

EL PLAGIO EN EL MARCO DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

IGLESIAS RIO, MIGUEL ÁNGEL

Profesor Titular de Derecho Penal (acreditado a Catedrático de Universidad)

SUMARIO:

1. Introducción
2. El bien jurídico protegido. Perspectivas
3. Sujetos de los delitos contra la propiedad intelectual y el autoplagio
4. Las conductas prohibidas
5. El objeto material sobre el que recae la acción prohibida
6. Elementos subjetivos del tipo
 - 6.1. Los delitos contra la propiedad intelectual son delitos dolosos
 - 6.2. Ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto
 - 6.3. Actuar “en perjuicio de tercero”
7. El plagio: parámetros orientativos para discriminar situaciones plagiarias

1. Introducción

El Título XIII del Código penal español engloba los “*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, dedicando la Sección 1ª del Capítulo XI (arts. 270 a 272 CP) a los delitos relativos a la propiedad intelectual, con un tratamiento diferenciado respecto de los que atentan contra la propiedad industrial, fundamentalmente debido a que tutelan un distinto bien jurídico y presentan una específica significación social y económica¹.

Sin duda, desde la pionera Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y la progresiva evolución legislativa cursada con posterioridad hasta el presente, se observa un marcado interés y permanente preocupación en la tutela integral de los derechos de autor, en las múltiples variantes que genera esta compleja problemática de naturaleza interdisciplinar, en la que confluyen aspectos de índole civil, administrativa, penal e internacional.

Ya en nuestro pasado más próximo, la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 tuvo como efecto inmediato la expresa criminalización *ex novo* de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, cuyo alcance ha ido sufriendo numerosas modificaciones, no solo a partir de la entrada en vigor del CP de 1995, sino también en

¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 20ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 420.

ulteriores reformas aprobadas en 2003 y 2010, siendo la última operada por LO 1/2015, de 30 de marzo². Junto a ello, tras la reformulación del RD Legislativo 1/1996 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y, especialmente por la reciente Ley 21/2014, de 4 de noviembre³, se ha contribuido a la adaptación de la normativa vigente entre el orden penal y el civil, pues dada la estrecha vinculación de ambos planos deben actuar en comunicación entre sí. Ello nos permite partir de la autonomía del Derecho penal y del principio de ultima ratio respecto de otras disciplinas jurídicas, reconociendo que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual constituye un cuerpo de obligada remisión para perfilar el alcance de los tipos penales, especialmente por lo que hace referencia a los conceptos normativos necesitados de valoración jurídica que rodean a derechos de autor definidos en aquella normativa.

Precisamente, estas reformas civiles y penales de 2014 y 2015 han sido las de mayor calado en materia de propiedad intelectual, en parte porque el revolucionario avance de las nuevas tecnologías ha consolidado un escenario muy singular, marcado por los procesos de digitalización de obras y difusión por medio de internet⁴, que ha conducido no solo a endurecer las penas, sino también a incorporar una extensa criminalización de conductas susceptibles de cometerse en el ámbito de la prestación de servicios, vinculada a la sociedad de la información y la comunicación. Así, el art. 270 CP tipifica de forma novedosa, entre otros apartados, “el acceso o la localización en internet de

² La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal repercute en una importante exasperación de las penas y en una ampliación de la descripción de las conductas punibles, al tiempo que trata de resolver algunas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. Sobre ello, vid C. GÓMEZ RIVERO “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, F. Muñoz Conde (dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 323 sgs y C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA “Delitos contra la propiedad intelectual”, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (dir. J.L. González Cussac), ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 480 sgs; R. MATA Y MARTÍN *Comentarios prácticos al Código penal*, T. III, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, (dir. M. Gómez Tomillo), ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, comentario al art. 270, págs. 389 sgs; A. GALÁN MUÑOZ “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. G. Quintero Olivares, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, pág. 585-611, esp. págs. 598 sgs.

³ Recuérdense, además, las modificaciones previas en 1998 y posteriores en 2009 con motivo de la incorporación a nuestro Derecho de las *Directivas 96/9/CE, 2001/29/CE* y, sobre todo, de la *Directiva 2001/29/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. De igual modo, se modificó a través de la *Ley 2/2011, de economía sostenible*. Cabe mencionar también la *Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*, así como la *Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*.

⁴ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A., BERGARECHE MENDOZA, N., “Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 17, 2007, págs. 51 sgs. MASSAGER FUENTES, J., “Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales”, *Diario La Ley* n°7800, 17-02-12, pág. 1. También la monografía colectiva “*La propiedad intelectual en la era digital*”, R. MATA Y MARTÍN (dir.), A. JAVATO MARTÍN (coord.), ed. La Ley Actualidad, Valencia 2011.

obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”⁵.

En coherencia con la modificación en 2014 del TRLPI y como una modalidad de “comunicación pública”, también se castiga penalmente ahora la actividad de las “webs de enlaces”, con *links* que recogen información de obras que, una vez pulsados por los usuarios, por su carácter amplificador, les remiten a una red P2P (*Peer to Peer*) permitiendo el acceso, localización o activación de descargas ilícitas desde el ordenador de otro usuario, donde se encuentran alojados o reproducidos dichos contenidos piratas⁶.

Estas conductas prohibidas exigen una intervención “de modo de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico” pero, además, al igual que el resto de modalidades comisivas contempladas en el art. 270-1 CP, ha de concurrir – como veremos- ánimo de obtener un “beneficio económico directo o indirecto” (que normalmente, será por ingresos de publicidad insertada en la página) y “en perjuicio de tercero”⁷. Es decir, tal y como indica la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, se ha

⁵ Sobre ello, vid los autores citados en la nota nº2.

⁶ GÓMEZ RIVERO, “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, págs. 323-349, esp. pág. 347 sgs. Con detenimiento, también, *Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, 21 de diciembre de 2015, esp. págs. 5 sgs y 22 sgs.

⁷ Siguiendo a GALÁN MUÑOZ, no entrarían en el tipo los servicios que se suministran cuyo acceso, incluso no autorizado, no pueda ocasionar un perjuicio patrimonial, como todas las que facilitan la localización de contenidos libremente accesibles o no remunerados; tampoco existirá delito cuando la prestación no esté animada por un enriquecimiento directo o indirecto (por ejemplo, por publicidad o por incremento del número de clientes de pago de otras prestaciones o servicios suministrados por el propio proveedor”, cfr. “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, págs. 599-600. La interpretación de la *Circular FGE 8/2015* también sostiene que “La exigencia de una actuación activa y no neutral ni meramente técnica del prestador de servicios implica el conocimiento efectivo de que las obras o prestaciones que aloja o a las que redirecciona se están ofreciendo irregularmente sin la autorización de los legítimos titulares de derechos. El *conocimiento efectivo*, elemento exigido en los arts. 14 a 17 LSSICE que regulan la responsabilidad penal, civil y administrativa de los prestadores de servicios, ha sido interpretado por una consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que dicho conocimiento puede adquirirse tanto con la notificación de una resolución dictada al efecto por órgano competente para ello como a través de una comunicación expresa del afectado o, incluso, por la mera constancia de la ilicitud cuando sea evidente por sí misma” ... „La mera *subida* de contenidos protegidos efectuada por el *uploader* con la única finalidad de hacer posible su disfrute por otros internautas resultará atípica -salvo que la obtención de los mismos constituya por sí sola un delito- toda vez que la acción del *uploader* no vendrá presidida por el elemento subjetivo que exige el tipo penal”, *Circular FGE 8/2015*, págs. 67 y 68. Por otra parte, deja claro TOMÁS-VALIENTE LANUZA que “no se sanciona la conducta de los usuarios, sino tan solo la de los prestadores de servicios cuya labor facilitadora del acceso o la

de dar un escenario de explotación de los contenidos protegidos que evidencien un alto grado de implicación del prestador, excluyendo la criminalización de las actividades neutras de mera intermediación técnica de los prestadores (por ejemplo, actuación de motor de búsqueda tipo Google), o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros⁸.

En estos casos, el art. 270-3 CP determina que el juez o tribunal ordenará (con carácter preceptivo) la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción y la interrupción de la prestación de portal, así como –potestativamente- la adopción de medidas cautelares que tengan por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual, incluso excepcionalmente el bloqueo del acceso correspondiente⁹.

2. El bien jurídico protegido. Perspectivas

1. La determinación del bien jurídico protegido se alza, como es sabido, en criterio rector de la interpretación del alcance y contenido de los tipos penales, conforme a una interpretación teleológico-valorativa que trata de delimitar selectivamente las conductas que, por su peligrosidad objetiva ex ante, irrumpen en el ámbito de prohibición de la norma y, en su caso, servir de parámetro fundamental para deslindar la frontera –nada nítida- entre el ilícito civil y el penal.

localización de obras persiga –requisito necesario en el ámbito penal- la obtención de un lucro directo o indirecto”, cfr. “Delitos contra la propiedad intelectual”, op.cit. 2015.

⁸ MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 203. Del mismo modo, la *Circular FGE 8/2015*: “La actividad que desarrollan los motores de búsqueda, consistente en rastrear automáticamente la red para indexar, sin previa selección de los mismos, todos los contenidos disponibles con el objetivo de ofrecerlos debidamente ordenados y sistematizados a los internautas constituye, en principio, un claro ejemplo de actuación meramente técnica y neutral, por lo que, aun cuando eventualmente pudieran facilitar el acceso a contenidos irregulares, tal conducta resultaría atípica al no concurrir los elementos exigidos por el tipo penal” (pág. 67).

Por su parte, la Profa. GÓMEZ RIVERO se muestra crítica con la formulación técnica de esta nueva figura, dado que contempla “una serie de requisitos plagados de conceptos indeterminados” y, además, porque “el castigo penal de estas páginas de enlace se independiza de las reglas de la accesoriadad de la participación y permite incriminar a esos partícipes aún cuando no se logre perseguir a los autores principales”, “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, op.cit. pág. 323-349, esp. pág. 347 sgs. También MATA Y MARTÍN *Comentarios ...*, op.cit. 2015, Art. 270, págs. 397-400.

⁹ Con cierta frecuencia, la comisión de estos delitos se sitúa en un ámbito internacional sobre el que se proyectan normas de reconocimiento mutuo y protección de la propiedad intelectual de las creaciones, independientemente del lugar donde hayan sido producidas o se hayan perpetrado violaciones a las mismas. Entre otras consecuencias, el art. 270-5 CP castiga a quienes importen intencionalmente estos productos sin autorización, tanto si tienen su origen lícito como ilícito en su país de procedencia, con una mención especial para la importación si se trata de un Estado de la Unión Europea, siempre que hayan sido adquiridos directamente del titular de los derechos en dicho país, o con su consentimiento.

La literatura penal no se pone de acuerdo en acentuar la perspectiva personal/moral o bien patrimonial/explotación económica. Normalmente, en una u otra intensidad, esta doble perspectiva concurrirá de forma simultánea. Desde luego, se ha de reconocer que el componente moral –el derecho a la paternidad de la obra creada– configurado como un derecho personalísimo, de naturaleza inmaterial, irrenunciable, intransmisible, inembargable, inexpropiable y reconocido a perpetuidad, entraña tal peso que incluso algunos lo sitúan al nivel de un derecho fundamental, reconducible al art. 20-1b) de la Constitución española (CE), relativo al “derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”¹⁰, que encuentra plasmación reforzada en textos internacionales (art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948), lo que permite anticipar una significación de primer orden como recompensa al talento, ingenio, saber y esfuerzo del creador¹¹. Siguiendo esta orientación de otorgar preferencia al papel protagonista que ocupa el autor en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual resuelve la *SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, de 17-5-13*: “El perjuicio patrimonial del verdadero autor puede no producirse, si por ejemplo la nueva obra no llega a tener suficiente éxito, pero la conducta seguiría siendo punible, ya que precisamente esta conducta afecta más bien al derecho moral del autor a exigir que sea reconocido como tal en las obras que se deban a su ingenio”.

