



El delito de plagio en el ordenamiento
jurídico penal nicaragüense

El delito de plagio en el ordenamiento jurídico penal nicaragüense

Investigador¹
Roger Lenín Santos López

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo general analizar la regulación jurídica del plagio en el Código Penal nicaragüense. Se encuentra dividido en dos partes la primera dirigida a sistematizar los presupuestos de la conducta de plagio, a partir de establecer el tratamiento teórico que existe en relación a esta, y una segunda parte, en la cual se determinan los elementos constitutivos del delito de plagio y se propone una regulación jurídica para este delito en el ordenamiento jurídico nicaragüense. Para su desarrollo se utilizaron métodos de investigación como el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico y el exegético analítico.

Palabras clave

Plagio, Delit, Protección penal, Ordenamiento jurídico nicaragüense

Abstract

The general objective of this article is to analyze the legal regulation of plagiarism in the Nicaraguan Penal Code. It is divided into two parts, the first aimed at systematizing the assumptions of plagiarism behavior, from establishing the theoretical treatment that exists in relation to this, and a second part, which determines the constituent elements of the crime of plagiarism and a legal regulation for this crime is proposed in the Nicaraguan legal system. For its development research methods such as analysis, synthesis, induction and deduction, theoretical-juridical and exegetical analytical were used.

Key words

Plagiary, Crime, Criminal protection, Nicaraguan legal system.

¹Santos, R. Investigador. Doctorado en curso en Cuestiones Actuales del Derecho por la Universidad Centroamericana, Máster en Derechos Penal y Procesal Penal por la Universidad Politécnica de Nicaragua, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua

Recibido: 13 de marzo de 2018.

Aprobado: 18 de abril de 2018.

Introducción

La protección penal de los derechos de autor es un tema controvertido, máxime si se tiene en cuenta las complejidades que cada día reviste la adecuación de la conducta infractora de estos derechos a los tipos penales relacionados con ellos, lo que tiene su causa, en gran medida, en la inmensa posibilidad de infracciones que se abren ante los nuevos usos de la tecnología y la protección de dichos derechos en este ámbito. Como afirma Rengifo García, "La respuesta a estas interrogantes debe ser el comienzo para pensar o repensar si ese expansionismo del Derecho Penal, que ha llegado al campo de la propiedad intelectual, vale la pena revisarlo y mantenerlo" (Rengifo García, 2010, p. 317).

En este sentido no han faltado tampoco aquellos que consideran que "El Derecho Civil se muestra impotente por sí solo para hacer frente a este fenómeno delictivo; (...) los remedios cautelares civiles no proporcionan la eficacia de los instrumentos propios del proceso penal, como son la entrada y registro, el comiso, etc.; la sanción civil, en el mejor de los casos, no logra compensar más que el perjuicio beneficio que la infracción comporta, requiriéndose por ello el especial rigor de la sanción penal para neutralizar las técnicas y apetencias del enriquecimiento injusto" (García Rivas, 1995, pág. 118).

Sin embargo, pese a los múltiples argumentos que se pudieran utilizar en uno u otro sentido, y que siempre serán objeto de debate, lo cierto es que la protección penal de los derechos de autor constituye todo un reto para los ordenamientos jurídicos. Aún cuando se comience a desechar la idea de concebir estos delitos como normas penales en blanco, lo cierto es que los elementos normativos del tipo deben ser interpretados y explicados con arreglo a normas no penales. Dicha interpretación parte desde el propio tiempo que se hace necesario qué entender como obra, puesto que la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua en su artículo 13, al igual que la mayoría de los países pertenecientes al sistema continental de derechos de autor, no establece con carácter taxativo y numerus clausus cuáles son las obras que protege.

En principio y como afirma Quintero Olivares, dicha posición parece provocar una cierta inseguridad jurídica, sin embargo, a juicio de este autor esta

sensación debe corregirse "en atención a la fijación legal de unos criterios en todo caso condicionantes de la calificación de obra", por ello, continua exponiendo, "el intérprete de la Ley penal no puede ampliar los conceptos fijados por la LPI" (2008, pág. 1). Empero, este problema se agudiza cuando tampoco la norma de propiedad intelectual es clara en este sentido, tal como sucede con el plagio.

La conducta de plagio tiene como principal problema que no se halla definida ni en las leyes de propiedad intelectual ni tampoco en los códigos penales, lo que es controvertido y hace difícil la determinación de los límites de esta conducta. En el ordenamiento jurídico nicaragüense no queda claro si es posible hablar de la regulación penal del plagio. El artículo 247 inciso f) del Código Penal nicaragüense presenta múltiples vacíos e inconsistencias. La regulación realizada por el legislador es controvertida e imprecisa por múltiples motivos, entre los que sobresale la amplitud de la conducta, que abarca otros supuestos de transgresión de estos derechos diferentes del plagio.

Por ello constituye objetivo de este artículo analizar la regulación jurídica del plagio en el Código Penal nicaragüense, siendo determinados como objetivos específicos, 1) sistematizar los presupuestos de la conducta de plagio, 2) determinar los elementos constitutivos del delito de plagio y, 3) proponer una regulación jurídica para el delito de plagio en el ordenamiento jurídico nicaragüense.

Para el desarrollo de estos objetivos se utilizaron métodos de investigación que se aplican tanto en los estudios de las ciencias sociales como en las ciencias jurídicas, entre ellos: el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico y el exegético analítico. El trabajo se encuentra dividido en dos partes la primera dirigida a cumplimentar el primer objetivo específico, a partir de establecer el tratamiento teórico que existe en relación a la conducta de plagio, y una segunda parte, en la que se cumplen los dos últimos objetivos, a partir de explicar los elementos del tipo penal.

1. El plagio. Apuntes para su definición

El plagio es posiblemente la conducta que contra los derechos de autor más agrede al patrimonio cultural y al propio desarrollo cultural de la humanidad, por no quedar determinado quien es el autor. Con ella existe

un ataque directo contra el estímulo de la creación, el incentivo en el cual reside precisamente la ratio de la tutela jurídica que el ordenamiento jurídico reconoce a los derechos de autor y a los derechos conexos.

Según el Diccionario de Propiedad Intelectual por el vocablo plagio se entiende "acto de presentar como propia una obra, sin autorización del autor. Este concepto no abarca sólo la copia servil, sino también la utilización de la parte substancial de otra obra. La delimitación exacta del término depende de la interpretación de los tribunales y de la configuración legal del concepto de originalidad" (Iglesias Rebollo & González Gordon, 2005, p. 156)

Para Lipszyc (2006) el plagio es "el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios". (p. 567). Por su parte Álvarez de Benito considera que "sólo constituirá ilícito el plagio que permita reconocer la obra original sin que sea ofrecida su verdadera paternidad" (2003, p. 280). Mientras que Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto, y Piñol Rodríguez consideran como tal "la acción de copiar o imitar fraudulentamente algo" (2011, p. 4). Por otro lado y, para Jorge Barreiro "Estamos ante el ataque más grave y característico contra la propiedad intelectual que afecta especialmente a su dimensión moral (...), aunque relacionado con la idea de su explotación posterior" (p. 769).

En el contexto del ordenamiento jurídico español resulta muy reiterado el pronunciamiento que a estos efectos realizara el Tribunal Supremo español en una sentencia dictada el 28 de enero de 1995, en el cual se reconoce al plagio como "una conducta con la cual se produce un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno", (...) "el plagio ha de entenderse, en su concepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio".

