

¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible¹

*What is plagiarism?
Conceptual proposal of punishable plagiarism*
*Qu'est- ce que le plagiat?
Proposition conceptuelle du plagiat punissable*
*O que é o plágio?
Proposta conceitual do plágio punível.*

Maria Alejandra Echavarría Arcila²

Resumen

Puesto que la aprehensión de un fenómeno parte de su definición, la delimitación conceptual de la figura del plagio ha suscitado una inveterada discusión doctrinaria, jurisprudencial y legal sobre la fijación del ámbito conductual que comprende esta infracción a los derechos de autor. Aunque se ha aceptado —sin mayores reparos— que el plagio vulnera, de la manera más grave e intolerable, ciertas prerrogativas exclusivas que se le conceden al autor de una obra desde el momento mismo de su creación, la conceptualización de este fenómeno no

1 El presente artículo parte de uno de los ejes temáticos centrales de la tesis de maestría presentada por la autora para optar por el título de Magíster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia, en el mes de enero del año 2014; tesis ésta que se titula “Plagio punible: regulación penal de la conducta constitutiva de plagio en Colombia”.

2 Magíster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual por la Universidad Externado de Colombia. Abogada por la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente y abogada del Centro de Propiedad Intelectual de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín-Colombia. Correo electrónico: marialecars@gmail.com

Este artículo fue recibido el día 25 de julio de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 19 del 7 de noviembre de 2014.

ha sido precisa en las legislaciones nacionales e internacionales sobre la materia³, lo cual, aunado a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios sobre el particular⁴, ha tergiversado el significado y la naturaleza de este constructo. A partir de esta coyuntura, en el presente escrito se presenta una propuesta de conceptualización de la conducta constitutiva de plagio y de sus elementos compositivos, con el prisma de su consideración como infracción arquetípica a los derechos de autor y mediante una noción que contiene el fenómeno en su integridad y lo concreta de manera técnica y estricta, para efectos de su punición. Con este propósito, se exponen las principales definiciones doctrinarias y jurisprudenciales del plagio que se corresponden con los lineamientos del sistema de derecho de autor colombiano, para, luego, formular una definición de esta figura a la luz de los conceptos básicos de la disciplina jurídica de la propiedad intelectual.

Palabras clave: Plagio; Derecho de autor; Propiedad intelectual; Infracción de los derechos de autor; Propiedad artística y literaria.

Abstract

Since the apprehension of a phenomenon is based on its definition, the conceptual delimitation of the plagiarism figure has caused a doctrinaire, jurisprudential and legal inveterate discussion on the fixation of behavior ambience that includes this copyright violation. Although it has been accepted - without major reservations- that the plagiarism violates, in the most serious and intolerable manner, certain exclusive privileges granted to the author of a work from the very moment of its creation, the conceptualization of this phenomenon has not been accurate in national and international legislations on the subject, which, coupled with certain judicial and doctrinal rulings on the issue, has distorted the meaning and nature of this construct. From this juncture, the brief presents a proposal of the plagiarism constitutive behavior conceptualization and its compositional elements, with the prism of its consideration as an archetype infringement of the rights of author and through a notion that contains the phenomenon in its integrity and concretes it in a strict and technical way, for punishment purposes. For this

3 A manera de ejemplo, es oportuno mencionar la Ley 23 de 1982 en Colombia, la Decisión 351 de 1993 en la Comunidad Andina, la Ley Orgánica 10/1995 en España, la Ley 11.723 de 1933 en Argentina, el Código de la Propiedad Intelectual en Francia, la Ley 633 de 1941 en Italia, el Decreto Legislativo 635 de 1991 en Perú, la Codificación número 2006-013 en Ecuador, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el Convenio de Berna, entre otros.

4 Véase la Sentencia del 28 de mayo de 2010, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia.

purpose, the report describes the main doctrinal and jurisprudential definitions of plagiarism that correspond to Colombian copyright system guidelines, therefore, it formulates a definition of this figure from the basic concepts view of the legal intellectual property discipline.

Key words: Plagiarism; Copyright; Intellectual property; Copyright Infringement; Artistic and literary property.

