cita hubiera excluido el ilícito, consistente en copiar literalmente en un 80% de su extensión un manual de enseñanza de idiomas.

La protección de este tipo de obras en los casos de plagio conlleva un dificultad añadida por el hecho de que el objeto representando nunca queda protegido por los derechos de autor, de suerte que la imitación servil es más fácil que quede inmune, excepto en los casos de cuasi-identidad. Una buena muestra de ello lo constituye el caso de las dos fotografías siguientes que no se consideraron plagio:<sup>33</sup>



Sin embargo, sí que causó sorpresa la reciente condena al diseñador de moda John Galiano en Francia, que resultó declarado culpable de plagio por usar una técnica fotográfica a pesar de variar los objetos representados, y a pesar de que el autor plagiado nunca había representado con esa técnica el mismo contenido.



Un caso paradigmático de plagio de obras gráficas resultante de la aplicación de las nuevas tecnologías de tratamiento de imágenes lo constituye el famoso retrato-poster “Hope” del nuevo presidente de Estados Unidos Barack Obama, que dio la vuelta al mundo durante el proceso electoral en que éste resultó elegido. Se trata de la siguiente imagen:



La fotografía original fue realizada por el fotógrafo Mannie Garcia de la agencia Associated Press, que es quien dice poseer los derechos de autor, y tratada sin auto-

<sup>33</sup> Kaplan v. Stock Market Photo Agency. South District Court of New York, 2001. Caso comentado por JOYCE en JOYCE, Craig et al. “Copyright Law”. Edit. LexisNexis (EE.UU.). 7ª Edición. 2006, pg. 117.

rización en su versión ilustrada por el artista Shepard Fairey que hizo un *mashup* de ella, después de descargarla de Internet a través de un sencilla búsqueda en Google. El caso se encuentra pendiente en los tribunales de Nueva York, y mientras tanto, el poster original ha sido adquirido por la National Portrait Gallery de Washington.

El artista señala que sólo usó la imagen con fines de transformarla en otra obra cargada de un mensaje distinto y nuevo, y alega la doctrina del *Fair use* en su defensa.

A nadie se le escapa que el caso se ha judicializado por la elevada importancia social y artístico-política del poster y su carácter simbólico, no obstante, de continuar el litigio estimo que a lo sumo Fairey resultaría condenado por una transformación incontestada y no tanto por una *missappropriation*, tomando en cuenta tanto el cambio de género (fotografía v. ilustración), y las significativas modificaciones realizadas sobre la obra original.

Y es que la escasa entidad económica que suelen tener las obras fotográficas y gráficas por sí mismas (ilustraciones impresas o digitales y similares) evitan que a menudo los plagios de este tipo de obras lleguen a los tribunales de justicia, de ahí que sea más bien escasa la jurisprudencia reseñable. El creciente uso e importancia de las páginas web ha cambiado levemente esta realidad, ya que hoy día la página web es la tarjeta de presentación de muchas empresas y negocios, de ahí que se reaccione litigiosamente cuando la misma es plagiada total o parcialmente.<sup>34</sup>

Para terminar este apartado, la conclusión que se puede extraer de la calificación como plagio de imágenes protegidas por los derechos de autor, sometidas a tratamientos y procesamientos digitales, es que en tanto en cuanto la obra plagiaría conserve el carácter personal y la impronta del autor de la original tras las modificaciones que pueda haber hecho, el plagio persistirá, mientras que los actos pasarán a constituir una mera transformación ilícita cuando sea irreconocible o no asociable obra original modificada con su autor, habiendo perdido su caracterización y singularidad.

Semejante criterio implica necesariamente un examen en detalle de las dos obras, pero como decía antes, es aquí más que en otros tipos de obras, donde puede ser más fácil evitar la condena por plagio, en pro de una sanción por transformación ilícita. A pesar de ello, es también en este campo donde vemos con más frecuencia que las imágenes del plagiario se mantienen intactas, de modo que el plagio es en estos casos fácilmente demostrable.