Como señala Ortega Doménech (2005), las características del plagio no se encuentran muy bien definidas. Este supone una conducta ilícita que va más

allá de la reproducción no consentida, a estos efectos este autor establece una gradación en relación al derecho de reproducción para finalmente concluir que "el plagio no sólo engloba la reproducción in consentida y el afán de lograr una copia del original, sino que, además, niega el derecho de paternidad del autor hacia su obra" (p. 237)

1.1. Requerimientos del plagio

Reviste especial importancia la determinación de los requerimientos o condiciones que son necesarios para que podamos decir que nos encontramos en presencia de una obra que ha sido objeto de plagio. En palabras de Del Río Labarthe & Astocondor Valverde, los presupuestos para la configuración jurídica del plagio son a) usurpación de la paternidad; b) ausencia de consentimiento del autor; c) la divulgación y d) el elemento intencional o dolo (2013, p. 333). Sin embargo, como tendremos oportunidad de analizar más adelante no coincidimos con todos estos presupuestos, especialmente el referido con el consentimiento, aunque constituyen punto de partida en un debate que aún no se encuentra zanjado.

Por ello, nos parece de recibo la posición de Antequera Parilli quien enumera como elementos constitutivos del plagio los siguientes: "a) La existencia de una obra anterior (originaria o derivada, divulgada o inédita); b) La apropiación de elementos originales protegidos de la obra preexistente, para incorporarlos a una posterior; c) La incorporación en forma íntegra o parcial de la creación precedente, es decir, mediante la toma de todos o solamente de algunos de los elementos de la obra primigenia que constituyan una manifestación personal con características de originalidad; d) La utilización de tales elementos con usurpación de la paternidad" (2011, p. 336)

En la doctrina consultada, autores como Antequera Parilli, Castán, Del Río Labarthe, Echavarría Arcila, coinciden en afirmar que no existe plagio si no existe un derecho exclusivo, ni una obra original. Sin embargo, en este sentido se impone realizar dos importantes precisiones tanto en sentido de la exclusividad del derecho como el del carácter original de la obra.

1.1.1. La obra y la concepción de originalidad

Para desentrañar la esencia de este requerimiento es necesario recabar la propia concepción de qué es una obra. Es lógico que no puedan ser objeto de plagio aquellas creaciones intelectuales que no son consideradas obras. Al respecto la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Nicaragua, considera que no pueden ser considerada como tales las ideas, procedimientos, métodos o conceptos matemáticos (art. 14, 1999) así como tampoco, las leyes, las disposiciones gubernativas, proyectos de ley, actas, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los órganos y organismos públicos y traducciones oficiales de los textos anteriores (art. 16, 1999).

A estos efectos es importante tener en cuenta que el Derecho de Autor no protege la idea en sí misma considerada, sino la forma en la que esta se exterioriza, se manifiesta en su forma, ordenación, configuración y estructura. Teniendo en cuenta además que la protección deferida se hace con independencia de que la obra se encuentre o no registrada, puesto que el acto en virtud del cual tiene causa dicha protección es el de la creación. Dicho principio ha sido reconocido en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y Conexos, Decreto No. 22 de 2000. En el que se especifica que "el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos no están subordinados al cumplimiento de ninguna formalidad y, en consecuencia, el registro y depósito del Derecho de Autor y Derechos Conexos es meramente facultativo y declarativo, no constitutivo de derechos. Las obras no registradas, ni publicadas quedan protegidas desde su creación".

Por otro lado, resulta imprescindible considerar, como lo destacan autores como Antequera Parilli, Castán, Del Río Labarthe, Echavarría Arcila, Lipszyc, Rengifo García, Quintero Olivares, el plagio se basa en la coincidencia de los elementos sustanciales de una obra con otra, y no en los meramente accesorios.

Autores como Castán ponen en el concepto de la originalidad el elemento distintivo o configurador, según sea el caso, del plagio. A estos efectos el autor

expresa que "El plagio incide por tanto en la forma interna de la obra. La obra plagaria es una obra nueva, es una obra diferente, una obra expresada bajo una forma exterior distinta, pero claro, es una obra que carece de originalidad, es una obra en la que no es posible advertir esa huella, esa impronta, ese sello personal del autor; peor aún, es una obra en la que reconoce, precisamente la huella, la impronta o el sello de otro autor" (Castan, 2009, p. 49)

En similar sentido Álvarez de Benito se refiere al tratamiento individualizado de cada obra para distinguir entre autonomía creativa y simple plagio (Álvarez de Benito, 2003). En principio la propuesta que hace este autor parece fácil, pero lo cierto es que es muy difícil de determinar, sobre todo cuando estamos en presencia de un plagio parcial. En relación a ello, Quintero Olivares refiere que le corresponde al Derecho Penal entrar a entrever los supuestos de plagio solo en los casos de "identidad sustancial" (2008)

Este concepto, compartido también por un sector no desdeñable de la doctrina tampoco es claro. Es necesario tener en cuenta no solo la obra, sino en sentido general todo el proceso creativo y determinar qué es lo sustancial. Este criterio no existe, al menos de forma abstracta, teniendo en cuenta que depende en gran medida del tipo de obra de que se trate, pues no es igual hablar de elementos o partes sustanciales de una obra audiovisual que una obra literaria o plástica.

Por ejemplo, como bien recuerda Castán a la hora de analizar la figura del plagio en la obra audiovisual los elementos que hay que tener en cuenta para ello son primeramente el argumento y su concreción en la trama de la obra, su desenvolvimiento, sucesión de acciones, curso que toma la acción; en segundo lugar es necesario tener en cuenta los personajes de la obra tanto los principales como los secundarias, caracteres personalidades, entre otros elementos, y por último los aspectos formales de la obra, escenografía, acompañamiento musical, movimientos de cámaras, situaciones escénicas. (Castan, 2009)

Este propio autor, pero refiriéndose a los formatos de televisión¹ comenta que el análisis comparativo del plagio en este caso requiere que se tengan en cuenta

¹ El formato de televisión, se trata de un documento que contiene los elementos técnicos e intelectuales necesarios para la realización de ciertos programas de televisión, la expresión admite dos acepciones, el paperformat y el TV programformat (Castán, 2009, p. 59)

los siguientes elementos comparativos: a) determinar si el formato plagiado es o no original, luego es necesario excluir la eventual coincidencia en la idea general del programa o en la temática que aborda, que no goza por sí sola de protección bajo el Derecho de Autor, b) posteriormente es necesario excluir los elementos que son comunes al acervo cultural de esa categoría de programas o vengán impuestos por razones de índole técnicas propias del medio y, c) por último, es necesario concentrar la comparación en aquellos otros elementos que constituyen el núcleo esencial en donde radica la originalidad del programa y su aptitud individualizadora. (Castán, 2009, pp. 65-66)

Como se aprecia las diferencias entre una u otro tipo de obra reviste el hecho de que se tengan en cuenta elementos totalmente diferentes al momento de analizar la existencia o no de plagio. Más allá de un concepto general o de la descripción de este ilícito le corresponderá al juez analizar caso por caso en los que se manifiesta esta conducta ilícita, siendo el criterio de la originalidad el único criterio que hasta este momento se presenta como válido para realizar dicha actividad, aún cuando su utilización genere más de una controversia.