Résumé

Pour bien comprendre un phénomène il faut partir de sa définition. Ainsi, la délimitation conceptuelle de la figure du plagiat a soulevé une discussion doctrinale, jurisprudentielle et légale par son domaine matériel comprenant la violation des droits d'auteur. Bien qu'il ait été accepté que le plagiat viole, de la manière la plus grave et intolérable, certains droits exclusifs qui sont accordés à l'auteur d'une œuvre à partir du moment de sa création, la conceptualisation de ce phénomène n'a pas été précise dans la législation nationale et internationale. Ces circonstances ainsi que certaines positions jurisprudentielles et doctrinales ont déformé le sens et la nature de cette figure juridique. Le présent article propose une conceptualisation du comportement constitutif de plagiat et de ses éléments à travers leur considération comme une infraction archétype des droits d'auteur en prenant compte une notion comprenant ce phénomène intégralement ainsi que les spécificités techniques et strictes dans la mise en place de la sanction. À cet effet, l'article présente les principales définitions doctrinales et jurisprudentielles du plagiat correspondant aux dispositions établies par le droit d'auteur colombien, pour ensuite formuler une définition de cette figure juridique eu égard des notions basiques du domaine de la propriété intellectuelle.

Mots-clés: Plagiat; Droit d'auteur; Propriété intellectuelle; Violation des droits d'auteur; Propriété littéraire et artistique.

Resumo

Dado que a apreensão de um fenômeno parte de sua definição, a delimitação conceitual da figura do plágio tem suscitado uma inveterada discussão doutrinária, jurisprudencial e legal sobre a fixação do âmbito comportamental que compreende esta infração aos direitos de autor. Embora se aceita —sem muitos reparos— que o plágio viola, do modo mais grave e intolérável, certas prerrogativas exclusivas que são concedidas ao autor de uma obra desde o momento de sua criação, a conceitualização deste fenômeno não tem sido precisa nas legislações nacionais e internacionais sobre a matéria, o qual, somado a certos pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema, tem distorcido o significado e a natureza deste constructo. A partir desta conjuntura, no presente escrito se apresenta uma proposta

de conceitualização da conduta constitutiva de plágio e de seus elementos compositivos, com o prisma de sua consideração como infração arquetípica aos direitos de autor e através de uma noção que contém o fenômeno em sua integridade e o concretiza de modo técnico e estrito para efeitos de sua punição. Com este propósito, expõem-se as principais definições doutrinárias e jurisprudenciais do plágio que se correspondem com as diretrizes do sistema de direito de autor colombiano para, depois, formular uma definição desta figura à luz dos conceitos básicos da disciplina jurídica da propriedade intelectual.

Palavras-chave: Plágio; Direito de Autor; Propriedade intelectual; Infração dos direitos de autor; Propriedade artística e literária.

Sumario

Introducción. 1. El problema. 2. Definiciones doctrinarias y jurisprudenciales del plagio. 3. Modalidades de plagio y diferencias con otras infracciones. 4. Propuesta de definición del plagio punible. 5. Conclusiones. Referencias.

Introducción

“La más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si se puede hablar así, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor”.

Isaac Le Chapelier

En el sistema de derecho de autor colombiano, las obras son protegidas desde el momento mismo de la creación, tutela ésta que se concreta en un conjunto de prerrogativas de contenido moral y patrimonial, que salvaguardan la personalidad del autor y el vínculo de éste con su creatura y facultan al titular para disponer de la creación protegida de manera exclusiva y excluyente.

El ejercicio indebido de tales derechos sin ostentar la titularidad (y, en consecuencia, la posibilidad jurídica) para hacerlo o sin contar con la autorización expresa y expresa de su titular, supone diferentes formas de infracción a tales prerrogativas, entre las cuales se encuentra el denominado *plagio*, vulneración polivalente cuya utilización es inversamente proporcional a su entendimiento, a pesar de las múltiples y significativas consecuencias prácticas y jurídicas que su postulación y sanción ha comportado.

¿Qué es el plagio?, ¿qué conductas componen esta forma específica de infracción a los derechos de autor?, ¿cuáles son sus elementos compositivos para efectos de su punición?. Para resolver los prealudidos cuestiona-

mientos, se precisa a continuación el problema conceptual que suscita la figura del plagio y se ilustra el mismo con las principales aserciones a nivel doctrinal y jurisprudencial, para luego definir los contornos de ilicitud correspondientes a esta modalidad de infracción y proponer, finalmente, una definición de *plagio punible*.

1. El problema

Unánimemente se ha considerado que el plagio es una de las infracciones más graves e intolerables contra los derechos de autor y que, además de vulnerar derechos humanos, constituye la lesión por antonomasia de prerrogativas que son de estirpe constitucional y se han reputado, en su vertiente moral, como derechos fundamentales en el contexto colombiano.

A pesar de la univocidad de esta concepción, la conceptualización de este fenómeno –pacíficamente reprochado– no es igualmente coincidente, sino que, paradójicamente, engloba contradicciones y vacíos en el marco legal, doctrinario y jurisprudencial⁵, que crean situaciones problemáticas e inciertas en la defensa y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual que adquiere un autor sobre su obra.