2. En cambio, la corriente mayoritaria defiende una posición alternativa especialmente porque, tras la aprobación del CP de 1995, en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el legislador confirió “un carácter netamente patrimonial al injusto penal” de estos delitos¹². El propio *nomen iuris* y su ubicación sistemática como delitos contra la *propiedad* intelectual, es un indicio (aunque no definitivo) para acentuar su relevancia predominantemente patrimonial. En este sentido, y de acuerdo con este planteamiento, el bien jurídico engloba los intereses económicos derivados de los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual, así como de los derechos conexos relativos a las interpretaciones y ejecuciones de la obra, de contenido económicamente evaluable; todo ello compatible, obviamente, con el hecho, por un lado, de que el autor de la obra pueda ceder la explotación económica a favor de un tercero (cesionario) y, por otro lado, de que se trata de un derecho económico limitado temporalmente por los plazos de caducidad fijados en el art. 26 LPI¹³. Esta perspectiva mercantilista queda patente igualmente en el requisito típico del *ánimo de obtener un beneficio económico*

¹⁰ No obstante, la dimensión y significación constitucional del art. 20 CE se reconoce frente a ataques contra la libertad de decisión o de ejecución de la voluntad (por ejemplo, frente a amenazas y coacciones); no está pensando, en cambio, en delitos económicos o patrimoniales. En este sentido, la Constitución no ofrece en dicho precepto citado, ni tampoco en otros vinculados a la propiedad y su función social (arts. 33, 38 y 44-1 CE) pautas interpretativas para determinar el alcance de los delitos contra la propiedad intelectual. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico ...*, op.cit. 2015, pág. 192.

¹¹ Sobre esta idea, vid DEL RÍO LABARTHE, G., ASTOCONDOR VALVERDE, J., “El plagio: delito contra el derecho de autor”, *Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año IX, n°9, Lima 2013*, pág. 330.

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico ...*, op.cit. 2015, pág. 192.

¹³ Regulado, de forma abierta, en los arts. 17 y siguientes y en el art. 43 LPI.

directo o indirecto y actuar *en perjuicio de tercero*, planos ambos que inciden más en el aspecto patrimonial que personal.

Así se ha pronunciado hace tiempo también el Prof. GIMBERNAT ORDEIG al considerar que el interés protegido de forma prioritaria es el derecho de explotación, de manera que una conducta atentatoria solo al derecho moral del autor –el plagio– carece de relevancia penal si no está destinado a la explotación, esto es, al desarrollo de una actividad económica¹⁴. En esta misma línea, piensa igualmente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que “la simple afectación a esta vertiente personal no es condición suficiente para que surja el ilícito penal, puesto que es necesario que concurra además una explotación ilícita de la obra de otro. De ahí que, en realidad, la conducta penal del plagio requiere una acción de reproducción o una de distribución o comunicación pública”¹⁵. Es decir, siguiendo a este autor y a la Profa. GÓMEZ RIVERO, “el plagio penalmente relevante presupone no solo una apropiación sustancial del contenido de la obra original, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, sino además una idoneidad para vulnerar los derechos de explotación de la obra (bien jurídico protegido)”¹⁶. Esta es la tesis que acoge, entre otras resoluciones judiciales, la *SAP Barcelona, sec. 6º, 27-11-10*, al sostener, claramente, que “el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial es común y no es otro que los derechos de explotación en exclusiva que corresponden a su titular”. Y, en el resultado, también viene a coincidir la *SAP Madrid, sec. 7ª, de 9-02-09*, en un caso de plagio de un DVD sin que se haya producido una reproducción y distribución indiscriminada, por lo que no se observa delito ante la mínima repercusión del plagio y ausencia de perjuicio económico objetivable.

3. Finalmente, hay quienes defienden una concepción dualista del bien jurídico, sobre el que se proyectan criterios morales y patrimoniales, considerando que ambos planos, íntimamente vinculados, no funcionan como compartimentos estancos, por lo que se configuran como un solo derecho: el derecho de autor¹⁷. De acuerdo con esta tesis, la expresión propiedad intelectual, pues, se ha de entender en sentido amplio, dado que permite englobar tanto al sujeto creador de la obra (al titular de la misma) como al

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los ilícitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los arts. 13 y 15 del Código penal)”, *Política criminal y reforma penal. Libro Homenaje a la Memoria del Profesor Juan del Rosal*, ed. Edersa, (coord. M. Cobo del Rosal), Madrid 1993, págs. 103-112.

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico...*, op.cit. 2015, pág. 195.

¹⁶ GÓMEZ RIVERO, C., *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 178 sgs. En el mismo sentido, L. RODRÍGUEZ MORO *Tutela penal de la propiedad intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, esp. págs. 135 sgs; MATA Y MARTÍN *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, págs. 389 sgs.

¹⁷ LATORRE LATORRE, V., *Protección penal del derecho de autor*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, págs. 64 y sgs.

propio objeto mismo creado, pero también a los derechos conexos, de posibles terceros intervinientes o ejecutantes e intérpretes¹⁸.

La ubicación sistemática entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico no impide apreciar que en el bien jurídico confluyen derechos de carácter personal y patrimonial. Más aún, la propiedad intelectual se proyecta en una dimensión supraindividual, colectiva, socioeconómica, que trata de preservar un correcto funcionamiento del mercado, con referencia a la relevancia constitucional de protección al acceso a la cultura, a los resultados y avances de la investigación e innovación, a la promoción del progreso científico, del ingenio, e instando a que las creaciones reviertan en la comunidad. Ello obliga a ponderar los intereses del creador y sus cesionarios con las valoraciones histórico-culturales y las necesidades del presente; es decir, un equilibrio razonable entre la posibilidad de acceso y uso sin restricciones y el abuso¹⁹.

La concepción dualista parte de lo dispuesto en el art 2 TRLPI, aceptando que “la propiedad intelectual está integrada por *derechos de carácter personal y patrimonial*, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

Estos derechos derivados, en su caso, de la cesión de la explotación económica de los mismos, son fruto de la posición esencial y central –inalienable e imprescriptible- que se atribuye al autor moral de la obra, de tal modo que cualquier derecho o expectativa de explotación económica derivada de su creación está condicionada a su voluntad o consentimiento²⁰, que actuaría de modo análogo al ejercicio legítimo de un derecho.

En efecto, el ordenamiento jurídico tutela a favor de todo creador de una obra prerrogativas de índole personal-moral (derivadas de su producción intelectual) y económico-patrimonial (autorizar o prohibir la explotación de su creación)²¹. Pero, desde el punto de vista personal concede la paternidad moral al creador; establece tanto límites y controles como un haz de facultades vigentes tras la difusión de la obra creada;

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1990*, pág. 812.

¹⁹ Se desprende una relación dialéctica entre los distintos niveles constitucionales que conforman los arts. 20, 33 y 44 CE. Recuérdese además que los delitos contra la propiedad intelectual, a diferencia de anteriores regulaciones, son ahora delitos perseguibles de oficio, al no exigirse previa interposición de denuncia o querrela por parte del perjudicado (art. 287 CP).

²⁰ Sobre ello, J.M. GÓMEZ BENÍTEZ y G. QUINTERO OLIVARES *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, ed. Civitas, Madrid 1988, pag. 101. Para LATORRE LATORRE “El consentimiento forma parte del acuerdo contractual de cesión y carece de autonomía penal. En estos supuestos, la conducta no solo es penalmente irrelevante, sino que es jurídicamente justa”, *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 298.

²¹ DEL RÍO LABARTHE y ASTOCONDOR VALVERDE “El plagio: delito contra el derecho de autor”, *Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año IX, n°9, Lima 2013*, pág. 329 sgs.

entre otras, el derecho a decidir sobre la reproducción, divulgación, comunicación, la integridad, transformación, modificación o variación o retirar la obra del comercio, o de cualesquiera otras situaciones de naturaleza semejante que encierran simultáneamente un componente patrimonial. Por esta razón, algunos como LATORRE LATORRE entienden que ni siquiera la eventual relevancia penal de una conducta plagaria puede reconducirse únicamente a consideraciones de explotación²². A su juicio, resulta defendible afirmar que, a pesar de la dimensión dualista –moral y patrimonial-, puedan darse supuestos de lesión de un derecho patrimonial sin perjuicio para los derechos morales del autor de la obra y viceversa²³.

3. Sujetos de los delitos contra la propiedad intelectual y el autoplagio

Los delitos contra la propiedad intelectual se configuran como delitos comunes, por lo que en principio y con carácter general, sujeto activo puede ser cualquier persona. La concurrencia de varios intervinientes en el hecho delictivo se regirá por las reglas generales de la participación criminal desarrolladas en materia de codelinuencia, a efectos de diferenciar la responsabilidad del inductor, cooperador necesario o cómplice. También se contempla la responsabilidad de las *personas jurídicas* (art. 31 bis y sgs y art. 288 CP).

Por su parte, el sujeto pasivo será el titular de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios, concretándose el alcance de la titularidad de tales derechos en los arts. 5 a 9 TRLPI.

Un sector doctrinal matiza lo anteriormente indicado al considerar que el creador de la obra no puede ser sujeto activo, porque en los casos de autoplagio no se atenta a los derechos de autor²⁴. MATA Y MARTÍN es rotundo al afirmar que “es necesario en este terreno remitirse a la atribución legal de la autoría de las obras y a la particular delimitación de los derechos de explotación, de manera que quien sea considerado legalmente como autor, no podrá, en principio, resultar autor de un plagio o,

²² LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 66.

²³ MIRÓ LLINARES, F., *La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, ed. Dykinson, Madrid 2003.

²⁴ BALBUENA P.V., “El plagio como ilícito penal”, *Revista Ventana Legal.com* (http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito-htm), 2003, pág. 9; SOTO RODRÍGUEZ, A., “El plagio y su impacto académico y profesional”, *E-Ciencias de la Información*, vol.2, 2012; DEL RÍO LABARTHE y ASTOCONDOR VALVERDE “El plagio: delito contra el derecho de autor”, *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año IX, n°9, Lima 2013, pág. 333; BUGALLO MONTAÑO, B., “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 35, siguiendo a POSNER “el autoplagio debería ser reconocido como una práctica distinta (al plagio) ... y raramente como objetable” (self plagiarism ... should be recognized as a distinct practice adn rarely an objectionable one, pág. 109).

inversamente, el responsable de un plagio no puede nunca ser el autor de la obra de acuerdo a las particulares previsiones legales sobre la titularidad de los derechos”²⁵.