Para Iglesias Rebollo y González Gordon la originalidad no es más que la "creación propia del autor, las ideas, información o métodos incorporados a la obra no tienen por qué cumplir este requisito. Este término nunca debe confundirse con el concepto de novedad" (Iglesias Rebollo & González Gordon, 2005, p. 146)

Álvarez de Benito refiriéndose a la concepción de la originalidad en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, considera que este concepto tiene dos nociones una objetiva y otra subjetiva, la primera, según este autor, hace alusión al hecho de que la obra sea nueva en el sentido creativo del término, mientras que la segunda está dada por el vínculo que existe entre la obra y su autor, por el acto creativo que revela la personalidad de su creador (Álvarez de Benito, 2003). Sin embargo, no dejan de existir otros autores como Bercovitz Rodríguez Canoque incluso hablan de una teoría mixta de la originalidad en la cual se conjugan los aspectos más esenciales de la primera y la segunda teoría (2003).

La teoría que sin dudas parece encontrar mayor asidero es la teoría subjetiva de la originalidad que recaba conceptos como el de singularidad o el de altura creativa y que depende de la categoría de las obras (Bercovitz Rodríguez- Cano, 2003)

En este tema resulta de particular importancia la delimitación dentro de la originalidad de aquellas creaciones que son de aprovechamiento común e inciden en la originalidad de la obra. Como refiere Álvarez de Benito "a medida que la obra de un autor llega a formar parte de la cultura de la que a su vez dimana, es en ocasiones muy problemático distinguir entre lo que constituye plagio y lo que es utilización común de ciertos elementos creativos de difícil atribución individualizada" (Álvarez de Benito, 2003, p. 267). Reviste especial complejidad la determinación de qué es lo común con la comunidad y qué no es, hay que diferenciar aquello de lo que ha agregado el autor y aquello en lo que se expresa de manera original, que también es susceptible de ser incorporado como patrimonio de la comunidad, es decir, se debe distinguir lo que ha sido creado en un momento u otro, existiendo siempre un estrecho margen para distinguir.

1.1.2. La exclusividad de los derechos de autor

El derecho de autor en sí mismo considerado es un derecho que se sustenta en la exclusividad, es precisamente esta condición la que funge como requisito sine qua non para que sea considerado como un incentivo a la creación. Ahora bien siendo el plagio una conducta que lesiona, como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, tanto a los derechos morales como a los derechos patrimoniales, es válido retomar que el carácter exclusivo no está dado solamente por el ejercicio exclusivo de los derechos patrimoniales, sino también por los primeros, siendo este carácter consustancial con la propia naturaleza de los derechos morales que se reconocen inherente a la condición de autor, y a la protección que le deparan los ordenamientos jurídicos que así lo reconocen.

Por ello es común que al abordar el tema del plagio se tenga que hacer su análisis tanto desde la perspectiva de la exclusividad de los derechos patrimoniales como de los derechos morales. En correspondencia con

ello, dicha conducta debe entenderse tanto cuando la exclusividad sobre los derechos patrimoniales ha expirado, y la obra se encuentra en dominio público como cuando no, puesto que en el primer caso si bien no existe una lesión de los derechos patrimoniales si existe una lesión de los derechos morales. En correspondencia con esta posición consideramos desacertado hablar de la "vigencia" de los derechos de autor, cuando se habla de plagio se debe hacer en el sentido de poder determinar si el objeto de plagio es o no una obra, pero no de vigencia en el sentido de delimitación temporal de derechos, a menos que la protección contemplada a los derechos morales se encuentre supeditada a la protección que se confiere a los derechos patrimoniales.

Otro de los presupuestos que suele ser analizado en relación a este particular es el tema de la divulgación del plagio y si es necesario o no que el plagio salga de la esfera personal de quien realiza la conducta ilícita. Autores como Álvarez de Benito, afirman que el plagio existe desde el momento en que existe apropiación ilegítima de una obra con independencia del resultado (Álvarez de Benito, 2003). Sin embargo, como expresan Del Río Labarthe y Astocondor Valverde el plagio que es realizado solo en la esfera personal no reviste trascendencia penal, por lo cual es necesario que éste sea divulgado, es decir que el público haya tenido acceso a la obra plagiada (2013).

Si bien coincidimos con esta posición como uno de los presupuestos necesarios para que se pueda hablar de plagio, es importante acotar que salvo en lo referido al consentimiento del titular del derecho estamos hablando de divulgación en el entendido contemplado en la definición séptima del capítulo segundo de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua, que considera como tal "todo acto por el cual, la obra, interpretación o fonograma, se hace accesible por primera vez al público en cualquier forma o por cualquier procedimiento". Definición que es certera conforme lo reconocido por la doctrina como divulgación (Lipszyc, 2006)

Otra de las preguntas que salta a la vista es el hecho de si se puede hablar de plagio cuando se hace una transformación de la obra, en principio y en una acepción amplia del término plagio es posible hablar de éste cuando estamos en un supuesto de transformación de la obra, vista ésta como cualquier

modificación de la forma de la obra que implique una obra diferente (Bercovitz Rodríguez- Cano, 2003, p. 96). En principio cualquier modificación de este tipo sin la debida autorización no solo significa una apropiación de una obra ajena, y una lesión a la integridad de la obra si dicho acto se ha realizado sin la debida autorización, sin embargo, no pudiéramos hablar de plagio, al menos en el sentido estricto de la palabra. Ello obedece al hecho de que no se ha producido strictu sensu una copia o reproducción de la forma de expresión de la obra, por lo cual considerar la transformación como plagio iría en contra de la propia interpretación restrictiva de la norma.

También se ha delimitado entre el hecho de que la obra se encuentre inédita o se encuentre publicada. A estos efectos Álvarez de Benito afirma que "(...) desde el punto de vista del plagio, la protección de la obra inédita es especialmente rigurosa, en mayor medida que cuando se trata de una obra ya publicada puesto que el perjuicio ocasionado en el primer caso es de mucha mayor entidad, progresivamente más liviano a medida que la obra se integra y se funde con su entorno social" (Álvarez de Benito, 2003)

A nuestro juicio el hecho de que la obra se encuentre publicada o no, no incide en la conducta o en el carácter ilícito del plagio, pero sí en el daño que se provoca con dicho actuar. Con este actuar se está provocando una verdadera lesión en el derecho de divulgación de la obra. En el ordenamiento jurídico nicaragüense el carácter inédito de la obra es una de las circunstancias agravantes de este tipo de delito, según el artículo 251 del Código Penal, las sanciones previstas para este tipo de delitos "se incrementarán en una tercera parte en sus límites mínimos y máximos, cuando recaigan sobre una obra no destinada a la divulgación".

1.2. Tipos de plagio

La propia indeterminación que existe en la figura del plagio ha provocado disímiles clasificaciones, al respecto no existe una posición única ni determinada. Autores como Ruipérez & García-Cabrero (2016) hablan dealmenos tres tipos de plagio, pero en sentido totalmente distinto. Dichos autores se refieren a que existe un tipo de plagio estrictamente jurídico, uno que responde a una utilización coloquial del término como "acción de copiar" y otro que tiene una marcada perspectiva académica.