La falta de claridad en la delimitación del concepto del denominado *plagio* ha solapado debates técnico-jurídicos entre los exponentes doctrinarios de diversas disciplinas del Derecho que se ocupan de dicho fenómeno, lo cual ha suscitado contraposiciones teóricas y pragmáticas en la descripción,

5 Tales contradicciones y vacíos suscitan un debate en el que se destacan, entre otros referentes, los asertos de los doctrinantes Delia Lipszyc, Ricardo Antequera Parilli, Vicente E. Gaviria Londoño, Julio C. Ledesma y Antonio Delgado Porras, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

interpretación y aplicación de las normas llamadas a regular esta presunta infracción, en diferentes contextos y latitudes.

El ordenamiento jurídico colombiano no escapa de esta indeterminación conceptual y ello se evidencia en la ausencia total de mención del término *plagio* en la normativa vigente sobre derecho de autor y en el proferimiento de una providencia que condenó a una ciudadana por el delito de plagio que era inexistente en Colombia para el momento de ocurrencia de los hechos –conforme señaló la propia Corporación–, pero que se creó en la misma sentencia, por disposición jurisprudencial (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2010, 28 de mayo).

De esta forma, la inscripción uniforme de la figura del plagio como infracción a las prerrogativas concedidas al autor desde el momento mismo de la creación, adolece de un zócalo conceptual que permita precisar, en últimas, qué es eso que, a viva voz, se declara y pune como una vulneración esencial a los derechos exclusivos y excluyentes sobre una obra, con las implicaciones dogmáticas y prácticas ya mencionadas.

Ante esta ambigüedad, es menester examinar los asertos doctrinarios y jurisprudenciales más relevantes, que se correspondan con el sistema de derecho de autor colombiano, con el fin de identificar y concretar los elementos compositivos del *plagio* e intentar una noción precisa del mismo para poder predicar –técnicamente– su condición de conducta *punible*, en el marco del prealudido sistema.

2. Definiciones doctrinarias y jurisprudenciales del plagio

Conforme acaba de anticiparse, a continuación se presentan diversas definiciones que se han propuesto desde la doctrina y la jurisprudencia sobre el equívoco concepto del plagio, las cuales se corresponden con los lineamientos del sistema de derecho de autor adoptado en Colombia, a partir del cual se privilegia una concepción naturalista y se le otorgan vastos derechos de contenido moral y patrimonial al creador, que hacen trascender el fenómeno en mención de la simple reproducción no autorizada de una obra ajena.

Como ya se indicó, en la normatividad vigente en Colombia no se encuentra mención alguna del término *plagio* y es por esta razón que, ante la ausencia de definición legal al respecto, se delega la tarea de precisar este fenómeno a la doctrina especializada y a la jurisprudencia, las cuales –de manera más o menos afortunada– han señalado los contornos conceptuales de tal infracción a los derechos de autor, como se expone seguidamente.

Con propósitos semánticos, es de anotar que la Real Academia Española (2001), en la vigésimo segunda edición del “Diccionario de la lengua española”, define el *plagio* como la “acción y efecto” de “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”, de lo cual se desprende que los elementos constitutivos del plagio son la *copia* sustancial y la *apropiación* de una obra ajena.

En la doctrina especializada se advierte que en el “Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos” de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Boytha, 1980), se establece que el plagio es “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”.

A renglón seguido, se fija que el plagio puede consistir, además, en el acto de “hacer accesible al público una obra que es una adaptación del contenido de obras de otros en nuevas formas de expresión artística o literaria y transmitirla como si fuera una obra original propia”. Así, las prementadas nociones refieren los elementos de la *apropiación* y de la *utilización pública* de la obra plagiada.

Por su parte, se encuentran ciertos exponentes que equiparan el plagio con la *apropiación* de una obra ajena, entre los cuales es del caso mencionar a Vicente E. Gaviria Londoño (2003), quien sostiene que el plagio no es más que el *apoderamiento* de la obra de otro autor o el dar por propia la creación ajena, y a Alejandro González Gómez (1998), quien entiende por plagio “la apropiación indebida de la creación de otro”.

En la misma línea, Pedro Virgilio Balbuena (2003) expresa que el plagio consiste en la *usurpación* o *atribución* ilegítima de la autoría sobre una creación ajena y Concepción Carmona Salgado (1998) aduce que el plagio es un *fraude* doloso contra la producción de un autor, en el cual una persona se *adjudica* como propia una creación precedente de otra.