Únicamente, la conducta de autoplagio entrañaría responsabilidad penal si el creador de la obra ha transmitido los derechos económicos a terceros, por lo que actuaría „sin autorización“, de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios²⁶. La *SAP Barcelona 3-6-98* condenó penalmente a unos antiguos trabajadores de una empresa, creadores de un programa de ordenador que comercializaron por su cuenta tras abandonar la empresa. Los plagiadores –autores de la obra- fueron considerados sujetos activos del delito, porque el art. 270 CP protege también a los titulares de derechos económicos. En la misma línea resolvió la *SAP Barcelona 14-2-05*: el acusado –anterior trabajador- fundó su propia compañía desde la que prestó servicios informáticos idénticos a los que venía realizando, con escasas variaciones de forma, comprobándose que el alto número de códigos fuente idénticos no puede deberse a una coincidencia fortuita²⁷.

Al margen de consideraciones éticas que determinadas situaciones de autoplagio puedan merecer, o los eventuales perjuicios al interés general, así como a la imagen y reputación de la institución donde presta sus servicios el autor o a las expectativas particulares de un tercero que detente los derechos patrimoniales, por ser patrocinador o haber cofinanciado la obra, no es muy visible, sin embargo, su relevancia penal²⁸, como sería el caso de que el autor de una obra suya anterior se limitara a cambiar simplemente el título de la misma, permaneciendo inalterado su contenido, o publicar el mismo trabajo sin autorización de los derechos de explotación económica cedidos a terceros o sin mencionar tal dato. Hay quienes reconducen estos casos a la normativa sobre competencia desleal o al campo del Derecho de obligaciones, como un supuesto de incumplimiento civil de contrato y, finalmente, una defraudación a la confianza general de los potenciales adquirentes o consumidores, que tienen el derecho a no ver frustradas sus expectativas²⁹.

²⁵ MATA Y MARTÍN, *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, pág. 394.

²⁶ Lo habitual será la formalización de dicha autorización a través de un contrato de cesión, aunque nada impide otorgar eficacia jurídica a una cesión meramente verbal, siempre que sea expresa RODRÍGUEZ MORO *Tutela penal de la propiedad intelectual*, op.cit. 2012, pág. 357 sgs. y M^a.C. GÓMEZ RIVERO *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales: los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, págs.. 117 sgs. De esta opinión también C. ARCE GÓMEZ “Plagio y derechos de autor”, *Revista El Foro, Colegio de Abogados nº10*, págs.. 63-64; SOTO RODRÍGUEZ “El plagio y su impacto académico y profesional”, *E-Ciencias de la Información*, vol.2, 2012, pág.4.

²⁷ En sede extrapenal, entre las obligaciones del autor, el art. 65-2 TRLPI establece la de “responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que se hubiera cedido”.

²⁸ BALBUENA “El plagio como ilícito penal”, *Revista Ventana Legal.com*, op.cit. 2003, pág. 9 y SOTO RODRÍGUEZ “El plagio y su impacto académico y profesional”, *E-Ciencias de la Información*, vol.2, 2012, pág. 8

²⁹ BALBUENA “El plagio como ilícito penal”, *Revista Ventana Legal.com*, op.cit. 2003, pág. 9.

En cualquier caso, la cláusula legal “sin autorización” (art. 270-1 CP) plantea el alcance del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, que solo puede operar respecto del aspecto económico-patrimonial, de los derechos de explotación en sentido estricto, a través de un permiso específico del autor prestado de forma expresa y fehaciente (ver nota 26). Sin embargo, tal consentimiento no tendrá eficacia jurídica cuando el autor original de la obra vende, cede o permite a un tercero copiar su creación, incluso con la suplantación del nombre del autor, al identificar como tal a una persona que no ha contribuido a la creación de la obra. Tal sería, entre otros supuestos imaginables, los denominados „autores sin firma“ (vulgar o despectivamente conocidos como „negros“); supondría un pacto *contra legem* (art. 1255 Ccivil) por ser contrario al carácter inalienable e irrenunciable del derecho moral de autor³⁰.

Sin embargo, la dificultad de apreciar delito en casos de autoplagio queda de manifiesto en la *SAP Barcelona, sec. 7ª, 28-2-00*, que consideró al querellante y querellado coautores de la obra intelectual por la que pugnaban, por lo que se excluyó el plagio, en un asunto de realización y ejecución de un proyecto urbanístico, que no permitía delimitar o individualizar con exactitud la propiedad estricta de la obra intelectual en lo que cada una de las partes había aportado. En estos supuestos, la cuestión que ha de ser planteada es si cabe que el coautor de la obra pueda ser considerado como autor de un plagio. A priori, estableció el Tribunal, en tales circunstancias, resulta de muy difícil acreditación la realización de un delito contra la propiedad intelectual, siendo que la figura jurídica que entonces concurre es la del tipo penal de la estafa (siempre y cuando se logre probar la existencia previa del engaño al otro coautor de la obra). Sea como fuere, proseguía el Tribunal, no se ha probado que los acusados tuvieran una intención defraudatoria respecto del arquitecto querellante, pero es que además ni tan siquiera se ha probado que hubiere un plagio, por cuanto que no se realizó un segundo proyecto que fuere copia o plagio del primero, sino que tan sólo ha existido un único proyecto arquitectónico en el que han intervenido dos personas, el querellante y previamente el querellado. Partiendo de dichas premisas que han sido debidamente probadas, no podrá hablarse de realización o ejecución de un ilícito penal contra la propiedad intelectual. Porque si ello no fuera así, es decir, si se entendiera que el querellado ha plagiado al querellante, ello nos llevaría por idéntica lógica de planteamiento a cuestionarnos si no habría existido igualmente un delito contra la propiedad intelectual cometido por el propio querellante al obtener éste el visado del Colegio de Arquitectos sobre una obra cuya base inicial había sido desarrollada intelectualmente precisamente por el ahora querellado.”

³⁰ LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 178; BALBUENA “El plagio como ilícito penal”, *Revista Ventana Legal.com*, op.cit. 2003, pág. 9; BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 30; DEL RÍO LABARTHE y ASTOCONDOR VALVERDE “El plagio: delito contra el derecho de autor”, *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año IX, n°9, Lima 2013, pág. 333 “Los derechos de paternidad y de integridad de la obra constituyen facultades morales del autor. Como tales, por su propia naturaleza- al menos en el sistema latino de derecho de autor- no pueden ser objeto de renuncia y de cesión”, pág. 334.

4. Las conductas prohibidas

1. El CP de 1995 abandonó en esta materia la técnica de incriminación de norma penal en blanco, ganando en certeza y seguridad jurídica, aunque resulta obligada la mirada a los arts. 18 y siguientes del TRLPI, como punto de referencia conceptual integrador de los tipos penales.

El art. 270 CP enumera un amplio abanico de modalidades comisivas atentatorias contra el derecho moral y los derechos de explotación derivados de la propiedad intelectual, que castiga con penas de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Tipifica expresamente este precepto, en su apartado 1º, la reproducción, el plagio, la distribución o la comunicación pública o cuando “de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte” la obra creada. Esta última cláusula general introducida en la reforma de 30 de marzo de 2015, alcanza conductas relativas a los casos de webs de enlaces a contenidos protegidos, dado que puede subsumirse entre los atentados a la explotación económica de la obra o prestación. Del mismo modo, y de forma acertada, zanjando una polémica abierta hasta ahora sin acuerdo, la nueva formulación incluye también como delito la “transformación”, al ser una variante de explotación económica no permitida. Antes de la reforma, la transformación no autorizada de una obra era interpretada como una conducta atípica, salvo que supusiera la reproducción de una parte sustancial de la misma, en cuyo caso encajaba en los supuestos de reproducción o plagio. Igualmente, podrían considerarse como transformación punible las falsificaciones de una obra o, alternativamente, de no aceptarse tal calificación, entenderse como supuesto de explotación económica ilícita.

Asimismo, el art. 270 CP recoge una serie de actos preparatorios, previos a la causación efectiva de una lesión a la propiedad intelectual, consistentes en vulnerar determinadas medidas de protección, castigando a quien “fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”.

2. Por otra parte, el CP recoge una serie de modalidades atenuadas y agravadas. Los supuestos privilegiados (art. 270-4 CP) se reconducen a la *comercialización ambulante o meramente ocasional*, así como las que toman en consideración las *características del culpable* y la *reducida cuantía* del beneficio económico obtenido o esperable. Por su

parte, las modalidades agravadas, se enumeran en los cuatro apartados descritos en el art. 271 CP³¹.

a) La “especial trascendencia económica” del beneficio obtenido. Se refiere al beneficio derivado de la difusión comercial de la obra, con independencia de que haya causado perjuicios al autor o al titular de los derechos de explotación de la misma. La jurisprudencia ha concretado que el beneficio obtenido –o que hubiera podido obtener– debe superar los 36.000 euros.

b) La “especial gravedad” de los hechos, atendiendo a la cantidad y valor de los objetos ilícitamente producidos o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. Esta agravación será difícil de cuantificar; en todo caso, parece que la locución “perjuicios” comprende no solo el daño emergente sino también el lucro cesante y, por supuesto, tanto los perjuicios materiales como morales. La referencia al “valor” permite incluir supuestos en los que aún no se ha producido un perjuicio económico efectivo.

c) Pertenencia del culpable a una “organización o asociación”. El concepto de organización criminal está definido, tras una reforma penal de 2010, en el art. 570 bis-1

d) Utilización de “menores de dieciocho años” para cometer el delito.

5. El objeto material sobre el que recae la acción prohibida

El art. 270-1 CP incluye como objeto de tutela una “obra o prestación literaria, artística o científica”³², así como su “transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier otro medio”. La reforma penal de 2015 ha ampliado el ámbito típico al incorporar la “prestación” que comprende las grabaciones audiovisuales, emisiones y transmisiones realizadas por las entidades de radiodifusión; por ejemplo, las transmisiones deportivas a través de páginas que enlazan a grabaciones de partidos que son previamente emitidos en abierto por cadenas extranjeras³³. En cambio, los arts. 10 a 13 TRLPI pormenorizan de forma

³¹ MATA Y MARTÍN, *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, págs. 400-402 y Art. 271, págs. 409 sgs; GALÁN MUÑOZ “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 602 sgs. Véase también *Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015*, esp. págs. 55 sgs

³² La acepción a las obras de carácter científico, como indica QUINTERO OLIVARES, se encuentra a caballo entre la propiedad intelectual e industrial. Según este autor “su pertenencia al ámbito de la propiedad intelectual debe limitarse a las obras literarias de carácter científico en sentido amplio (escritos técnicos de cualquier índole), siempre que conserven los datos de originalidad y personalidad”, reservando las invenciones o los descubrimientos al mundo de la legislación sobre patentes y marcas, dentro del campo de la propiedad industrial, cfr. *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*, op.cit. pág. 11.

³³ GÓMEZ RIVERO “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 323 sgs; TOMÁS-VALIENTE LANUZA “Delitos contra la propiedad

más detallada la órbita del objeto material de tutela, si bien, como entiende la *STS 27-10-15* (casando una sentencia previa de la Audiencia Nacional de 5-3-15), no encierran un *numerus clausus* de objetos protegidos. El TS en dicha sentencia sostiene que “El art. 10 de Ley de propiedad intelectual no es muy preciso y la relación que expresa ha de ser entendida como una relación de *numerus apertus*, abierta a cualquier obra documentada que sea creación del espíritu con un contenido original. En la relación del art. 10 aparecen los libros, folletos, epistolarios, escritos discursos y alocuciones, conferencias de comunicación social, pero es notorio que esos medios contienen artículos de opinión, literarios, etc., en definitiva, creaciones originales, que reflejan opiniones propias de quien las expresa y que tienen su encaje en la propiedad intelectual, por reunir las características que la delimitan”.