Estos autores, citando a Dreier y Ohly, Kastner, entre otros, consideran que el primero de estos tipos de plagio existe solo cuando nos encontramos en presencia de derechos de autor reconocidos sobre la obra y hay intencionalidad en el engaño. Por otra parte consideran que existe plagio académico citando a Fishman cuando alguien: 1) Usa palabras, ideas o elementos de obras; 2) Atribuibles a otra persona o fuente identificable; 3) Sin especificar la obra o la fuente de la que se ha obtenido; 4) En una situación en la que existe una legítima expectativa de mencionar una autoría original; 5) Con el fin de obtener un beneficio, crédito o ganancia que no necesariamente han de ser crematísticos. Aunque también incluyen dentro de este la perífrasis basada en un original que no es citado o cuando no existe una atribución directa del autor original (Ruipérez & García-Cabrero, 2016)

La clasificación propuesta por los autores reviste especial importancia si se tiene en cuenta la postura que éstos adoptan en relación con el plagio académico, en éste consideran que no es imprescindible el elemento subjetivo de intencionalidad, aunque si su penalización y a estos efectos proponen el delito de estafa científica con criterios de aplicación mucho más severos (Ruipérez & García-Cabrero, 2016)

Por su parte Álvarez de Benito habla de al menos tres tipos de plagio. Aquel que se realiza sin reproducción de la obra y sin elaboración de la misma, y tiene lugar mediante la atribución como propia de una obra ajena; el que tiene lugar mediante la reproducción o imitación servil de la obra original sin elaboración de la misma. A su juicio, este tipo de plagio se limita a difundir una creación ajena con su propio nombre, en el que no existe ningún tipo de elaboración creativa de una parte o de varias de la obra, como sucede en el tercer tipo de plagio reconocido por este autor, el cual puede darse sin reproducción de la obra original (Álvarez de Benito, 2003)

Muy interrelacionado con la anterior clasificación se encuentra la que realizan otros autores a partir de ubicar el plagio dentro del concepto genérico de préstamo. Según Nettel Díaz (2013) existen al menos cuatro posibilidades de préstamo, el directo total; directo parcial; indirecto total; indirecto parcial. Para esta autora el préstamo directo o total constituye plagio, no así en el caso del préstamo directo parcial que es el supuesto de la cita, en el cual según la propia

autora lo trascendente es determinar si el texto tiene interés independientemente de las citas que contiene.

En el caso del préstamo indirecto total entran los supuestos de la traducción y la adaptación, ejemplos clásicos de las obras derivadas, mientras que a juicio de la autora el préstamo indirecto parcial es el campo que se presta a mayor debate, puesto que puede constituir una estrategia para evitar la acusación de plagio al mantener disimulado el referido préstamo (Nettel Díaz, 2013). Sea cual fuera la clasificación adoptada lo cierto es que lo más difícil en el plagio, como nos recuerda Quintano citado por Jorge Barreiro (sf), el problema fundamental se encuentra en determinar cuándo empieza el plagio y cuando termina la originalidad de la obra.

1.3. Distinción del plagio de otras figuras

No se puede confundir los supuestos de plagio con la utilización de anónimos, seudónimos, apócrifos. Para Landeira Prado, es apócrifo como “una subcategoría dentro del seudónimo que se diferencia de éste en que el apócrifo es aquel texto puntual por el que un autor, en un momento concreto y determinado crea una determinada obra, digamos ajena a su línea de trabajo o estilo propio” (2006, pág. 500). El rasgo fundamental para distinguir el apócrifo de otros supuestos como es el seudónimo es la puntualidad del trabajo, es decir, el nombre falso no es el que habitualmente utiliza el autor, sino que este utiliza el apócrifo para un trabajo determinado, lo que puede tener múltiples motivos desde políticos hasta humorísticos.

Para Quintero Olivares (2008) la usurpación de la condición de autor es una forma de plagio, sin embargo, es ello lo que a nuestro juicio no es del todo claro, al menos en una concepción estricta de este término, tal como lo hemos venido apuntando. Desde nuestro entender el plagio es una forma de usurpar la condición de autor, pero no al revés puesto que existen otras posibilidades de usurpar la condición de autor que no es directamente plagio, este es el caso por ejemplo de la suplantación de la personalidad del autor.

La suplantación de la personalidad es otro de los supuestos que también es necesario distinguir del plagio dada la estrecha interrelación que existe entre ambas figuras es el supuesto de suplantación

de la personalidad. Figuras en las cuales, como ha sido reconocido por la doctrina, existe una evidente interrelación, pero sin embargo no puede decirse que exista una idéntica coincidencia entre una u otra figura. La suplantación de la personalidad debe ser entendida como “el acto por el cual un autor crea una obra original atribuyéndosela a un tercero” (Landeria Prado, 2006)

La suplantación, por lo general, se sustenta en motivos de falsificación, engaño o lucro, sin embargo, quien realiza el acto de suplantación no se arroja de la condición de autor o creador, sino que convierte a un tercero autor de la obra del creador, es decir, en estos casos de suplantación se hace en beneficio de un tercero, o es otro quien se ve beneficiado de la condición de autor. La suplantación de la personalidad está estrechamente relacionada con el denominado por la doctrina plagio inverso, en el que se coloca el nombre de una persona ajena a la creación de la obra para aprovecharse de la reconocida fama de aquél (Del Río Labarthe & Astocondor Valverde, 2013). El plagio tampoco puede ser confundido con la falsificación puesto que en este acto no existe una apropiación de la condición de autor.

2. La protección penal del plagio: especial referencia al ordenamiento jurídico nicaragüense

No existe uniformidad en relación con la regulación de esta figura en las normas penales y las normas de derecho de autor. En aquellos países en los que no se encuentra tipificada esta conducta autores como Ortega Domenéch, (2005) consideran que el plagio puede ser penalizado como un delito de estafa, posición esta que, según el propio autor, asume el Código de Propiedad Intelectual francés. Sin embargo, más allá de lo acertado o no de esta posición que merece un estudio más detallado en relación a lo que el Código Penal de cada país tipifica como estafa, lo cierto es que esta posición parece mucho más acertada que la adoptada por la Corte Suprema de Justicia colombiana en la sentencia de 28 de mayo de 2010 de la Sala de Casación Penal.

Esta sentencia, si bien fundamenta, la importancia crítica que la propiedad intelectual ha tomado para el Derecho Penal (Rengifo García, 2010) realiza una

interpretación extensiva del precepto penal que en el ordenamiento jurídico colombiano protege los derechos de autor y derechos conexos y apoyado en el bloque de constitucionalidad de este país, penaliza una conducta de plagio aún cuando este ordenamiento jurídico no penaliza dicha conducta ni de forma expresa o indirecta. En este sentido hay que reafirmar nuestra posición en relación a que la utilización de analogías no solo va en detrimento del principio de intervención mínima, sino también va en contra de la propia seguridad jurídica que cualquier ordenamiento jurídico debe aspirar a poseer. Por lo demás, ya en nuestro caso, la interpretación analógica contra reo está expresamente prohibida por el art. 10 CP Nicaragua.

Según Lipszyc (2006) los requisitos para la tutela penal de los derechos de autor son: 1) que se trate de una obra protegida, por aplicación de los principios generales sobre la protección de las obras; 2) que la utilización no se haya efectuada al amparo de una limitación del derecho de autor o de los derechos conexos; 3) que el plazo de protección se encuentre vigente, es decir, que no se haya extinguido el derecho; 4) que la conducta del agente se adecue a una figura típicamente incriminada; 5) la existencia de dolo en el agente y 6) el ánimo de lucro que no es un elemento constitutivo de las figuras delictivas contra el derecho de autor y los derechos conexos, excepto cuando la norma que tipifica el delito lo exige expresamente (Lipszyc, 2006). En nuestro caso, respecto al ánimo de lucro, el art. 247 del CP de Nicaragua, con buen sentido se conforma con el propósito de detener un beneficio económico.