### III.3. En obras musicales

Para Sánchez Arísti, que es probablemente quien mejor domina actualmente en la doctrina española la Propiedad Intelectual en las obras musicales, los factores expresivos de mayor relieve en el ámbito musical son la melodía, la armonía y el ritmo, sin perjuicio como él mismo apunta de que existan obras donde se usan melodí-

<sup>34</sup> Por ejemplo, SAP Barcelona 28.04.08 y SAP Madrid 27.11.2006.

as, armonías y ritmos de gran simplicidad y uso corriente, que por tanto no pueden considerarse originales, siendo esto especialmente predicable, concluye este autor, de géneros como el pop-rock, dance o tecno, donde los giros melódicos y secuencias armónicas son siempre prácticamente idénticas.<sup>35</sup>

Comentando el plagio en materia de obras musicales, nos explica Sánchez Aristi el cambio de tendencia en los criterios de evaluación comparativa, y como en el sistema estadounidense se ha migrado de un criterio puramente cuantitativo<sup>36</sup> a uno más cualitativo, donde la “noción de semejanza sustancial” se combina con el criterio cuantitativo, siendo determinante entonces si la similitud afecta o no a una parte singular o meritoria de la obra originaria. Añade como colofón este autor que *hay que huir particularmente de la valoración comparativa de pequeños fragmentos de ambas piezas, que pueden causar una falsa sensación de copia sustancial por acumulación*

Las nuevas tecnologías como es lógico también han afectado de manera extraordinaria a las obras musicales; las nuevas formas de grabación, almacenamiento, tratamiento e intercambio de archivos que contienen obras musicales han traído un doble efecto para autores, editores y productores, quienes de un lado gozan ahora de herramientas de producción y de nuevas formas de comercialización que ni imaginaron hace apenas diez años, pero al mismo tiempo por todos es conocido el serio problema que supone para el modelo de negocio actual los sistemas de intercambio de archivos con obras protegidas por los derechos de autor.

Desde el punto de vista del plagio, el tratamiento digital de las obras musicales, como sucedía con los textos y las imágenes, ha puesto más fácil el camino para los que desean plagiar, o usar las creaciones ajenas sin permiso ni cita, valiéndose del esfuerzo ajeno y de ciertas aplicaciones informáticas avanzadas para crear con poco o nulo trabajo propio, nuevas obras en apariencia originales.

Estas nuevas técnicas nos plantean también nuevos retos a los juristas y académicos, primero examinando si las normas actuales son suficientes para acomodar y regular en su seno estas nuevas formas de generación y explotación de obras, y en caso negativo procurando la mejor y más adecuada iniciativa legislativa.

Se hace difícil en tan corto espacio, analizar si quiera mínimamente alguno de estos nuevos objetos de estudio que la técnica nos ha dejado encima de la mesa, pero

---

<sup>35</sup> Concluye S. ARISTI sus comentarios adelantando la conclusión que el lector podrá extraer de toda la información y casos que comentamos en este capítulo, cuando dice que “Todas estas observaciones relativas a los factores musicales preponderantes, así como al modo en que el compositor debe elevarse por encima de lo usual o banal para alcanzar un resultado original, deben proyectarse a la hora de examinar si determinada composición musical, constituye o no un plagio de otra, puesto que nada habrá plagiado de otro quien simplemente se limite a incorporar en su obra elementos o segmentos que son de uso corriente y de común utilización en un determinado sector de la creación”. Op. cit. pg. 43.