Así mismo, Antonio Delgado Porras (1988) arguye que el plagio se entiende como el *apoderamiento* ideal de una obra de otro autor, la cual se hace *pasar por propia* o de la cual se *utilizan* los elementos creativos para crear una obra posterior; mientras que Julio C. Ledesma (1992) postula que el plagio consiste en la “apropiación del pensamiento ajeno” y que esta acción dolosa consiste en “vestir con nuevos ropajes” algo que ya existe, con el fin de hacer creer que ello es propio.

En el mismo sentido, la profesora argentina Delia Lipszyc (1993) sostiene que el plagio “es el *apoderamiento* ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios”, concepto éste que alude a los elementos de la *apropiación* y la *presentación* y que es jurisprudencialmente reiterado en diversas providencias.

De igual forma, es preciso destacar la definición propuesta por el doctrinante venezolano Ricardo Antequera Parilli (2012), para quien el plagio es la “apropiación total o parcial de elementos originales de una obra ajena, en forma idéntica o simulada, con usurpación de la paternidad del verdadero autor para hacerlos pasar como propios”. Como puede verse, esta noción enfatiza en el elemento de la *apropiación*.

Adicionalmente, Antequera Parilli (2012) relaciona los “elementos constitutivos del plagio”, que consisten en la existencia de una obra precedente (divulgada o inédita y originaria o derivada); la *apropiación* de los elementos originales protegidos de aquélla en una obra posterior; la *incorporación*, introducción o toma de tales elementos en forma íntegra o parcial y la *utilización* de dichos elementos con usurpación de la paternidad.

A partir de tales elementos, el precitado autor concluye que la estructuración del plagio demanda la realización concurrente de las referidas conductas, sin que baste una sola de ellas para la configuración del fenómeno en comento. Así, los elementos fundamentales del plagio, en concepto de este reconocido doctrinante, son la *apropiación*, la *copia* y –tangencialmente– la *utilización*.

En consonancia con lo anterior, el Doctor Juan Carlos Monroy Rodríguez (2013) apunta que el término *plagio* identifica la realización de diversas infracciones a los derechos morales y patrimoniales de autor y refiere que la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia ha señalado que el *plagio* consiste en la *apropiación* o apoderamiento ilegítimo, literal o simulado, de todos o de algunos de los elementos originales de una obra de otro autor y en la *presentación* de los mismos como propios.

El mismo autor indica que, además del nexo de causalidad (esto es, el conocimiento del plagiario de la obra plagiada), el plagio requiere de la coincidencia de dos elementos: la *utilización* no autorizada de la obra ajena, al *reproducirla* en todo o en parte (aun con otros elementos originales), y

la *suplantación* del autor, al *presentar* dicha obra en nombre de una persona diferente de aquél.

Ahora, en sede jurisprudencial, el Tribunal Supremo español (1995) ha establecido que el plagio supone una *copia* sustancial de una obra ajena, lo cual implica que se trata de una actividad que carece de creatividad y originalidad, aunque, en cierta medida, pueda ser una manifestación del ingenio.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2010) ha referido que “por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándolas como propias” y que éste se integra con dos elementos: “la reproducción o la copia” y “la atribución de la condición de autor de lo reproducido o copiado”.

Finalmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2010) expuso que la protección de los derechos morales de autor se hermana con la prohibición del plagio, que es entendido como una “grosera vulneración del principio de paternidad que consiste en tomar lo de otro y hacerlo parecer propio”.

En atención a los conceptos citados, es factible concluir que existe un relativo consenso sobre la consideración del plagio como la *apropiación* de una obra ajena o la *usurpación* de la autoría de una creación anterior de otra persona.

Sin embargo, de las nociones más técnicas al respecto (propuestas por reconocidos expertos en propiedad intelectual), se desprende que la figura del plagio no se restringe a la antedicha vulneración del derecho moral de paternidad, sino que demanda la convergencia de un componente de naturaleza patrimonial, que ha sido traducido como la *copia* o la *utilización* de una obra ajena.

3. Modalidades de plagio y diferencias con otras infracciones

Con el fin de hacer una debida aproximación al fenómeno del plagio, se estima pertinente hacer referencia –a manera de excurso– a las modalidades bajo las cuales se puede presentar el plagio y a las diferencias entre éste y otro tipo de infracciones a la propiedad intelectual, sirviéndose, para ello, de los asertos doctrinarios más significativos sobre la materia.

En relación con las modalidades de plagio, la doctrina ha señalado que éste puede ser total o parcial y servil o simulado. En palabras de Ricardo Antequera Parilli (2012), el plagio *total* es el “calcado íntegro de la obra primigenia en la usurpadora” y el *parcial* se confina a una parte de la obra que contenga “aspectos sustanciales o esenciales del ingenio”, en una medida apreciable.