En el fondo, estos enunciados de carácter genérico permiten incluir un extenso abanico de posibilidades, siempre que respondan a creaciones personales procedentes del intelecto y del talento de su autor y se hayan plasmado en un soporte material tangible o intangible³⁴.

No obstante, a efectos penales, deberíamos plantearnos manejar una interpretación restrictiva del concepto de “obra o prestación literaria, artística o científica”, exigiendo, además de su originalidad³⁵, una determinada *relevancia*. En este sentido, no merece ni puede concederse protección penal de forma indiscriminada a cualquier clase de obra o creación³⁶. En base al principio de intervención mínima, al carácter subsidiario y

intelectual”, op.cit. 2015, págs. 480 sgs; GALÁN MUÑOZ “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 585 sgs.

³⁴ Existe consenso en orden a que las meras ideas o pensamientos no plasmados o fijados en un determinado soporte no son objeto de protección. Las ideas (contenido) deben estar soportadas por un medio de expresión (continente). Quedan excluidos del ámbito de la protección de la propiedad intelectual las ideas que se plasman en la obra ni el estilo seguido o creado por el autor (*SAP Sta. Cruz de Tenerife, sec 2ª, 17-5-13*). Las ideas en abstracto y las iniciativas empresariales que pueden ser originales en el mercado competitivo, pueden encontrar amparo en las normas sobre competencia desleal (catálogos, estilos, diseños ...). De esta opinión también TEMIÑO CENICEROS, I., *El plagio en el derecho de autor*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, pág. 90.

³⁵ Por razones sistemáticas y con el fin de evitar duplicidades, la cuestión de la “originalidad” de la obra se desarrollará más detenidamente en el apartado VII de este trabajo, al abordar los parámetros orientativos para discriminar las situaciones de plagio.

³⁶ Un debate abierto de esta naturaleza se ha producido con respecto a las páginas web. Un sector doctrinal considera que una página web carece de la dimensión conceptual de „obra“ en sí misma, a los efectos del delito, ya que se ha de considerar más como una forma de comunicar contenidos. En cambio, cabe pensar que hay dos contenidos merecedores de tutela: la existencia de un programa de ordenador y una presentación visual, de ahí que existe una línea jurisprudencial creciente a favor de condenar por plagio en caso de copiar páginas web. Por ejemplo, el art. 14 RD 281/2003 del Registro General de la Propiedad Intelectual permite el registro, como categoría autónoma, de las páginas electrónicas y multimedia.

fragmentario del Derecho penal³⁷, solo aquellas obras que tuvieran algún tipo de relevancia valiosa y mérito creativo podrán merecer una tutela penal en el ámbito de los derechos de autor³⁸. Siguiendo el criterio de la *SAP Madrid de 17-02-05* ha de exigirse un valor intelectual, estético o científico que enriquezca el ámbito social o cultural al que las obras van destinadas, más allá de su utilidad o inutilidad. En este mismo sentido, se ha venido exigiendo "un cierto grado de altura creativa" (así *SAP Madrid*, sec. 28ª de 21-2006; 20-11-2009 y *AP Oviedo de 22- 12-2010*) o, como señala la *SAP Barcelona*, secc. 15ª de 29-9-2005, "esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva".

Somos conscientes por nuestra parte de que el criterio de la altura creativa, el mérito artístico, el carácter valioso en términos axiológicos o culturales de la obra paga el coste de manejar un concepto indefinido y difuso que no aporta seguridad jurídica. Sin embargo, este nivel mínimo de exigencia para atribuir a lo creado la noción de "obra" (en el sentido técnico-jurídico penal estricto que aquí se pretende) permitiría excluir de tal categoría, por ejemplo, un folleto con instrucciones sobre una mampara de baño, o

³⁷ "El artículo 270 del Código penal protege la propiedad intelectual sobre tres manifestaciones concretas, la propiedad intelectual, científica y artística" (*STS 27-10-15*). La misma sentencia indica: "En la interpretación del tipo penal debemos tener en cuenta, en consecuencia, una primera limitación en la aplicación del tipo penal, según resulta del carácter fragmentario del Derecho penal reservando la actuación de este sistema de represión a los ataques más graves al bien jurídico. Por lo tanto, la sentencia debe explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de la acción que supone la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva que la jurisdicción penal". También la *SAP Pontevedra*, sec. 2ª, 21-5-08: „Por otra parte, la tan discutida y discutible, aplicación del principio de intervención mínima en la interpretación de los tipos penales y particularmente de las conductas comprendidas en los términos del artículo 270 CP, es acogida por la reciente *STS 1276/2006* de 20 de diciembre que pronunciándose acerca de que no constituye delito contra la propiedad intelectual la atribución falsa a una persona de una obra artística, expresamente dice en referencia al "plagio" que: "..A falta de otro criterio, la jurisprudencia ha operado atendiendo a las circunstancias concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, teniendo muy en cuenta que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a los derechos inmateriales, quedando reservada la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva. Si este modo de entender la función del Derecho Penal en la tutela de los derechos del autor es referible a todas las conductas relacionadas por el legislador, su importancia es máxima en el tema que nos ocupa en ausencia de otros parámetros más definidos".

³⁸ Por ejemplo, la *SAP Guipúzcoa*, sec. 2ª, de 2-11-11 incluye como obras tuteladas por la propiedad intelectual las joyas y bisutería: "no es posible excluir las joyas y bisutería de su consideración de obra de creación artística"; apreció plagio de cadena de bisutería cuyo factor de originalidad registrado es la forma en la que se ensamblan los objetos previamente conocidos y utilizados en múltiples montajes; se probó el conocimiento de los acusados de la preexistencia de la pulsera específica de la querellante y considera que únicamente la diferencia en el grosor de las cadenas y el ajuste de cierre no es suficiente para eludir la posibilidad de confusión. Esta sentencia estimó determinante "la valoración del informe pericial emitido por la policía, en que se dota de las características de originalidad artística a las obras registradas por la denunciante".

de anuncios por palabras (a diferencia de la discutible interpretación, respectivamente, dada por las SSTs 30-1-96 y 13-05-02)³⁹.

6. Elementos subjetivos del tipo

6.1. Los delitos contra la propiedad intelectual son delitos dolosos

El sujeto debe tener conocimiento de los hechos y voluntad de realización; es decir, obrar con conciencia del carácter ajeno de la obra y saber que carece de derechos sobre la misma, aunque no se conozca quién sea el titular de los derechos que usurpa (*Sentencia Audiencia Nacional 5-3-15*). Es suficiente la comprobación de dolo eventual, bastando, por ejemplo, una actitud de indiferencia ante la utilización de fuentes originales o creaciones sin hacer referencia al autor. La imprudencia es penalmente atípica al no encontrarse expresamente criminalizada (art. 12 CP).

Por otro lado, salvo „hipótesis de laboratorio“ muy excepcionales, apenas existirá margen para la apreciación del error de tipo o de prohibición, respecto de un sujeto que alega, pongamos por caso, que desconocía la obligación de respetar los derechos morales del autor o conductas de distribución o comercialización. En este apartado, y dado que la prueba de cualquier elemento anímico presenta siempre dificultades probatorias, el intérprete deberá acudir a criterios indiciarios, elementos de referencia o pruebas indirectas.

En cambio, el ámbito del Derecho civil trabaja con el principio de responsabilidad objetiva, no exigiéndose una conducta intencional del infractor. Parte de una presunción en contra del acusado, a diferencia de los mayores niveles de exigencia establecidos en el Derecho penal, cuyo presupuesto inicial es el de la presunción de inocencia, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa.

6.2. Ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto

La formulación vigente del art. 270 CP, tras la reforma penal de 2015, ha procedido a suprimir la antigua exigencia de obrar con “ánimo de lucro” (que había generado una amplia discrepancia doctrinal), sustituida ahora por la cláusula de que el sujeto actúe motivado por el “*ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”⁴⁰.

GÓMEZ RIVERO considera que este es uno de los puntos más importantes de la reforma y constituye un cambio de paradigma en la esencia del tipo, que gira ahora en torno a la idea de “explotación económica” ilícita de la obra, lo que obliga

³⁹ Con referencia a estos casos, véase TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 73.

⁴⁰ PUENTE ABA, L.Mª., “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, *Revista Penal*, nº21, 2008, págs. 103-112.

necesariamente a “ceñir el castigo a los supuestos en que la infracción pueda reconducirse al desarrollo de una actividad económica ... equiparable a que el autor actúe con fines comerciales en los delitos contra la propiedad industrial”, dejando fuera a simples usuarios que realicen estas conductas sin actividad comercial⁴¹.

Con anterioridad, bien es cierto que la posición mayoritaria apreciaba ánimo de lucro cuando al sujeto le movía una voluntad de obtener un enriquecimiento, un beneficio patrimonial, equivalente a “lucro comercial”, en el sentido de emprender conductas de explotación comercial de contenido inequívocamente económico. Esta interpretación aportaba un criterio decisivo para clarificar la delimitación entre el ilícito civil y el penal. En esta línea, la *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006*, en consonancia con la *Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo*, presentada por la Comisión con fecha de 12-7-05, asociaba el ánimo de lucro con una interpretación restrictiva de “ánimo comercial” o industrial y realizarla en el marco de una actividad empresarial⁴².

Con este planteamiento, es difícil también en la actualidad mantener, por ejemplo, el carácter delictivo respecto de los videos comunitarios gestionados por los propios vecinos sin que ninguno cobre por el servicio, así como las descargas ilícitas a través de páginas web (aunque sí comete delito quien los sube (*uploading*) o los descarga con ánimo de lucro) o los intercambios gratuitos de archivos -en redes P2P-, de artículos, programas de ordenador o juegos, fruto de un acceso ilegal, dejando de pagar el precio del producto que, desde luego, constituyen un ilícito civil, porque no entran dentro del concepto de copia privada, pero no son delito⁴³, pues los usuarios solo pretenden compartir archivos o información a través de la conexión a la mencionada red P2P, con

⁴¹ GÓMEZ RIVERO “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 343. Siguiéndole MATA Y MARTÍN *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, pág. 392-393; TEMIÑO CENICEROS, I., *El plagio en el derecho de autor*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, pág. 167 sgs. Algunos autores lo ejemplifican afirmando que no es delito plagiar una poesía para conquistar a la amada. El plagio si no sobrepasa la esfera privada es inocuo.

⁴² “En la interpretación del requisito del ánimo de lucro los Sres. Fiscales habrán de tomar en consideración la doctrina sentada al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor dicho elemento intencional ha de entenderse como ánimo de lucro comercial, quedando al margen de la persecución penal aquellos comportamientos que pretenden la *obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial*”, *Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015*, pág. 64.

⁴³ Ahora también, la *Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, págs. 11 sgs. “En consecuencia -indica esta Circular- quedaría excluida de sanción penal la actividad de los meros usuarios que acceden a las obras o prestaciones protegidas de forma irregular, ya que los mismos no llevan a cabo ningún tipo de explotación económica” ...” el Legislador ha optado por dejar *extramuros* al derecho penal las conductas que no lleven consigo un rendimiento económico para el sujeto activo”, pág. 17.

vulneración de los derechos de propiedad intelectual, pero sin pretensión de obtener beneficio económico alguno⁴⁴.