2.1. El plagio como conducta punible

El delito de plagio es un delito de resultado, puesto que la acción típica provoca una lesión al referido bien jurídico. Lipszyc (2006) delimita las tipificaciones de las lesiones contra los derechos de autor en tres clases 1) lesiones al derecho moral; b) lesiones a los derechos patrimoniales y c) lesiones mixtas, al derecho moral y a los derechos patrimoniales. En este sentido considera, con acierto, que el plagio provoca una lesión de tipo mixto, puesto que provoca lesiones tanto los derechos morales como en los patrimoniales. Incluye al plagio dentro de las lesiones mixtas.

En el caso del delito de plagio teniendo en cuenta que este lesiona tanto derechos morales como derechos patrimoniales, y siendo los primeros intransmisibles es lógico que los autores siempre sean víctimas de este delito, sin embargo, en el caso de la infracción de los derechos patrimoniales habría que determinar si existe cesión o licenciamiento de dichos derechos para poder determinar si además del autor otras personas pueden ser consideradas víctimas de dicho delito o simplemente perjudicados.

Como bien refiere Echavarría Arcila (2016), el tipo penal de plagio es compuesto, puesto que “describe tres diversas conductas que constituyen, por sí mismas, una descripción típica autónoma y que deben realizarse de manera acumulativa. Según esta autora estas tres conductas son la copia, *la apropiación y la utilización*.”

Es necesario tener en cuenta que estas conductas por lo general se realizan de manera coincidente, de hecho es común que se utilice indistintamente los términos “copiar o apropiarse” de obras ajenas (Quintero Olivares, 2008) para referirse al mismo fenómeno, al plagio, además de que no siempre es posible distinguir entre apropiación y/o utilización, incluso se pudiera argumentar que la copia es una forma de estas últimas. Sin embargo, como bien nos refiere Echavarría, la mejor forma de poder valorar la distinción que existe entre estas conductas está dada por el hecho de los disímiles derechos que se laceran con cada una de estas conductas.

En el plagio siempre concurre la usurpación de la condición de autor. La infracción al derecho moral del autor tiene lugar siempre en el derecho de paternidad, pero no siempre de la misma forma en otros derechos como el de integridad de la obra, o la lesión a los derechos patrimoniales en igual medida, ello está determinado por el hecho de si el plagio es parcial o total, en el primer caso existe, por lo general una lesión al derecho de integridad de la obra, puesto que la misma se ha transformado, además de la vulneración de los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución también presentes.

En los delitos contra los derechos de autor y especialmente en el delito de plagio, es imprescindible distinguir entre el bien jurídico protegido y el objeto material de la acción típica, visto este último como

la realidad material o inmaterial en la que se basa el bien jurídico y que esvalorativamente neutra (Arauz Ulloa, 2003). En correspondencia con este concepto podemos afirmar que mientras el bien jurídico son los derechos de autor, que tienen una naturaleza compleja, pues se encuentra integrado por facultades de carácter moral y patrimonial (Jorge Barreiro, sf); por el otro, el objeto material de la acción de plagio es la obra literaria, artística o científica, la cual como hemos venido argumentando necesita ser original para ser protegida. Como objeto inmaterial la obra necesita ser fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio y que no necesita inscripción registral para ser reconocida como tal, así como tampoco los derechos que se reconocen sobre la obra. (Boix Reig & Jaraño Leal, 1996) (Jorge Barreiro, sf).

La protección deferida por el ordenamiento jurídico nicaragüense en el apartado in comento, no se extiende a otros supuestos de plagios como puede ser la interpretación o ejecución de las obras, aun cuando el tipo penal se refiere al ejercicio no autorizado de los derechos de autor y los derechos conexos, lo cierto es que el apartado a aplicar solo se refiere a “autoría” y los artistas intérpretes y ejecutantes no son considerados autores en el ordenamiento jurídico nicaragüense. Ello a su vez trae a colación otro tema de singular importancia como es el hecho de considerar como objeto material del plagio en este tipo de prestación intelectual, que, si bien no es susceptible de ser protegida como obra, dado los criterios que el legislador utiliza para delimitar a este si puede estar dotada de la suficiente creatividad como para ser considerada una creación de naturaleza intelectual.

Sin embargo, una vez más, la trascendencia del bien jurídico protegido y su correlación con otros principios de aplicación del Derecho Penal como es el de intervención penal mínima nos lleva a desistir de la idea de concebir como objeto de plagio, al menos punible, la interpretación o la ejecución.

2.1.1. La autorización ¿justificativo del delito?

La autorización es vista en los delitos contra la propiedad intelectual como justificativa del delito. El Código Penal de Nicaragua establece como uno

de los elementos que configura el tipo penal realizar cualquiera de los actos establecidos en la norma sin autorización escrita del titular del derecho lo que desecha de plano la posibilidad de concebir otras formas de autorizaciones como son las autorizaciones tácitas.

De manera general, para los delitos contra los derechos de autor, el consentimiento es causa de atipicidad (Jorge Barreiro, sf) (Boix Reig & Jaraño Leal, 1996). En correspondencia con ello las autorizaciones en esta materia suponen que se deba precisar quién es el titular de los derechos para averiguar si ha sido quien ha concedido dicha autorización, y en qué términos, en otras palabras, la suficiencia de la autorización. Este último elemento tiene que ser además analizado en correspondencia con el hecho de que las autorizaciones no siempre son necesarias. En determinados supuestos, contemplados por la propia Ley de Derechos de Autor, es posible utilizar la obra sin contar con dicha autorización, dada la existencia de limitaciones, sin embargo es supuesto tampoco parece tener cabida en el delito de plagio teniendo en cuenta que la obra solo se puede utilizar en ejercicio del derecho de cita y en este supuesto existe una utilización de la obra más nunca una apropiación de la misma, dado que dichas citas solo se pueden ejercer sobre obras ya divulgadas, en la medida justificada por el fin que se persiga, conforme a los usos honrados e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, tal como prevé el artículo 32 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos, ya citada.

Al respecto parece que el legislador penal obvió en el caso del apartado f) el caso de que no puede existir atribución falsa de autoría aún cuando se tenga autorización del único titular de esta. En el caso de la autoría, y específicamente del delito de plagio resulta totalmente imposible justificar el acto bajo un error vencible o invencible o error de prohibición puesto que el carácter ajeno de la obra enerva cualquier posibilidad de que ésta pueda ser apropiada por un tercero, dado que es imposible conceder autorización para este fin, y al respecto no pudiera existir error en relación al alcance de la autorización o sobre su necesidad.

La intervención de autores "negros" no puede ser confundida tampoco con la intervención de auxiliares en la realización de la obra. Dicha intervención tiene

como límite la relevancia creativa, como afirma Álvarez de Benito si el auxiliar no aporta ningún elemento creativo estamos en presencia de un trabajo mecánico, si ocurre lo contrario es un caso de coautoría (Álvarez de Benito, 2003)

Estos se han denominado indistintamente como colaboradores o correctores, o de modo indirecto como jornaleros, esclavos literarios o negros, este último término se debe en criterio de Landeira Prado (2006) por el trabajo oculto y oscuro que realizan, enajenando su paternidad a cambio de estipendio económico. Este propio autor denomina como tal al "autor de una obra, principalmente literaria, cuyo derecho moral de paternidad –autoría en su sentido más amplio- es transmitido a un tercero, generalmente a cambio de una retribución, el cual divulgará y/o publicará la obra como si fuera su legítimo autor" (Landeira Prado, 2006, p.504)

No sería descabellado pensar que el encargo realizado para que se realice dicha obra en el caso de este espurio sistema de colaboración, pudiera ser considerado una suerte de autorización. Sin embargo, está de más afirmar que dado el carácter irrenunciable de los derechos morales, este acto se encuentra fuera del comercio, como bien opina Landeira Prado (2006), posición que compartimos. Sin embargo, pese al carácter nulo de este contrato lo cierto es que en este supuesto tampoco nos encontramos en presencia de un supuesto de plagio dado que no ha sido ignorada la figura del escritor y existe una contraprestación económica.