<sup>36</sup> Explica este autor como inicialmente se tomaba muy en cuenta el número de compases que coincidían en las obras en pugna, llegando a establecerse desde el fallo de *Marks v. Leo Feist* la llamada “regla de los seis compases” según la cual por debajo de este número de coincidencia no existía plagio. Op. cit. pg. 45. Esta creencia se exportó a muchos países, estando aun vigente incluso entre compositores, arreglistas e instrumentistas españoles, que aun creen que “cambiando un compas de cada siete” se “evita” el plagio.

por citar algunos de ellos, a título meramente enunciativo, conviene recordar por ejemplo el difícil tratamiento jurídico los siguientes casos:

- i. Uso y transformación de obras mediante *Remixes* y *mash-ups*.
- ii. Ficheros creados por protocolos MIDI-*Musical Instrument Digital Interface*.
- iii. La explotación de obras en formato de tonos de llamada y de espera o *ring-tones*, *ringbacktones*, así como los “covers” usados con frecuencia en este tipo de productos.
- iv. El uso de obras ajenas sometidas a nuevos tipos de licencia como las *Creative Commons*.<sup>37</sup>
- v. La distribución y comunicación pública a través de redes sociales y webs de encuentro, de interpretaciones musicales hechas por usuarios (karaoke on line y similar).

#### IV. Avances tecnológicos contra el plagio

Muchos de los problemas expuestos en las páginas precedentes siguen constituyendo un serio problema al tiempo que un reto para los legisladores de todo el mundo, quienes, dada la supraterritorialidad de Internet, están además llamados a encontrar soluciones armonizadas y uniformes si quieren que sus iniciativas sean realmente eficaces.

Pero las industrias y profesionales de cada uno de los sectores no pueden esperar a que lleguen las soluciones legislativas, y como en su día sucedió con la protección de los programas de ordenador y su deficiente regulación al quedar sometidos a una disciplina jurídica que no está diseñada para esta clase de creaciones, se van poniendo medidas y barreras de protección de carácter técnico, las cuales ahora han pasado además a ser defendidas y protegidas por el propio legislador en la inmensa mayoría de los países, desde la aprobación de la DMCA en Estados Unidos, que es cuando se decidió sancionar a quien intente retirarlas o evitarlas por cualquier medio.<sup>38</sup>

Aunque en términos generales se denominan muchas de estas medidas como DRM-*Digital Rights Management*, cada tipo de industria ha ido encontrando sus propias formas y técnicas, así por ejemplo, las compañías que dependen de la venta y defensa de derechos sobre textos e imágenes (periódicos, agencias de prensa, agencias de imagen, etc) han optado por usar sistemas de marcas de agua digitales, que se ocultan al ojo humano, pero que están asociadas a software de rastreo y localización (y no sólo en formas digitales sino también impresas) que permiten su detección.

<sup>37</sup> Dentro de la comunidad ‘Creative Commons’ hay un movimiento específico relativo a la música y nuevas formas de uso, se puede encontrar más información en [www.ccmixer.org](http://www.ccmixer.org)

<sup>38</sup> En la Unión Europea la protección vino a través de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

Hay otras medidas más rudimentarias como la simple deshabilitación de herramientas durante navegación en una web determinada, la inclusión de avisos de copyright, o la programación en contenidos e imágenes impidiendo su uso fuera de la web donde se encuentran habilitados (modificación tras extracción).

En materia de plagio, cada día encontramos más aplicaciones y herramientas destinadas por un lado a comprobar si un determinado trabajo es original o no, como a evitar que este sea plagiado.<sup>39</sup>

## V. Conclusión

La conclusión que podemos extraer a esta breve aproximación de la implicación de las nuevas tecnologías en la figura del plagio, es que a pesar de la demora que conllevará el alcanzar una regulación adecuada para estas nuevas conductas, la tecnología se equilibra por sí misma, y avanza, sí, pero en todas las direcciones, por eso es previsible que en un futuro próximo podamos decir que copiar es cada vez más difícil.

---

<sup>39</sup> Por ejemplo los siguientes software: *EVE 2 Easy Verification Engine*, *Turnitin*, *TBLAST* y ya en España es conocido también el programa disponible en internet "Approbo".