Para estos y otros casos análogos que se mueven en el ámbito de lo que se denomina “piratería doméstica”, sin relevancia penal, la atipicidad se fundamenta en base a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad de la intervención penal⁴⁵. En desarrollo de este planteamiento, ha de entenderse implícito a las exigencias del tipo que la conducta trascienda del entorno personal de quien vulnera los derechos de propiedad intelectual o que se exteriorice y tenga una dimensión pública, lo que normalmente se producirá a través de las modalidades de distribución o comunicación, dado que implican una directa o inmediata puesta a disposición accesible a terceros⁴⁶.

Pero hemos de reconocer que la nueva redacción recientemente dada por el art. 270-1 CP a este apartado puede repercutir también en una ampliación del ámbito del tipo, al incluirse un beneficio no solo “directo”, asociado a la idea de ingreso o ganancia, sino incluso “indirecto”, por ejemplo, el procedente de la publicidad por las webs de enlace⁴⁷.

⁴⁴ En cambio, por eso se castigan los hechos enjuiciados en la *SAP Valencia, sec.2ª, 13-10-11*, en base a que “la distribución y previo plagio de los programas se realizara en establecimiento abierto al público por lo que la distribución no tiene un ámbito reducido, sino muy al contrario se está procediendo a utilizar dichos programas para su exposición y utilización por todos y cada uno de los clientes de la citada mercantil, los cuales utilizan dichos programas previo pago de la tarifa correspondiente”.

⁴⁵ RANDO CASERMEIRO “La piratería doméstica como delito”, *Cuadernos de Política Criminal (CPC) nº107, 2012*, le sigue MARTÍNEZ-BUJÁN *Derecho penal económico ...*, op.cit. 2015, pág. 197. También, la sentencia del *Juzgado de lo Penal de Santander de 1-7-06* sobre un asunto de descargas de contenidos de internet sin pretensiones económicas ni comerciales. “Recientemente, -recoge la *Circular FGE 8/2015*- la STS nº 638/2015, de 27 de octubre recuerda de nuevo la necesidad de reservar *la actuación del Derecho penal a los ataques más graves al bien jurídico, a los más intolerables al régimen de la propiedad intelectual*”, pág. 19.

⁴⁶ GÓMEZ RIVERO “Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 323 sgs TOMÁS-VALIENTE LANUZA “Delitos contra la propiedad intelectual”, op.cit. 2015, págs. 480 sgs; GALÁN MUÑOZ “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 585 sgs; MARTÍNEZ BUJÁN *Derecho penal económico...*, op.cit. 2015, págs. 196-197.

⁴⁷ GALÁN MUÑOZ se refiere a los casos de “webs de internet que permiten a sus usuarios contemplar en streaming, esto es, en tiempo real y sin necesidad de copia, todo tipo de contenidos de propiedad intelectual, sin cobrarles nada por ello, pero que enriquecen a sus administradores o gestores gracias a los pagos que les efectúan las compañías que se anuncian en su web o también los que cometen aquellos que suministran dicho servicio, sin cobrar por la difusión del contenido, pero sí lo hacen por mejorar la calidad o velocidad de la conexión con la que se accede al mismo”, cfr. “La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, op.cit. 2015, pág. 589. Téngase en cuenta, además, que según el *Observatorio de Piratería y Hábitos de consumo de contenidos digitales*, en el primer semestre de 2011 la tasa de piratería en música alcanzó el 98,2%, 74% películas, 50% libros, 62% de videojuegos ... El

En todo caso, y a pesar de todos los esfuerzos hermenéuticos, como indican MARTÍNEZ-BUJÁN y TOMÁS-VALIENTE, la nueva redacción del art. 270 CP no contribuirá a resolver todos los problemas, sino que “subsistirán interrogantes interpretativos, dado que, fuera de los casos de la publicidad, no será tarea sencilla delimitar los supuestos en los que exista una conexión bastante entre la utilización de la obra o prestación y el beneficio proyectado, como para poder afirmar que este se deriva (siquiera indirectamente) de aquella”⁴⁸.

En consecuencia, el ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, con independencia de que efectivamente se consiga, estará presente cuando el sujeto actúe con la pretensión de obtener cualquier ventaja apreciable, tanto de naturaleza tangible o espiritual, como una remuneración, precio o contraprestación o aumentar la fama, reputación artística o científica que desea conseguir el que se apropia o aprovecha sin autorización de la creación ajena, acceder a un diploma, título, grado, oficio, puesto laboral, etc, siempre que de estas situaciones se emprenden en un contexto comercial (algo que resultará discutible cuando se trata del ámbito puramente académico) y se derive un beneficio.

Con carácter general, resulta dudoso subsumir la obtención de un ahorro económico en la acepción legal de “beneficio indirecto” si bien, en determinadas situaciones excepcionales puede que sea conveniente atender a las circunstancias del caso concreto y del *modus operandi*, pero siempre que se produzca en un escenario de explotación o actividad económica. La respuesta ordinaria será que la exigencia adicional, el plus de antijuricidad, que impone la infracción penal la excluya del radio de incriminación y reservarla al ilícito civil.

Con acierto ejemplifica MATA Y MARTÍN que “la referencia al plagio ahora únicamente será punible si persigue fines lucrativos”⁴⁹. Claramente, la *Circular FGE 8/2015* defiende que “En definitiva, el beneficio podrá obtenerse de manera directa o indirecta, pero siempre se referirá a una ganancia o ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante una actividad orientada a esta finalidad” (págs. 19-20).

6.3. Actuar “en perjuicio de tercero”

El requisito de la actuación “*en perjuicio de tercero*” recibe dos interpretaciones doctrinales. Por un lado, hay quienes lo consideran un elemento subjetivo del injusto, en

volumen económico de las descargas ilegales se calcula en unos 5.229,4 millones de euros, citado según Gómez Rivero “Novedades ...”, pág. 327 y 346.

⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico...*, op.cit. 2015, pág. 197 y TOMÁS-VALIENTE “Delitos contra la propiedad intelectual”, op.cit. 2015, págs. 859 sgs.

⁴⁹ MATA Y MARTÍN, *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, pág. 393.

sintonía con los delitos de resultado cortado, siendo suficiente comprobar la intencionalidad del sujeto activo de causar un perjuicio patrimonial a través de alguna de las conductas descritas en el tipo atentatorias contra la propiedad intelectual.

Junto a este planteamiento, también cabe interpretarlo como elemento objetivo del tipo, captado por el dolo, en aquellos supuestos que no requieran la causación de una efectiva lesión, cuya dimensión sería la propia de un delito de peligro hipotético, tras la comprobación de una conducta objetivamente peligrosa ex ante, con capacidad potencial para poner en riesgo el bien jurídico, es decir, que tenga idoneidad material para generar una lesión a los derechos de propiedad intelectual⁵⁰.

Es precisamente el ánimo el que califica la acción en relación al bien que la norma protege⁵¹, operando como sustrato inherente al plagio asociado a una expectativa de naturaleza evaluable en términos económicos. Por eso, aunque la ley no predetermina el alcance de tal potencialidad lesiva relevante, una línea jurisprudencial muy abundante (aunque no uniforme) condiciona la relevancia típica a que los hechos revistan una cierta trascendencia o gravedad cuantitativa, lo que se constatará a través de conductas plagiarias o de reproducción, comunicación o distribución, realmente peligrosas para el bien jurídico, alzándose éste como el aspecto nuclear diferenciador entre ilícito civil y penal, en aplicación –nuevamente- de los principios de intervención mínima, subsidiariedad, insignificancia o bagatela.

Esta interpretación, entendemos, se sitúa en consonancia con el castigo penal del plagio, partiendo de que su finalidad principal es proteger la identidad y paternidad de la obra del autor cuya desestabilización solo se materializa verdaderamente a nivel penal si concurre ánimo de obtener un beneficio propio que pueda llegar a comportar un perjuicio de tercero.

7. El plagio: parámetros orientativos para discriminar situaciones plagiarias

1. La presencia histórica inveterada del plagio se ha visto en el presente desbordada como fenómeno globalizado, intensificando sus perniciosos efectos al mismo ritmo con el que se han universalizado las modernas tecnologías de la información y la comunicación. Ya en 1995 A.S. ALSCHULER y G.S. BLIMLING hablaban de una „epidemia“ y como „plaga“ se refiere BUGALLO MONTAÑO, situando al tiempo R. PONTIAC a internet como „el paraíso del plagio“⁵².

⁵⁰ GOMEZ RIVERO, RODRÍGUEZ MORO, DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, citados por MARTÍNEZ BUJÁN *Derecho penal económico...*, op.cit. 2015, pág. 198.

⁵¹ LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 116.

⁵² A.S. ALSCHULER y G.S. BIMLING “Curbing epidemic cheating through systemic change”, *College Teaching* 43(4), págs. 123-126; R. PONTIAC “Paradise of Plagiarism: The Internet, Copyright, and the

En el ámbito académico, una aportación estadounidense de MCGABE publicada en 2005, estudió durante tres años la generalización de usos ilícitos en los trabajos de investigación, referidos al hecho de parafrasear, introducir párrafos, obras sin citar la fuente y trabajos realizados por otros, llegando a resultados muy negativos. Algunos estudios realizados en las Universidades españolas arrojan también resultados muy preocupantes entre los estudiantes de todos los niveles educativos, que acuden a la técnica del *copy-paste* al considerarlo una práctica extendida entre los compañeros y no tener conciencia de estar actuando indebidamente. Para contrarrestar sus efectos, las Universidades e instituciones han recurrido al empleo de diferentes aplicaciones informáticas que detectan situaciones de plagio; entre ellas, Turnitin (utilizado por más de 10.000 instituciones de más de 120 países y disponible en trece idiomas), Urkund, Compilatio, CopyScape, Strike Plagiarium y Approbo, Plagium, Doc Cop, Dupli Checker o Fair Share⁵³.

La tipificación penal del plagio constituye, claramente, la tutela más decida al derecho moral del autor, a la paternidad o a la integridad de la obra, a su creación o invención. A pesar de su incidencia en numerosos ámbitos y los nocivos perjuicios económicos que provoca, lo primero que llama la atención es la ausencia de toda definición normativa de plagio, por lo que se hace difícil proceder a su delimitación conceptual. Ni el Código penal ni el TRLPI ofrecen una interpretación auténtica; queda así en manos de la doctrina y jurisprudencia interpretar el alcance de esta figura⁵⁴.

El *Diccionario de la RAE* asocia la acción de plagiar al hecho de “copiar en lo substancial obras ajenas, dándolas como propias”. Esta acepción de partida es la que

Mystery of All-Sha'ar Al-Ghuscha”, *Plagiary* 2(4), 2007, págs. 1-5, citados por P. MORALES VALLEJO <http://www.upcomillas.es/personal/peter/otrosdocumentos/TrabajoscasaPlagio.pdf> 2001, pág.2. BUGALLO MONTAÑO, “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, págs. 13-42.