Siguiendo al mismo autor, el plagio *servil*, burdo, idéntico o clónico es aquel en el que se realiza la usurpación “sin introducir modificaciones a la obra primigenia”, mientras que en el plagio *simulado*, inteligente o elaborado se introducen “variantes a la creación ajena «maquillándola», la mayoría de las veces para tratar de disimular la apropiación”.

Ahora, en cuanto a los aspectos fundamentales que diferencian el plagio de otro tipo de infracciones a la propiedad intelectual, se describen a continuación las singularidades y consecuentes distinciones entre el plagio y la piratería, la falsificación, la omisión de paternidad sin usurpación de autoría y la usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero y se parte de los asertos del profesor Antequera Parilli (2012), que se interpretan a continuación:

Plagio y piratería. En tanto la *piratería* es la reproducción de obras publicadas por cualquier medio adecuado para su transmisión al público (Boytha,

1980), esta infracción difiere del plagio en la medida en que no se usurpa la autoría de la obra ajena, pues el pirata pretende copiar la creación pirateada de la manera más idéntica posible, para que el público adquiriera la copia.

Plagio y falsificación. Al igual que en el plagio, en la *falsificación* existe el propósito de engañar, pero la diferencia radica en que en ésta no se hace pasar como propia una obra ajena (para aparecer como el autor de una obra que no se creó), sino que se atribuye a un tercero una obra propia, para hacer aparecer que ésta fue creada por otra persona, con el fin de parasitar el prestigio ajeno o de adquirir un valor agregado.

Plagio y omisión de paternidad sin usurpación de la autoría. Aunque en ambos casos se silencia la identidad del autor, en la segunda hipótesis el agente no se hace aparecer como creador de la obra ajena ni da a entender que lo es, como sí ocurre en el caso del plagio, en el que se usurpa la paternidad de la obra creada por otra persona.

Plagio y usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero. A pesar de que en ambas infracciones hay un despojo de la personalidad del autor, la disparidad está dada por el sujeto a quien se atribuye la autoría: en este último supuesto, el agente no se apropia ni se autoatribuye la obra ajena (como en el plagio), sino que se la atribuye a una tercera persona (diferente del legítimo creador, por supuesto).

Demarcados los alcances del plagio desde la óptica de la exclusión y enriquecidas las definiciones citadas en el acápite precedente a través de las modalidades en las que esta particular forma de infracción puede presentarse, se propone ahora un concepto de *plagio punible* que congloba el fenómeno en su integridad y lo concreta para efectos de su punición.

4. Propuesta de definición del *plagio punible*

Dada la amplitud y dispersión de las precitadas nociones de plagio, se precisan, ahora sí, los contornos conceptuales de dicho fenómeno, con base en los asertos de la doctrina especializada más autorizada en materia de derecho de autor y se asume que el plagio es, ante todo, un constructo de la disciplina jurídica de la propiedad intelectual que tiene dimensiones de naturaleza moral y patrimonial.

Con base en lo hasta aquí expuesto, es dable concluir que el *plagio* consiste en un acto *complejo* desde su ejecución (en tanto supone la realización concurrente de tres diversas conductas) y desde sus consecuencias (por cuanto viola derechos de autor de contenido moral y patrimonial y de ello se desprende su carácter *pluriofensivo* respecto *del contenido* de tales prerrogativas).

En primer lugar, se propone que el plagio, como acto *complejo* desde su *ejecución*, debe comportar la realización cumulativa de tres conductas diferentes por parte del sujeto activo: la *copia*, la *apropiación* y la *utilización*. En otras palabras, sólo es posible hablar de *plagio* cuando las referidas conductas se realizan de manera completa y coincidente en el mundo fenomenológico.

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, las conductas de copia, apropiación y utilización se traducen en el ejercicio indebido de derechos morales y patrimoniales de autor, razón por la cual la remisión a la disciplina jurídica de la propiedad intelectual es inexorable en este caso, para hacer una adecuada aprehensión del fenómeno en comento. Estas son las conductas:

Copia. Por *copia* debe entenderse, en sentido amplio, la *incorporación literal o simulada de todos o de algunos de los elementos originales de expresión que sean propios de una obra preexistente ajena* —que puede ser inédita o publicada y de cualquier tipo—, *en una obra posterior que es atribuible al agente*. Cuando se desentraña la fórmula propuesta, se tiene que:

(1) Los elementos *originales* son aquellos que, por sí mismos o en conjunto, constituyen una forma particular de expresión (no una idea), que es susceptible de protección por la vía del derecho de autor, en la medida en que denote o refleje una contribución creativa –por ser el resultado de un esfuerzo intelectual del creador– y “no consista en una copia o reproducción total o simulada de otra obra” (Rengifo, 1996).