Coincidimos con Del Río Labarthe y Astocondor Valverde (2013) en que, a nuestro juicio, en sede de derechos de autor como ramas administrativas, el autor no tiene facultad para autorizar el plagio sobre su obra no solo porque existe una vulneración de los derechos morales de los autores, sino también por un interés público, el interés del consumidor y usuarios de las obras de poder vincular la obra con su verdadero autor. En este mismo sentido otros autores como Antequera Parilli (2011) coinciden en afirmar que implica un atentado contra la fe pública y el patrimonio cultural.

2.2. Sujetos del delito: activo y pasivo

El sujeto activo, en principio, puede ser cualquiera, siempre y cuando sea diferente al creador, dado que el autoplagio no llega a formar parte nunca de la prohibición. Sin embargo, polémico resulta la concepción del plagio en el caso de una obra que sea producida en coautoría, para Goyte Pierre y Mejías Rodríguez (2012) si es posible que en esta materia el otro coautor sea autor de un delito contra los derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, en el delito que nos ocupa, teniendo en cuenta que la conducta del autoplagio no implica penalización alguna, hay que precisar que ello solo es posible siempre y cuando uno de los autores haya utilizado la aportación que haya realizado otro coautor, siempre que dicho aporte se encuentre bien delimitado, puesto que más controvertido sería justificar que nos encontramos ante un delito de plagio cuando la obra se ha realizado bajo un supuesto de coautoría perfecta en el cual es imposible determinar la contribución de cada uno de los coautores. En este caso estaríamos ante una infracción de los derechos de autor, pero no específicamente ante un delito de plagio, propiamente.

En relación a las formas de autoría, Echavarría Arcila (2016) opina que el delito de plagio puede ser susceptible de cualquier forma de concurso de personas, cuales son la autoría material, la coautoría, la autoría mediata, la determinación y la complicidad; sin embargo, otros autores como Quintero Olivares (2008), refiriéndose a los delitos contra los derechos de autor de manera general, es del criterio que estos delitos son de simple actividad, por lo que es susceptible que en los mismos exista coautoría, aunque no participación, así como tampoco formas imperfectas de ejecución. Parecido a este último criterio es el sostenido por Jorge Barreiro para quien en estos casos nos encontramos en presencia de una "modalidad delictiva que se ajusta a la estructura de los delitos de mera actividad, siendo posible la tentativa, y difícil o imposible la frustración" (Jorge Barreiro, *sf*, p. 773). Criterio con el que estamos totalmente de acuerdo.

Por otra parte, se encuentra la figura del sujeto pasivo, quien ha de ser el titular de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. En el caso de los derechos

de autor, dado el carácter inmaterial de la obra, objeto de protección hay que distinguir entre el autor de la obra, los cesionarios de los derechos que existan sobre la misma y el titular del soporte material que contiene la obra, son supuestos totalmente diferentes. La doctrina autoralista distingue entre el corpus mysticum y el corpus mechanicum, la adquisición del soporte que contiene la obra no implica la adquisición de derechos a menos que expresamente así se haya pactado en el contrato traslativo del dominio sobre el soporte.

2.3. El elemento subjetivo: el dolo

El elemento subjetivo exige el dolo, ha de existir una actitud clara de querer aprovecharse del trabajo de otro, conciencia y voluntad en querer realizar la conducta típica prohibida penalmente. Para Quintero Olivares (2008), los delitos contra los derechos de autor, dentro de los que incluye el plagio son delitos concurre el dolo directo, por lo que no solo debe existir la voluntad de explotar la creación ajena, sino también una acción material concreta y plasmada en hechos.

Para otros autores como Del Río Labarthe y Astocondor Valverde (2013), es posible al menos en el orden teórico hablar incluso de dolo eventual especialmente en aquellos supuestos en los cuales provocar el daño a la obra y su autor no sea el objetivo central del autor del delito sino "la posibilidad de lesionar el derecho de autor de terceros con absoluto desprecio por la paternidad de la creación" (Del Río Labarthe y Astocondor Valverde, 2013, p. 335).

A nuestro juicio esta posibilidad, si bien discutible desde un plano teórico, parece tener poca probabilidad en la realidad dado que el mero desprecio por la paternidad de la creación ya guarda el mérito suficiente para que estemos hablando, en materia de derecho de autor, de un daño. Además, en el elemento subjetivo del tipo penal del plagio tiene especial importancia la concepción de ajenidad de la obra, aún cuando no se sepa en realidad de quién es.

La ajenidad está estrechamente relacionada con el conocimiento que se tenga de la obra, al respecto Echavarría Arcila (2016) habla de que este conocimiento puede ser real o potencial, sin embargo, lo cierto es que es poco probable que el plagio tenga lugar si dicho conocimiento es potencial puesto que la

realización de la actividad de plagiar supone la copia, actividad esta que no puede desarrollarse si no existe un conocimiento real de la obra.

La ajenidad está interrelacionada con una conducta que es básica en el plagio como es la copia o reproducción, según Rengifo Garcia, para que esta última exista es necesario además de la similitud objetiva la prueba de que “en efecto el demandado tuvo la posibilidad de conocer, usar o acceder a la creación del demandante” (Rengifo Garcia, 2010, p. 313).

2.3.1. El ánimo de lucro

Como bien refiere Lipszyc “Una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a los precitados derechos sería inocua” (2006, p. 551), sin embargo, es necesario conciliar los intereses merecedores de tutela jurídica que se manifiestan en el derecho de autor con otros intereses presentes en la sociedad y que también forman parte de la convivencia social como es el principio intervención penal mínima, que no es más que un principio rector de aplicación del Derecho Penal.

Para Goyte Pierre y Mejías Rodríguez (2012) se configura a partir de dos supuestos, el primero que solo los actos más graves realizados contra el bien jurídico son los sancionados penalmente y siempre que exista una justificación jurídica la solución hay que ubicarla en sede no penal. En este contexto resulta imposible olvidar que la represión penal tiene que tener un carácter excepcional aplicada solo cuando la conducta sea de cierta entidad y sea potencial y apreciablemente dañosa (Benito, 2003).

Para los primeros autores, anteriormente citados, el ánimo de lucro es el pivote alrededor del cual se distancia el ilícito civil del ilícito penal, lo que marca la relevancia o no de este tipo de ilícito. Mientras que para otros no es más que un elemento subjetivo adicional de la conducta típica (Del Río Labarthe & Astocondor Valverde, 2013).

El ánimo de lucro se define de una manera amplia como el propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, sin embargo, la doctrina penal consultada es del criterio que, a los efectos de esta figura delictiva, dicha interpretación no puede ser realizada de manera amplia o extensiva. Una de

las consecuencias de este principio de intervención penal mínimo es la interpretación restrictiva del precepto penal, por ello el “ánimo de lucro” debe ser interpretado en el estricto sentido de lucro comercial (Duro, 2006).