⁵³ Desde 2006, existe una Revista especializada –*Plagiary*– vinculada a la Universidad de Michigan, dedicada al estudio del plagio : <http://www.plagiary.org>. Sobre todo ello, con mayor amplitud en R. COMAS y J. SURERA „El ciberplagi acadèmic: esbrinat- ne les causes per tal d'enllestir les solucions“, *El ciberplagi acadèmic, Digithums n°10*, UOC, coords. Comas y Surera. También en BUGAÑO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 38. Resulta interesante la aportación de P. MORALES VALLEJO y la abundante bibliografía recogida sobre las diversas formas y técnicas de detección y prevención del plagio, así como otras estrategias en el plano educativo y pedagógico (formativo e informativo), así como un modelo sancionatorio suficientemente disuasorio, tendente todo ello en su conjunto a evitar estas prácticas cfr. <http://www.upcomillas.es/personal/peter/otrosdocumentos/TrabajoscasaPlagio.pdf> 2001.

⁵⁴ Tampoco aparece el *nomen iuris* ni una noción material de plagio en el Convenio de Berna para la protección de la propiedad literaria y artística de 9-IX-1886, ni en la Convención Universal sobre Derechos de autor, adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 (revisada en París el 24 de julio de 1971). En el Convenio de Berna, únicamente el art. 6 bis, en relación con los derechos morales, se refiere al “derecho de reivindicación de la paternidad de la obra, así como oponerse a algunas modificaciones de la obra y otros atentados a la misma”, cit. BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, págs. 22-23.

desarrollan las conocidas sentencias de la Sala segunda del *TS 26-11-03* y *20-12-2006*, al decir que el plagio "... 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 ... Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardidés que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno"⁵⁵.

La doctrina, en términos muy próximos a la jurisprudencia, es coincidente en identificar el plagio como la lesión directa de los derechos morales del creador de la obra, dado que implica la apropiación del trabajo intelectual ajeno y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual de otro, ocultando y disfrazando al autor del original, apoderándose de la misma y haciéndose pasar como propia, vulnerando un derecho reservado por la ley al autor o a sus causahabientes⁵⁶. Así pues, en cuanto que "constituye -en palabras de MUÑOZ CONDE- la negación de la autoría de la obra", es el máximo exponente de ataque al derecho de autor⁵⁷.

En efecto, se trata de una conducta que entraña una singularidad específica respecto a los demás comportamientos prohibidos relativos a la explotación de los derechos económicos, concebidos con un carácter más genérico en el art. 270-1 CP, como la reproducción, distribución, comunicación pública, etc. Comparativamente, el plagio constituye una conducta valorativamente más grave, lo que merecería mayor pena, porque en muchas ocasiones la lesión a este derecho moral del creador puede llegar a tener incluso una importancia superior a la de los derechos patrimoniales que de aquella se derivan. Bien es cierto, como hemos apuntado con anterioridad, que en la mayoría de los casos, especialmente los que se judicializan, confluirá simultáneamente el interés de salvaguardar la paternidad de la obra junto con intereses económicos lesionados.

En todo caso, a pesar de que cualquier aproximación doctrinal y jurisprudencial no esté en disposición de contribuir definitivamente a delimitar el perímetro de la conducta prohibida, sin embargo, permiten destacar dos aspectos característicos que acompañan a las situaciones de plagio. De un lado, (1) *la apropiación total o de determinados aspectos parciales* de una creación ajena o de obras colectivas, normalmente

⁵⁵ También la *SAP Santa Cruz de Tenerife*, sec. 2ª, 17-5-13.

⁵⁶ Vid por todos LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, págs. 202 sgs, con referencias, entre otros, a RODRÍGUEZ DEVESA, QUERALT JIMÉNEZ y BAJO FERNÁNDEZ; DELGADO PORRAS, A., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, ed. Civitas, Madrid 1988, págs. 116-117; MIRÓ LLINARES *La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, op.cit. 2003, págs. 125 sgs.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE *Derecho Penal. Parte especial*, 20ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 423; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ed Aranzadi, 6ª ed, Pamplona 2007, pág. 775. Siguiéndole, DEL RÍO LABARTHE y ASTOCONDOR VALVERDE "El plagio: delito contra el derecho de autor", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año IX, nº9, Lima 2013, págs. 329- 336.

combinados con otros apartados de creación propia y, de otro lado, (2) *fingir ser el creador original de la obra finalmente resultante*, que puede ser distinta de la original (en caso de plagio parcial) pero que el sujeto se atribuye en exclusiva la totalidad de los contenidos de la misma. No se precisa, pues, una identidad absoluta con el original ya que el plagio no tiene por qué constituir una copia en el sentido estricto contemplado en el art. 18 LPI⁵⁸. De acuerdo con estos dos baremos, se reconoce, con razón, que el plagio verdaderamente no provoca un daño al objeto mismo, dado que, en lo esencial, permanece intacto el contenido o significación de la obra original creada que posteriormente es plagiada, sino que el verdadero perjuicio se causa al genuino y primer autor que queda oculto y silenciado en la obra ilícita. Así pues, puede darse una situación de copia por imitación (plagio en sentido estricto) o copia por usurpación suplantando o anulando la autenticidad de la autoría intelectual⁵⁹.

Pero ha de insistirse en lo ya anticipado en páginas anteriores, el delito de plagio exigirá, como indica MATA Y MARTÍN, una conducta de “exteriorización como propia de una obra que posea similares características a la original, ahora supeditada la relevancia penal a la necesaria explotación económica de la obra”⁶⁰.

Con apoyo en la doctrina alemana, distingue BUGALLO MONTAÑO tres niveles componentes de la obra útiles para la apreciación del plagio. (1) La „esencia“ (*Stoff o Inhalt*) que sería el contenido de las ideas, imágenes y conceptos elaborados por el autor; en esta fase no puede plantearse el plagio. (2) La „forma interna“ (*innere Form o Formgebung*) y (3) la „forma o realidad exterior“ (*äusserliche Form*) por la que se pone de manifiesto la sustancia interna como resultado de la elaboración del autor⁶¹.

2.

Ante la inexistencia de parámetros concretos preestablecidos legalmente, nuevamente se debe a la labor doctrinal y jurisprudencial la elaboración de un catálogo –no cerrado- de criterios orientativos que ayuden a descubrir los supuestos de plagio, aunque realmente asumimos que nos adentramos en un territorio poco firme para marcar los límites fronterizos entre lo permitido y lo no permitido y, más aún, entre lo penalmente relevante y atípico.

⁵⁸ La *SAP Sta. Cruz de Tenerife 17-5-13* reconoce que “esta actividad infractora tiene diversos grados, que pueden ir desde la mera transposición a la obra propia, de una frase o idea contenida en la obra de otro autor, sin invocación de su identidad, hasta la apropiación íntegra de una obra ajena, haciéndola aparecer como propia”.

⁵⁹ LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 206 considera entidades diferentes la usurpación y el plagio.

⁶⁰ MATA Y MARTÍN *Comentarios ...*, Art. 270, op.cit. 2015, pág. 394.

⁶¹ BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, págs. 19-20.

1º En primer lugar, se alza el criterio de la “*identidad sustancial*”, al que se llega a través de un cotejo o comparación de las dos obras o creaciones en conflicto.

Aunque aparentemente pueda parecerlo, no siempre resulta sencillo reconocer cuándo una obra ha sido efectivamente y en grado suficiente plagiada. Así sucede, por ejemplo, en los denominados casos de “plagio culto” o “plagio inteligente”⁶².

Naturalmente, la lesión a la propiedad intelectual será muy visible y apenas existirán problemas probatorios en los denominados supuestos de “copia servil”, dado que a partir de una simple contrastación, se evidencia de forma patente una coincidencia e identidad entre ambas, ante la completa usurpación de la obra ajena y completa ocultación del verdadero autor⁶³.

Cuando el plagio no resulta tan manifiesto será razonable solicitar el dictamen técnico de peritos o informes de expertos⁶⁴. Incluso la *SAP Salamanca, sec. 1ª, 7-11-11* se pronuncia de forma más tajante aún cuando afirma que “la noción de plagio implica siempre un juicio de valor que precisa de prueba pericial”. Entiende así que “En una cuestión tan técnica como la que nos ocupa, como es la de deducir el plagio de una obra intelectual, que no se trata de una novela, sino de un proyecto de urbanización, es difícil que los jueces puedan hacer el cotejo debido y sacar una conclusión al respecto, sin la ayuda de una prueba pericial determinante que afirme categóricamente la identidad de los proyectos, el efectuado y el que se dice plagiado. Por ello extraña que no exista una prueba de tales características, que se trate de dejar ello a la comprensión intelectual de los jueces”.

Sin embargo, como sabemos, a pesar de la importancia instrumental para el juzgador, los dictámenes carecen de fuerza vinculante para el Tribunal y siempre están aquejados

⁶² Vid. BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, nº44, 2013, pág. 30 con referencia a otros autores (Mendieta, Núñez y Antequera), respecto del plagiario “culto”, entendido como “la simulación de la sabiduría, de la erudición, es también legalmente favorecida porque es fácil robarse citas, halladas en un libro o en un artículo para hacer creer al lector que se ha consultado directamente la obra a la que pertenece la cita”. Mientras que el “plagio *inteligente*” serían “las manipulaciones complejas que en muchos casos hace el plagiario para dificultar la detección del ilícito”.

⁶³ Se apreció en el asunto enjuiciado por la *SAP Toledo sec.1ª, 7-11-14* relativa al plagio del que fue objeto una ponencia sobre “criterios para reducir el impacto ambiental asociado a la urbanización encargada, dentro de un Programa de formación ambiental del Ministerio de Medio Ambiente y publicada después en el nº14 de “La Biblioteca de ciudades para un futuro más sostenible”. El acusado, “con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, y sin permiso del autor, reprodujo casi literalmente aquella ponencia del año 2000 (18.381 caracteres en idéntico orden y secuencia de los 19.153 de la obra original, así como dos gráficos de la misma), percibiendo por tal trabajo la cantidad de 18.180 euros del Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, sin que ni el citado Colegio ni la Federación tuvieran conocimiento del referido plagio”.

⁶⁴ BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, nº44, 2013,31.

de una cierta dosis de relatividad. Así, se lee en la *SAP Guipúzcoa, sec.6ª, 7-11-14*, al concluir que “no se comparte la valoración, a priori, de que determinados informes, por la entidad o persona que los emite, gocen de una presunción de veracidad, certeza o fuerza superior a otros”.

En todo caso, aun reconociendo la aportación esclarecedora de los informes o dictámenes, en la inmensa mayoría de los casos, presentan imposibilidad de tener en cuenta la figuración del autor y el proceso creativo de la obra, algo que sería de gran interés en la toma final de la decisión. Hay quienes también apuntan a la posibilidad de practicar lo que denominan “test de la audiencia”, recabando la opinión de los colectivos sociales a los que la obra va dirigida, aunque probablemente estos adolecerán de un carácter más subjetivo que el que desprenden los juicios de los peritos⁶⁵.

2º En segundo lugar, se ha de atender a la dimensión de “*la originalidad*” de la obra.

2.1 En efecto, superado el primer filtro de la relevancia, de aportar algo meritorio por el carácter valioso de la obra (requisito general previo que defendíamos en el apartado V), esta debe responder a la nota de originalidad, fruto de la creación propia de su autor. Esta noción –la originalidad– también puede ser sometida a un examen graduable, especialmente dependiendo del ámbito al que pertenezca la creación. Existe una intercorrelación entre el grado de originalidad y la necesidad y merecimiento de protección jurídica: a mayor nivel de originalidad (por la novedad, tipo o complejidad de la materia ...) mayor tutela legal y, sensu contrario, a mayor simpleza o banalidad menor protección tutela jurídica se otorgará⁶⁶.