(2) Los elementos incorporados pueden ser íntegramente coincidentes con la obra plagiada (caso en el cual será un *plagio servil*) o pueden ser similares en lo sustancial (lo que constituye un *plagio inteligente*).

(3) Si se toman todos los elementos originales que contiene la obra antecedente, se tratará de un *plagio total* y si se adoptan sólo algunos de estos elementos, se estará en frente de un *plagio parcial*.

(4) La obra plagiada debe ser *precedente* o *preexistente*, es decir, debe haber sido creada con anterioridad a la ejecución del acto complejo constitutivo del plagio, y debe ser *ajena*, en tanto creada por una persona que sea diferente al sujeto activo (por esta razón, el denominado *autoplagio* no hace parte de la materia de prohibición).

(5) La obra antecedente puede ser inédita o haber sido publicada en el momento de la realización del plagio y puede ser de cualquier género o tipo.

Apropiación. La *apropiación* alude al *apoderamiento* o *usurpación* de la *autoría* de los elementos originales contenidos en la obra ajena, mediante la *indicación* de un autor diferente al verdadero, la *mención incidental* o *genérica* del legítimo creador o la *omisión* de su *identificación* con *usurpación* de la *paternidad*. Estas tres modalidades que puede revestir la apropiación (Antequera, 2012) se entienden así:

(1) *Indicación de un autor diferente*: el sujeto activo suplanta al legítimo autor de la obra plagiada de manera directa, al atribuirse la paternidad de los elementos originales copiados (esto es, cuando el plagiario manifiesta que es el creador de la obra ajena plagiada).

(2) *Mención incidental o genérica* del verdadero creador: el agente se autoatribuye la autoría de los elementos originales copiados por no vincular de manera clara y concluyente al legítimo autor con su expresión creativa particular (esto ocurre, por ejemplo, cuando no se menciona al verdadero autor en la cita de su obra, sino en la bibliografía, pues en este caso, no es claro de quién es qué).

(3) *Omisión de paternidad con usurpación de autoría*: el sujeto activo, por no mencionar expresamente que el creador de los elementos originales de la obra preexistente es otra persona, da a entender al público —a causa de dicha omisión— que él es su autor (en este caso no se incluye el nombre del creador ni siquiera en la bibliografía, sino que se omite mencionarlo, lo que ocasiona que el público razonablemente crea que el autor de la obra ajena es el plagiario que la copia y la utiliza).

Como puede verse, el requisito fundamental del plagio es la apropiación (pues se copia y se utiliza la obra ajena para hacerla pasar por propia) y ello reafirma la exclusión del *autoplagio* del ámbito conductual típico, pues en este supuesto no hay usurpación de paternidad alguna, ya que la atribución de la autoría se hace efectivamente al creador de la obra precedente, que coincide con el de la obra posterior.

Utilización. La *utilización*, por su parte, consiste en *cualquier uso o acto de explotación público* (para efectos de relevancia y lesividad) *de los elementos originales de la obra ajena copiada y apropiada, por cualquier medio o soporte y a través de cualquier procedimiento conocido o por conocer, que permita que una*

pluralidad de personas tenga acceso a dichos elementos, en las condiciones de copia y apropiación ya mencionadas. Al respecto, es menester precisar lo siguiente:

(1) El supuesto de la utilización se configura con independencia de la *finalidad* perseguida por el plagiarlo, que puede ser de carácter económico, académico, profesional, social o cualquier otro.

(2) La conducta de utilización se concreta en actos tales como la publicación, la enajenación, la divulgación o la inscripción en el registro oficial del país de los elementos originales copiados y apropiados.

(3) El carácter *público* de tal utilización implica que la obra se haga accesible (de manera potencial, no efectiva) a una pluralidad de personas, por fuera de la órbita privada o doméstica y en la medida suficiente para satisfacer razonablemente sus necesidades, de acuerdo con la naturaleza y las finalidades de la obra y a través de una red de difusión de cualquier tipo (Rengifo, 1996).

Ahora, la configuración del plagio requiere, además, de un *nexo causal* entre la obra anterior ajena y la obra posterior del plagiarlo, razón por la cual no basta la simple similitud objetiva entre ambas creaciones, sino que es necesario acreditar que el infractor conoció o tuvo oportunidad de conocer la obra plagiada, para luego copiar, apropiarse y usar públicamente sus elementos originales, sin el consentimiento previo y expreso de su titular (Rengifo, 1996).