Constituye esta una posición que es asumida por otros reconocidos penalistas dentro de la doctrina española, que considera que el ánimo de lucro no es más que una patrimonialización de estos delitos, aun cuando en determinados casos como el delito de plagio exista una afectación tanto a los derechos morales como a los patrimoniales que se reconocen sobre la obra, siendo estos derechos el bien jurídico protegido (Díaz y García Conlledo, 2002). Sin embargo, a nuestro juicio a pesar de esta patrimonialización ello no puede ser entendido como que el bien jurídico protegido sean solo los derechos o facultades patrimoniales, sino todo lo contrario, los derechos de autor en su concepción compleja, incluyendo tanto uno como otro derecho.

Para los ya citados, Goyte Pierre y Mejías Rodríguez (2012), la valoración del lucro como elemento subjetivo adquiere otro matiz dada la presencia de los derechos patrimoniales. Aunque los autores no explican, de manera clara, por qué la presencia de estos derechos incide en que la valoración del lucro adquiera otro matiz, es imposible a estos efectos obviar la especial regulación que entorno a los mismos existen. Los derechos patrimoniales de autor son derechos independientes cuya explotación puede ser realizada de manera indistinta, y constituyen el fundamento para que los autores puedan recibir beneficios económicos provenientes de la utilización de la obra por cualquier medio, forma o proceso, tal como ha sido previsto en las reformas realizadas al Decreto No. 22-2000, Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y Conexos, realizadas por el Decreto No. 24-2006, aprobado el 29 de marzo del 2006.

En el análisis de la conducta hay que tener en cuenta la existencia de ánimo de lucro, el beneficio económico obtenido del plagio y el daño patrimonial que sufre el autor plagiado, estos son elementos totalmente diferentes. La importancia del daño a los efectos de la pena es nula, a estos efectos es necesario tener en cuenta que existe una equiparación del plagio total al plagio parcial a los efectos de la represión penal de la pena. Esta posición según Álvarez de Benito (2013) obedece a razones punitivas. En sede civil esta

distinción si es trascendente, trascendente dado que puede ser que el plagio realizado no provoque una afectación a la obra original lo que además puede estar determinado por el hecho de que sea el plagio total o parcial.

El ánimo de lucro y beneficio económico no se pueden confundir, todo beneficio económico tiene ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro se materializa por medio del beneficio económico. La regulación prevista en el ordenamiento jurídico nicaragüense contempla el término de beneficio económico y no el ánimo de lucro. Principio este concepto es más preciso que el de ánimo de lucro, al menos en los términos que hemos venido analizando, sin embargo, no por ello deja de ser impreciso, y hasta cierto punto controvertido.

En la doctrina española autores como Díaz y García Conlledo (2002) han sostenido que el término ánimo de lucro, utilizado en este ordenamiento jurídico hay que entenderlo como ánimo de enriquecimiento, ánimo de obtener una ventaja patrimonial. Interpretación con la que estamos de acuerdo y que tiene un significado similar al término utilizado en la norma nacional de beneficio económico. Este término debe ser interpretado según el contexto teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, así como en relación con el propósito de perjudicar a otro, demostrándose en cada uno de los supuestos cuál es la ventaja patrimonial que se ha obtenido con el actuar que infringe los derechos de autor.

No es dable olvidar que el término de beneficio económico, en principio, debería desempeñar, al igual que el de ánimo de lucro, la función de determinar cuándo la conducta infractora tipifica un ilícito penal y cuándo no. Aunque esta función no es precisamente la desempeñada en el ordenamiento jurídico nicaragüense, dado que el artículo 251 del CP contempla la ausencia de este propósito como una atenuante; por ende, el beneficio económico no puede ser entendido como uno de los límites entre el orden penal, civil o administrativo. Creemos que este tema deberá ser tenido en cuenta legerferenda a los efectos de una futura modificación de este tipo penal.

2.4. Bien jurídico protegido y la naturaleza del delito de plagio

No existe consenso en la doctrina en relación al bien jurídico protegido en el delito de plagio y su ubicación en los Códigos Penales. En el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, pese a que el delito de plagio se encuentra enunciado en el apartado correspondiente a los delitos socioeconómico, autores como Álvarez de Benito (2003) consideran que el motivo de la prohibición que se materializa en la tipificación no son los daños ocasionados en los derechos patrimoniales del autor o de los titulares sobre la obra, sino la defensa de la titularidad intelectual, es decir, el derecho moral a la paternidad de la obra. Sin embargo, este no es un criterio uniforme otros autores esgrimen que el bien jurídico tutelado en este país son los derechos económicos de los titulares de la propiedad intelectual (Duro, 2006).

En correspondencia con esta posición, autores como Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto y Piñol Rodríguez refiriéndose al ordenamiento jurídico español, esgrimen que la concepción del plagio dentro de este tipo penal se hace precisamente por el riesgo de lesión a los derechos patrimoniales reconocidos a su autor, este carácter es además reforzado, a juicio de estos propios autores, con la exigencia existente en ese momento del ánimo de lucro como elemento del tipo penal en el ordenamiento jurídico español (2011).

El tema de los bienes jurídicos que se protegen no constituye un tema baladí, todo lo contrario, y guarda una estrecha relación con el ejercicio de la acción y la necesidad de que su carácter sea público o semipúblico. En esta materia un importante debate ha tenido lugar en el ordenamiento jurídico español donde el requisito de perseguibilidad de los delitos contra la propiedad intelectual² y la propiedad industrial ha sido objeto de varias modificaciones. Cuando los delitos contra los derechos de autor tenían el carácter de ser semipúblicos la denuncia del perjudicado constituía un requisito de perseguibilidad, sin embargo, el denunciante no puede forzar luego su sobreseimiento aun cuando retire dicha denuncia (Álvarez de Benito, 2003)

² El ordenamiento jurídico español en sentido general nombra a la propiedad intelectual lo que el ordenamiento jurídico nacional nombra derecho de autor y derechos conexos, y propiedad intelectual tanto a estos como la propiedad industrial. Esta última posición es la que mantienen la mayoría de los países pertenecientes al sistema continental de los derechos de autor e incluso la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Sobre este criterio se ha provocado un enconado debate que se pregunta la factibilidad o no de este carácter en relación con la eficacia de la penalización de este tipo de delitos. Para autores como Duro (2006), la posibilidad de la perseguibilidad de oficio de estos delitos permite la más plena y eficaz persecución penal, en similar sentido García Rivas citando a Busch considera que "la necesidad de instar de parte la persecución de estos delitos no se adecua a los tiempos actuales ni a los hechos" (García Rivas, 1995, p. 120).

Opinión distinta sostienen autores como Rodríguez Moro para quien la "realidad muestra que difícilmente prosperan las acciones penales relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual no presididas por la directa participación de los sujetos agraviados", este autor considera que "la conversión de estos delitos en públicos amplía la intervención del Derecho Penal a casos de poca relevancia, incluso para los propios sujetos agraviados" (2011, p. 14).

Todo parece indicar que el ordenamiento jurídico nicaragüense dispensa a los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos el carácter de delitos público, siendo su persecución establecida de oficio. Sin embargo, no se puede obviar los argumentos que se esgrimen, por parte de la doctrina especializada en la materia en relación a la exasperación punitiva que ello puede significar. Por ello, es importante no olvidar que más allá de los daños provocados con este tipo de delitos que puede alcanzar incluso impactos socioeconómicos, nos estamos refiriendo a delitos cuyo bien jurídico protegido es de naturaleza individual, puesto que la razón de ser de la protección deferida por los derechos de autor, sigue siendo el propio autor y su obra. Más allá de la trascendencia supraindividual de la conducta infractora.