Con todo, y a pesar de que la originalidad de la obra y su aportación al mundo del conocimiento sea uno de los ejes centrales sobre los que debería descansar la protección penal de la propiedad intelectual, no es menos cierto que se trata de un planteamiento abierto a la discusión que no goza de consenso.

Al igual que hemos ido defendiendo a lo largo de las páginas anteriores, en la mayoría de las hipótesis no será fácil visualizar claramente el plagio y, teniendo en cuenta su carácter gradual en función de su diferente intensidad de manifestación, no será valorativamente apreciable en todos los casos, incluso después de analizar tanto aspectos de extensión cuantitativa como de orden cualitativo, de tal manera que no es suficiente para el plagio la comprobación de que estamos ante una simple coincidencia o una cierta influencia de temas, sino que la semejanza se refleje a lo largo de la estructura, organización, exposición, temas, argumentos, personajes, estilos, diseños, escenas, contexto, descripciones, minuciosidad, materiales, resultados, conclusiones etc.

En cualquier caso, la relevancia penal del plagio exige la comprobación de coincidencias estructurales básicas, esenciales e inequívocamente manifiestas que hagan

⁶⁵ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 79 y 142.

⁶⁶ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 76 y 137.

que la obra sea individualizable, siendo insuficientes las semejanzas que tengan un carácter meramente secundario, accesorio y marginal⁶⁷. Precisamente, esta afectación del plagio al ámbito nuclear de una creación (sumado a los restantes requisitos subjetivos indicados en el apartado VI: ánimo de obtener beneficio económico y actuar en perjuicio de tercero) otorga la verdadera relevancia y gravedad penal al ataque contra la propiedad intelectual y es lo que, de acuerdo con una interpretación restrictiva, permite conciliar la tutela penal con el principio de ultima ratio, reservando a los ilícitos civiles los casos de plagio que recaen sobre elementos menores o secundarios.

También existe unanimidad, en el hecho de que han de cotejarse y analizarse las coincidencias o paralelismos, no las diferencias entre las obras⁶⁸. El criterio de la originalidad afecta “en cuanto a la individualidad de la creación y no a lo novedoso, pues se exige que el producto creativo por sus formas de expresión tenga sus propias características para distinguirlo de cualquier otra del mismo género”⁶⁹.

La *SAP Sta. Cruz de Tenerife, sec. 2ª, 17-5-13*, con referencia a una abundante jurisprudencia, sostiene que “El requisito de la originalidad de que trata la norma ha sido interpretado por nuestro TS en su concepción objetiva en cuanto que creación novedosa dotada de especificidad o singularidad y así la STS 24 junio 2004 (RJ 2004, 4318) señala que la originalidad no solo "consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador" sino que a renglón seguido añade la exigencia de que "esa originalidad tenga una relevancia mínima".

La nota de originalidad únicamente concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el destinatario, lo que, por un lado, ha de

⁶⁷ *SAP Madrid, sec.23ª,4-6-03*, siguiendo la doctrina emanada de “la sala 1ª del Tribunal Supremo en la [sentencia de 28-01-1995 \(RJ 1995, 387\)](#) afirmaba que "el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales...". Esta sentencia analiza una demanda planteada por un arquitecto que consideraba plagiado su proyecto arquitectónico para la construcción de viviendas de protección oficial. El Tribunal Supremo considera difícil la demostración del plagio, máxime cuando los proyectos están sometidos a "reglas y limitaciones oficiales impuestas". Así lo reconocieron también algunos de los peritos llamados, que apreciaron en sus informes diferencias entre ambos proyectos.

En la misma línea, *SAP Tenerife 17-5-13*, con referencias a las SSTS 17-10-97 y 23-3-99.

⁶⁸ BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 32, siguiendo también a la doctrina latinoamericana, Grompone y Antequera.

⁶⁹ DEL RÍO LABARTHE y ASOTOCONDOR VALVERDE “El plagio: delito contra el derecho de autor”, *Anuario Andino de Derechos intelectuales*, Año IX, n°9, Lima 2013, pág. 3. En el mismo sentido, C. ARCE GÓMEZ “Plagio y derechos de autor”, *Revista El Foro, Colegio de Abogados n°10*, pág. 62.

llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad". En el caso de que la originalidad no llegue a alcanzar un grado de relevancia significativo nos encontraremos ante una obra menor -lo que la doctrina alemana ha denominado "moneda pequeña" o "calderilla" (*kleine Münze*)- sin que el autor pueda en tales casos reclamar la tutela judicial de su obra. Y es que, debe recordarse que, el plagio consiste en la copia fraudulenta de una obra, con ocultación de su verdadero autor".

2.2 El reconocimiento del carácter original de la obra (o, por el contrario, la existencia de plagio) no depende de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. No atribuye efecto jurídico alguno sobre la originalidad pionera o no de la obra inscrita, puesto que los derechos –morales y patrimoniales- derivados de una obra no se derivan del asiento registral sino de la paternidad de la creación o invención; la inscripción es un acto meramente voluntario y con carácter únicamente probatorio, que acredita fehacientemente la autoría, las características generales de la obra y el momento en el que ha sido inscrita y, evidentemente, con ello se refuerza la protección de la obra frente a eventuales usurpaciones de terceros. En definitiva, siguiendo a QUINTERO OLIVARES, “formalmente, una obra plagiada puede ser inscrita por el plagiario sin que por ello el creador pierda la posibilidad de defender sus derechos ante los tribunales, aunque pueda ser más pesada la carga de la prueba”⁷⁰.

2.3 Pero, se ha de tener en cuenta, como factor muy determinante para analizar una eventual existencia de plagio, que el alcance y grado de originalidad está sometido a un criterio de relatividad en función del “*tipo o naturaleza de la obra*”, el género, ámbito o sector, según pertenezca al mundo creativo de las artes y humanidades, ciencias sociales y jurídicas, ingeniería⁷¹ o informática, etc⁷². Naturalmente, existen ámbitos en los que,

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*, op.cit. pág. 12.

⁷¹ En relación a los planos, proyectos, maquetas, diseños, ejecución de obras arquitectónicas, de ingeniería (art. 10 TRLPI), la jurisprudencia ha apreciado, con frecuencia, casos penales de plagio, si existen coincidencias estructurales y analizando el carácter original de las obras tanto con respecto a los elementos estéticos, artísticos o creativos del conjunto de la obra como a los aspectos técnicos, funcionales, etc. La *SAP Toledo sec 2ª 12-5-05* estimó que, tras examinar los planos adjuntos con la querrela y visitar las construcciones de viviendas unifamiliares, el perito dictaminó que examinados y comparados los proyectos de viviendas de tres dormitorios, «son coincidentes tanto en su distribución como en las superficies útiles, y los alzados o fachadas son coincidentes, tanto en disposición de huecos como en acabados y materiales». Respecto a las viviendas de cuatro dormitorios, «en su planta y cotas se observan una gran similitud, aunque con ligeras modificaciones (distribución de aseo y cocina en planta baja y terraza en planta alta) siendo la distribución y superficie útil sustancialmente similares con alguna pequeña variación; los alzados y fachadas presentan gran similitud tanto en disposición de huecos como en acabados y materiales, si bien las diferencias introducidas en las plantas también se reflejan en estas». Y concluye que «ambos expedientes se asemejan

por su propia índole puede apreciarse una coincidencia creativa sin que necesaria ni automáticamente pueda hablarse de plagio⁷³; esta situación puede darse, por ejemplo, en el tratamiento de materias generales de carácter didáctico, que suelen abordar temas idénticos, con una distribución y forma de análisis muy parecida.

La opinión dominante impone mayores exigencias en el nivel de originalidad en obras escritas con respecto, por ejemplo, a las creaciones musicales⁷⁴, así como menor margen de originalidad resulta esperable en espacios dedicados a la geografía, topografía, arquitectura, aunque ha de reconocerse con TEMIÑO CENICEROS que también dependerá del mayor o menor grado de libertad creativa con el que cuente el autor⁷⁵.

abiertamente, respondiendo a una misma idea o concepto de lo proyectado”. Vid sobre este ámbito TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 367 sgs.

⁷² En el campo relacionado con la informática, no es visible una línea de interpretación clara y uniforme, ni tampoco asumible de forma pacífica. Aprecia plagio la *SAP Cádiz 19-1-07*, dadas las coincidencias de pantallas, similares opciones con idéntica estructura y progresión del sistema programado; atribuye protección a los interfaces gráficos de usuarios de programas de ordenador, por tratarse de elementos sobre los que recae el mayor nivel de originalidad de un programa informático, porque se ve el modo en que interactúan el usuario y el programa, usando como medio el hardware. Por el contrario, y adoptando un planteamiento muy discutible, las *SAP Sevilla 13-3-13* y *SAP Vizcaya 1-11-11* consideran que no hay plagio si el programa no aporta alguna novedad creativa, otras operaciones o prestaciones inexistentes hasta el momento derivados de una actividad intelectual del autor.

⁷³ En este sentido, la *SAP Las Palmas, sec.2ª, 20-3-02* reconoce que “depende de la clase de obra plagiada, pues es más difícil la apreciación del plagio de una obra plástica ... que de una obra literaria o musical”.

⁷⁴ En las obras musicales el plagio exigirá la “copia sustancial de la correspondiente partitura”, siendo insuficiente que una obra esté inspirada en otra, o que introduzca un fragmento a modo de recuerdo de otra, o que siga características de ritmos o tonos de uso no exclusivo de otra obra, o que se trate de una simple versión en la interpretación o ejecución. En este campo, no es equiparable jurídicamente la creación original con su interpretación, salvo que se trate de una situación que el Prof. G. Quintero Olivares denomina “plagio de interpretación” que puede llevar a engaño al posible consumidor de una obra haciéndole creer que adquiere una interpretación de un determinado personaje cuando realmente no es así. cfr. QUINTERO OLIVARES *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*, op.cit. págs. 12-13. Con respecto a los „formatos“ (televisivos, radiofónicos, temas de ocio ...) la doctrina observa una laguna normativa en materia de propiedad intelectual; la posición dominante reconduce los eventuales conflictos a la regulación del secreto industrial y a la competencia desleal. Cfr. TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 336 sgs.

⁷⁵ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 137. Por ejemplo, la *SAP Las Palmas, sec. 2ª, 20-3-02* estimó que no se aprecia delito de plagio en la elaboración de un mapa tomando como base otros mapas entre los que podría encontrarse el de la sociedad perjudicada.

La semejanza de un método, “estilo”, “tendencia” o imitación de la “elocuencia” (en el ámbito de la moda, ropa, joyería, ...) sí pueden responder a un acto creativo merecedor de protección⁷⁶.

2.4 Al igual que existe unanimidad en excluir el carácter de originalidad creativa -y, por tanto, no gozan de la tutela del derecho de autor- a los conceptos matemáticos, los métodos operacionales y de cálculo, así como las ecuaciones y figuras análogas⁷⁷, también quedan fuera del ámbito del plagio los saberes, descubrimientos o conocimientos que en el presente no constituyen una nueva invención o creación en sentido estricto, por pertenecer a lo que se identifica como parte del “*acervo cultural común de la respectiva ciencia o metodología compartida*” entre la doctrina dentro del ámbito específico que venga en consideración.