En segundo lugar, se propone que el plagio, como acto *complejo* desde sus *consecuencias*, supone una plural infracción a los derechos de autor en su doble naturaleza: moral y patrimonial. Para determinar cuáles son concretamente las prerrogativas vulneradas en un caso de plagio concreto, se deben disgregar sus conductas compositivas y se debe considerar si la obra está en el dominio privado o público (esto es, si los derechos patrimoniales de autor están vigentes o no) y si se trata de un plagio servil o inteligente, como se muestra en el siguiente cuadro, creado por la autora:

| CONDUCTA | PLAGIO SERVIL | PLAGIO SIMULADO | DOMINIO | |
|--------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|--------------------|---------|
| COPIA | DP Reproducción | DP Reproducción DP Transformación | Privado | --- |
| | --- | DM Modificación DM Integridad | | Público |
| APROPIACIÓN | DM Paternidad | DM Paternidad | Privado Público | |
| UTILIZACIÓN | DP Comunicación P. DP Distribución | DP Comunicación P. DP Distribución | Privado | --- |
| | DM Inédito | DM Inédito | | Público |

Como puede verse, en el caso del plagio *servil* o literal, cuando se *copia* se vulnera el derecho patrimonial de reproducción (ya que se fijan los elementos originales de una obra ajena en un medio o soporte); cuando se *usurpa* se transgrede el derecho moral de paternidad (por cuanto se desconoce el auténtico autor de la creación plagiada) y cuando se *utiliza* se contravienen, en principio, los derechos patrimoniales de comunicación pública y/o distribución, según el caso (pues se dan a conocer los elementos originales plagiados a una pluralidad de personas).

Por otra parte, en el caso del plagio *simulado* o inteligente, cuando se *copia* se conculcan los derechos patrimoniales de reproducción y de transformación (puesto que se modifica la obra ajena para disimular el plagio) y el derecho moral de modificación (ya que el verdadero autor no efectuó tales alteraciones en su obra); cuando se *usurpa* se quebranta el derecho moral de paternidad y cuando se *utiliza* se infringen, igualmente, los derechos patrimoniales de comunicación pública y/o distribución, de acuerdo con el contexto fáctico de que se trate.

Eventualmente, en ambos tipos de plagio, las conductas relacionadas pueden conllevar la violación del derecho moral de inédito (si la obra ajena no había sido publicada con anterioridad a la *utilización*) y, en el caso del plagio inteligente, se puede configurar un atentado al derecho moral de

integridad (si con las modificaciones introducidas a la obra ajena –con el fin de “disfrazar” el plagio– se afecta el decoro de la misma o la reputación del verdadero autor).

Adicionalmente, frente a un supuesto plagio, es claro que no siempre se transgreden todas las obligaciones de *no hacer* correlativas a los derechos anteriormente descritos, ya que las prerrogativas que en efecto se vulneren dependen de una variable adicional, relacionada con el hecho de que la obra ajena preexistente se encuentre en el dominio público o en el dominio privado:

(1) Si la obra ajena preexistente se encuentra en el dominio *público*, sólo podrán afectarse los derechos morales de autor, puesto que los derechos de contenido patrimonial habrán prescrito por el fenecimiento del término de protección legal.

(2) Si la obra ajena preexistente se encuentra en el dominio *privado*, los derechos de explotación sí podrán ser infringidos, en la medida en que se encuentran vigentes.

De esta forma, es claro que el acto complejo del plagio vulnera los derechos de autor en su completitud por infringir la naturaleza dual de su contenido, sin que por ello se desvirtúe la unicidad de la categoría jurídica de los *derechos de autor* (como bien jurídico afectado). La concreción de las prerrogativas que se violan en un caso específico de plagio obedece a los criterios y parámetros arriba expuestos, lo cual no obsta para considerar al plagio como una de las conductas más graves contra uno de los bienes jurídicos más importantes.

Finalmente, se reitera que es necesaria la concurrencia de los tres comportamientos ya descritos para que se configure el *plagio punible*, pues de lo contrario devendrá otro tipo de infracción: si sólo acontece la *apropiación*, habrá una *omisión de autoría*; si sólo ocurre la *copia*, habrá una *reproducción*

no autorizada; y si sólo se *utiliza* públicamente la obra ajena, habrá una *comunicación pública (y/o distribución) no autorizada*, mas no un plagio.