Los contenidos de este bagaje común se encuentran accesibles a toda la ciudadanía y constituyen un patrimonio universal de dominio público, que puede ser utilizado sin los habituales límites impuestos por la normativa sobre derechos de propiedad intelectual⁷⁸. Así se viene entendiendo de forma reiterada en una línea de investigación jurisprudencial homogénea⁷⁹.

⁷⁶ En cambio, BUGALLO MONTAÑO piensa que “La inspiración” se sostiene en ideas que se exteriorizan en una obra. Por ello, tomar ideas, por inspirarse no es un plagio, ni ningún otro tipo de ilicitud”, cfr. “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n^o44, 2013, pág. 35.

⁷⁷ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 280.

⁷⁸ Precisamente, la STS 9-6-08 distingue entre una “delimitación positiva” y otra “delimitación negativa” de lo que debe entenderse por plagio. De dicha doctrina cabe destacar que frente a la delimitación positiva de lo que debe entenderse por plagio, “copia en lo sustancial de una obra ajena” o “coincidencias estructurales básicas y fundamentales”, existe otra delimitación negativa, explicitando la misma los casos en que no existe plagio: de una parte, por no haber confusión “con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos” y, de otra, porque el contenido de las obras “está anticipado y al alcance de todos (STS 17-10-1997), y cuyo fundamento radica en que en tales supuestos, el contenido respecto de lo que se denuncia la identidad falta “creatividad y originalidad”. También, SSTS 20-02-92; 26-10-92; 17-10-97, que recoge la SAP Sta. Cruz de Tenerife, sec.2^a, 17-05-13.

⁷⁹ Vid por todas, la SAP Sta. Cruz de Tenerife, sec. 2^a, de 17-05-13, con referencia a las SSTS 17-10-97, 23-3-99, 26-11-03 y 25-1-10, “no produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior”. En el caso enjuiciado, según se hace constar en la sentencia impugnada, “los pasajes reproducidos de manera literal no contienen sino una mera recopilación histórica de datos, citándose por otra parte en todo momento la fuente y el autor. Valorando así los testimonios aportados en el plenario, se concluye que el texto objeto de réplica literal e integral no contiene innovación alguna, no aportando descubrimiento alguno ni reflejando datos que no fueren conocidos y

A estas situaciones ha de asimilarse el tratamiento que merecen los supuestos de “*hecho notorio*”, en relación con la utilización –incluso sin cita- de un pasaje clásico ajeno que, por ser conocido por todos, es obvio que el autor que lo transcribe no actúa con intención penal de plagiarlo ni de usurpar su verdadera paternidad ocultando la de su creador⁸⁰.

“En todo caso, piensa BUGALLO MONTAÑO, deberá tenerse en cuenta un doble aspecto: que la obra es un bien que se ofrece al conocimiento y utilización de la comunidad, así como que se trata del fruto de la actividad creativa personal del autor”⁸¹.

3º En tercer lugar, otro elemento para detectar el plagio es esclarecer “*el proceso originario en el que se ha ido gestando la creación de la obra*”. Entre nosotros, LATORRE, siguiendo a la doctrina alemana, apela a la figuración íntima o representación imaginaria (*imaginäres Bild*) entre el autor y la obra⁸².

De acuerdo con este criterio, un juicio certero para la apreciación de plagio debe atender al iter creativo que une la creación con su autor, esto es, no solo al resultado final corporeizado en la obra definitiva “sino también a la confluencia global mágica de lo imaginativo y de la inteligencia”, que es expresión de la personalidad del autor y que se proyecta desde la génesis y avance secuencial del proceso creativo, las fuentes utilizadas, el formato adoptado, etc, que los alemanes concretan con el término “*recognoscibilidad*”⁸³. El TS alemán (BGH) aprecia la existencia de plagio cuando las huellas y singularidades creativas del autor de la obra original previa no se han desvanecido ni apagado en la nueva posterior, careciendo ésta por ello de esa individualidad novedosa con respecto a la anterior. Y esa carencia ha de ser inmediatamente reconocible (recognoscibilidad), siendo insuficiente una mera sensación⁸⁴.

formase parte por tanto del acervo científico. Tal circunstancia, unida a la no ocultación de la procedencia de las fuentes obtenidas, impide considerar como plagio de obra científica la incorporación al informe de tales pasajes del proyecto de fin de carrera”.

⁸⁰ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 94 sgs.

⁸¹ BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 31, citando a Algardi “La tutela ...”, pág. 418. El art. 41 TRLPI permite la utilización de obras de dominio público siempre que, por supuesto, se respete la autoría e integridad de la obra. Igualmente, es libre el acceso respecto de las obras con licencia *creative commons*, debiendo el usuario observar únicamente el criterio general derivado del derecho a la autoría moral del creador. También TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 187 sgs.

⁸² LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, págs.. 213-214.

⁸³ LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, págs. 213-214; también TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 123 y 131.

⁸⁴ La jurisprudencia italiana utiliza el término *plagio transversal*, como sería el plagio de una fotografía muy famosa a través de un cuadro pintado, al entender que la copia era „instantáneamente reconocible“,

4º El cuarto criterio para el juzgador, relacionado en parte con el anterior, pasa por la comprobación de si el autor del plagio manejó o tuvo „*acceso o conocimiento previo de la obra*“⁸⁵; es el „test o prueba del acceso“ que, sin embargo, no puede alcanzar un valor determinante⁸⁶.

4.1 Este parámetro de análisis podrá servir para valorar las situaciones denominadas como „intertextualización“ (insertar uno o varios textos ajenos en uno propio), facilitado hoy en día por el enorme caudal de información existente en las redes y que favorece la usurpación subrepticia a través de mecánicas operaciones de corta-pega.

Existirá plagio, por tanto, cuando se reelaboran fragmentos importantes, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, combinando pasajes de obras ajenas (*patchworking*), intercalando contenidos de terceros o sustituyendo intermitentemente determinadas palabras o expresiones de cosecha propia⁸⁷.

En este mismo contexto, se discute si constituyen plagio los supuestos de aprovechamiento ajeno de aportaciones anteriores de investigaciones o creaciones, consistente en la búsqueda, localización, descubrimiento de fuentes o datos que sirven para desarrollar, fundamentar o razonar resultados o conclusiones, cuando el autor de la obra posterior no menciona en absoluto esas lecturas, esfuerzos, fuentes originarias que ha encontrado citadas en la obra que ha manejado. Aunque la delimitación tampoco aquí resulta sencilla, la jurisprudencia es reacia a la hora de calificar estos hechos de ausencia de cita como plagio delictivo, así como el supuesto contrario, de extralimitación abusiva del derecho de cita⁸⁸. Tal ha sido la resolución de la *SAP Barcelona 29-11-11* que absuelve a la autora de una Tesis doctoral demandada por plagio, aunque el Tribunal reconoce su „falta de honradez intelectual“, ya que se observó „la toma de referencias e ideas, constante a lo largo de toda la obra“⁸⁹. En este punto, interesa el derecho y el deber de cita, dado el elevado grado de repercusión que despliega a la hora de valorar los índices de impacto, el prestigio o la reputación de la obra citada, su incidencia en los baremos de valoración en convocatorias de becas, contratos, acreditaciones nacionales o autonómicas de profesorado, etc.

siendo irrelevante el medio o formato por el que se ha expresado, habiendo una apropiación artística, TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 159.

⁸⁵ Este dato, entre otros, es acogido por la *SAP Guipúzcoa, sec.6ª, 7-11-14*, al concluir que ”de todo ello, y al igual que la conclusión expuesta en la sentencia apelada, no queda sino compartir que estamos ante un plagio, pero para que este extremo tenga relevancia en el orden jurisdiccional en que nos encontramos, resulta indefectible, que se tenga plena prueba de que los acusados tuvieron la conciencia de esa obra anterior, es decir, que conocieran la pulsera DAI en concreto”.

⁸⁶ BUGALLO MONTAÑO “Sobre el plagio ... esa plaga”, *Revista de Derecho Público* 22, n°44, 2013, pág. 32.

⁸⁷ TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 155.

⁸⁸ cfr. TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, págs. 159 y 224 sgs.

⁸⁹ Citado en TEMIÑO CENICEROS *El plagio en el derecho de autor*, op.cit. 2015, pág. 159.

Pero la falta de cita no puede identificarse con el plagio, aunque esta delimitación no siempre es fácil. Pongamos por caso que un trabajo utiliza de forma prácticamente literal el 80% de un texto ajeno, pero citando permanentemente la fuente literaria. Por nuestra parte, consideramos que la observancia del deber de cita no excluye el carácter plaguario de la obra posterior, pero las citas efectuadas excluirían la calificación delictiva de la conducta (sumado al escenario de actividad económica), constituyendo una infracción civil al tratarse de una extralimitación abusiva del derecho de cita. Así lo expresa claramente ARCE GÓMEZ, al referirse a que “está permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes de una obra que lícitamente haya sido puesta a disposición del público, siempre que estos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en un perjuicio del autor de la obra original, y su extensión no excede la medida justificada para el fin que persiga”,⁹⁰.

4.2 Como una forma de plagio puede manifestarse la *transformación* no autorizada, en la que el responsable del plagio adapta la obra original con materiales argumentales e ideológicos que añade a aquella. No es una copia servil o absoluta, pues presenta rasgos de imitación y tiene una labor de cierta creatividad, desde el momento en el que el sujeto de la obra derivada, transformada, ha introducido determinados aspectos novedosos propios por lo que encierra una menor gravedad que el plagio en sentido estricto, aunque en términos penológicos conlleva idéntica sanción⁹¹. Pero si en la obra derivada o dependiente oculta, silencia, ignora o anula por completo al autor original, estaremos ante un plagio; en cambio, cuando se le reconozca y se le atribuya la obra primera, estaremos ante una infracción de los derechos de explotación económica que deberá dilucidarse en el ámbito del Derecho civil⁹². Así, la *SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, 15-6-12*, en un asunto relacionado con la creación de una vajilla de Porcelana Arzak destinada a este conocido restaurante, concluyó que no existió plagio, sino una adaptación o transformación (como resultado) de una obra a fin de darle una aplicación industrial.

⁹⁰ C. ARCE GÓMEZ “Plagio y derechos de autor”, *Revista El Foro, Colegio de Abogados nº10*, págs. 64-65. Resulta curioso el criterio cuantitativo adoptado en Argentina en el art. 10 de la *Ley 11.723 sobre el Régimen legal de la propiedad intelectual*, para valorar la existencia de un uso abusivo de citas y pasajes: “Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referidas a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos solo las partes del texto indispensables al efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otra semejantes”.

⁹¹ Por ejemplo, el caso resuelto por la *SAP Pontevedra, sec. 5ª, 21-11-14*: los acusados, de común acuerdo, decidieron copiar, sin autorización alguna de su titular, el programa original Classicfasihon, para lo cual, accedieron al código fuente del mismo, apropiándose de él, seguidamente descompilaron el programa original y tras variar mínimamente algunas funciones y contenidos del mismo, lo volvieron a compilar, denominándolo XMODA V1.

⁹² LATORRE LATORRE *Protección penal del derecho de autor*, op.cit. 2014, pág. 210; DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, op.cit. 1988, pág. 125.