Así entonces, la coincidencia de la doctrina y la jurisprudencia en el constituyente de la *apropiación* (dada la relevancia de la infracción a los derechos morales de autor, reputados en Colombia como derechos fundamentales) no desvirtúa la necesidad del componente patrimonial para configurar el fenómeno en cuestión, pues, conforme con la propuesta de conceptualización presentada, el plagio se configura sólo cuando el agente, de manera concurrente, *copia, se apropia y utiliza* una obra preexistente y ajena.

Conclusiones

Ante la ausencia de una delimitación conceptual precisa de la figura del plagio, en tanto infracción por antonomasia de los derechos de autor, se propone una definición de este constructo propio de la disciplina jurídica de la propiedad intelectual, para efectos de su estricta concreción y técnica punición en el sistema de derecho de autor colombiano.

En este sentido, el *plagio* consiste, en esencia, en un acto *complejo* desde su *ejecución* y desde sus *consecuencias*, en la medida en que supone la realización concurrente de tres diversas conductas (la copia, la apropiación y la utilización) y vulnera derechos de autor de carácter moral y patrimonial, de conformidad con las circunstancias fácticas de su realización.

Desde la perspectiva de la *ejecución*, la primera conducta constitutiva del plagio es la *copia*, entendida como la incorporación literal (plagio servil) o simulada (plagio inteligente) de todos o de algunos de los elementos originales de expresión que sean propios de una obra preexistente ajena, en una obra posterior que es atribuible al agente.

La segunda conducta constitutiva del plagio es la *apropiación*, la cual comporta el apoderamiento o usurpación de la autoría de los elementos originales de expresión contenidos en la obra ajena, mediante la indicación de un autor diferente al verdadero, la mención incidental o genérica del legítimo creador o la omisión de su identificación con usurpación de la paternidad.

La tercera conducta compositiva del fenómeno del plagio es la *utilización*, consistente en cualquier uso o acto de explotación público (para efectos de relevancia y lesividad) de los elementos originales de expresión de la obra ajena copiada y apropiada, por cualquier medio o soporte y a través de cualquier procedimiento conocido o por conocer, que permita que una pluralidad de personas tenga acceso a dichos elementos, en las condiciones de copia y apropiación ya mencionadas.

Ahora, desde la perspectiva de las *consecuencias*, el plagio se traduce en una plural infracción a derechos de autor de contenido moral y patrimonial, los cuales son, entre otros, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y distribución y los derechos morales de paternidad, inédito, modificación e integridad, atendidas las circunstancias fácticas y jurídicas en las cuales se realizan las diversas conductas constitutivas del plagio.

En últimas, es claro que la configuración del *plagio* (para que sea *punible*) demanda la realización concurrente de las conductas de copia, apropiación y utilización, las cuales entrañan la vulneración de derechos morales y patrimoniales de autor sobre una obra ajena y preexistente, que es jurídicamente tutelada por tratarse del fruto de la actividad creativa de un autor.

Referencias

- Antequera, R. (2012). *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*. Madrid: Editorial REUS S.A.
- Balbuena, P. V. (2003). El plagio como ilícito penal. *Ventana Legal Revista*. Recuperado de: <http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm>
- Boytha, G. (1980). *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).
- Carmona, C. (1998). *La nueva Ley de Propiedad Intelectual. Especial consideración al delito introducido en el Código Penal tras la reforma de 1987*. Madrid: Montecorvo S.A.
- Colombia. Congreso de la República. Ley, 23 (1982). Sobre derechos de autor.
- Colombia. Congreso de la República. Ley, 44 (1993). Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.
- Comunidad Andina de Naciones. Comisión del Acuerdo de Cartagena. *Decisión Andina*, 351 (1993). Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.
- Corte Suprema de Justicia (2010). Bogotá D.C. Sentencia de casación. Proceso número 31403. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Delgado, A. (1988). *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Civitas.
- Gaviria, V. E. (2003). *Delitos contra los derechos de autor*. En: Barreto, H. et al., *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- González, A. (1998). *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Ledesma, J. C. (1992). *Derecho penal intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Monroy, J. C. (2013). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá D.C.: RRA FORMACIÓN.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. (22ª Ed.). Recuperado de: <<http://lema.rae.es/drae/?val=plagio>> y <<http://lema.rae.es/drae/?val=plagiar>>
- Rengifo, E. (1996). *El moderno derecho de autor*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ríos, W. R. (2011). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes y Editorial Temis.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2010). San Francisco de Quito. Interpretación prejudicial 139-IP-2003. Presidenta: Leonor Perdomo Perdomo.
- Tribunal Supremo Español. Sala Primera de lo Civil (1995). Madrid. Sentencia número 12/1995. Magistrado Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.
- Zea, G. (2009). *Derechos de autor y Derechos conexos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.