Estrechamente interrelacionado con la posición que acabamos de sostener se encuentra la posibilidad conferida en algunos ordenamientos jurídicos, de escoger por parte del ejercitante de la acción por la vía penal, civil o administrativa a capricho o conveniencia.

A nuestro juicio este último planteamiento es, sin dudas, el de más peso a la hora de desechar la posibilidad de perseguir penalmente el plagio en la obra audiovisual, puesto que la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas, depende

en primer lugar de su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico de cada país, y, además, de las propias particularidades del proceso en materia probatoria y de ejecución de la sentencia en el caso que esta tenga una naturaleza condenatoria.

3. Una propuesta de reforma a la tipificación del plagio

Echavarría Arcila, realiza una propuesta de tipificación del delito de plagio en el ordenamiento jurídico colombiano: "Plagio. El que copie, de manera literal o simulada, uno o más elementos originales de una obra ajena protegida por derecho de autor y se atribuya la autoría de los mismos, incurrirá, si los utiliza públicamente, en (...sanción penal)". (2016, p. 99)

La propuesta, si bien a nuestro juicio está dotada de una depurada técnica en cuanto a la concepción de la conducta del plagio como conducta sancionada penalmente, no ofrece atisbos en relación a los elementos que deben ser tenidos en cuenta para que dicha conducta sea penalmente reprimida.

Si bien la autora especifica en su artículo que dicho concepto parte del plagio punible como concepto restrictivo que penaliza solo las conductas más graves e intolerables, lo cierto es que en dicha propuesta no queda claro como determinar esta lesividad y relevancia (Echavarría Arcila, 2016)

A nuestro juicio cualquier propuesta que se realice en este sentido en la configuración de este tipo penal en el ordenamiento jurídico nicaragüense debe partir por considerar: a) la no utilización del ambiguo término de plagio, sino exponer de forma clara cuáles son las conductas que deben ser desarrolladas por el comisor de este delito de manera acumulable como son la copia, apropiación y utilización de la obra original precedente, b) también es necesario que queden determinados en el tipo penal los elementos que puedan servir para establecer los límites de la intervención penal, los cuales necesariamente debemos encontrar en el beneficio o lucro económico.

Entendido este de la forma anteriormente expuesta, a nuestro juicio no consideramos atinado el criterio de no considerar el elemento del provecho económico como parte de la conducta punible porque el bien

jurídico protegido es de los derechos de autor (ibid). Si bien este no es una circunstancia esencial para la configuración de la conducta del plagio si lo es para poder establecer claros límites entre la protección que esta deferida al ordenamiento jurídico civil y al penal, de esta suerte se propone excluir del art. 251 CP la tipicidad de la conducta cuando se realiza "sin el propósito de obtener un beneficio económico" dejando esta circunstancia a otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

4. Resultados y aportes

A partir de todo lo expuesto podemos concluir que el plagio es una conducta que agrede de forma directa al patrimonio cultural de la humanidad, al no estar determinado el autor de la obra. La conducta de plagio no se encuentra definida ni en las leyes de propiedad intelectual ni tampoco en los códigos penales, ello hace difícil la determinación de los límites de esta conducta, lo que además ha provocado disímiles clasificaciones. El bien jurídico protegido son los derechos de autor, que tienen una naturaleza compleja, pues se encuentra integrado por facultades de carácter moral y patrimonial; mientras que el objeto material de la acción de plagio es la obra literaria, artística o científica.

Para que exista plagio es necesario la existencia de un derecho exclusivo, así como de una obra original. La originalidad constituye el único criterio que hasta este momento se presenta como válido para determinar cuándo empieza el plagio y cuando termina la originalidad de la obra, así como la coincidencia de los elementos sustanciales de una obra con otra. Siendo necesario tener en cuenta no solo la obra, sino en sentido general todo el proceso creativo, a partir de establecer qué es lo sustancial. El plagio reviste trascendencia penal si es divulgado, es decir si el público ha tenido acceso a la obra plagiada.

Una reforma de la tipificación del delito de plagio en el Código Penal nicaragüense debe partir por incluir las tres conductas típicas de este delito, la copia, la apropiación y la utilización de una obra ajena. Además debe existir como criterio delimitador de la conducta que tipifica un ilícito penal de cualquier otro ilícito la existencia de un beneficio económico y el carácter ajeno de la obra, el cual se encuentra interrelacionado con la conducta de la copia, al propio tiempo que se enerva cualquier posibilidad de que ésta pueda ser apropiada por un tercero, dado que es imposible conceder autorización para este fin.

Referencias Bibliográficas

Álvarez de Benito, P. (2003). Obligaciones del autor en el contrato de edición. Madrid: AISGE Fundación y Editorial Reus.

Antequera Parilli, R. (2011). El plagio a la luz de la jurisprudencia y la doctrina administrativa comparada . En Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa (págs. 335-367). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile .

Arauz Ulloa, M. (2003). El bien jurídico protegido. Revista El Derecho.

Asamblea Nacional. (1999). Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Publicada en La Gaceta. Diario Oficial, No. 166, de 31 de agosto de 1999. República de Nicaragua.

Asamblea Nacional. (2006). Ley de reformas y adiciones a la Ley No. 312. Ley de Derechos de Autor y derechos conexos. Publicada en La Gaceta. Diario Oficial, No. 60, de 24 de marzo de 2006. República de Nicaragua.

Asamblea Nacional. (2007). Ley No. 641. Código Penal. Publicada en La Gaceta. Diario Oficial, Año CXIII, No. 83, de 5 de mayo de 2008. República de Nicaragua.

Benito, P. Á. (2003). Obligaciones del autor en el contrato de edición. Madrid: AISGE Fundación y Editorial Reus.

Bercovitz Rodríguez- Cano, R. (2003). La Obra. En R. Bercovitz Rodríguez- Cano, Manual de Propiedad Intelectual. 2da. Edición (págs. 53-81). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Boix Reig, J., & Jaraño Leal, A. (1996). Artículos 270-272. En T. S. Antón, Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II (art. 234 a Disposiciones Finales). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Castán, A. (2009). El plagio de formatos de programas de televisión. En A. Castán, El plagio y otros estudios sobre derechos de autor (págs. 57-73). Madrid: Editorial Reus Fundación AISGE.

Castan, A. (2009). El plagio de la obra cinematográfica. En A. Castan, El plagio y otros estudios sobre derecho de autor (págs. 45-55). Madrid: Editorial Reus, Fundación AISGE.

Del Río Labarthe, G., & Astocondor Valverde, J. (2013). El Plagio: Delito contra el Derecho de Autor. Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 9(Año IX), 329-336.

Diaz y Garcia Conlledo, M. (2002). Voz Delitos contra la propiedad intelectual. En D. M. Luzon Peña, Enciclopedia Penal Básica (págs. 423- 433). Comares.

Duro, C. (2006). Comentario a la circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado. Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003. (S. C. Editorial Aranzadi, Ed.) Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento, 18.

Echavarría Arcila, M. A. (enero-junio de 2016). El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor. Cuadernos de Derecho Penal.

Echavarría Arcila, M. A. (Julio-Diciembre de 2014). ¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 44(121), 699-720.

- García Rivas, N. (1995). Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995. En *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*. Madrid, : Poder Judicial.
- Goite Pierre, M., & Mejías Rodríguez, C. A. (2012). Ilícitos civiles y penales en materia de coautoría. En C. Rogel, & R. Roselló, *Obras originales de autoría plural*. Madrid: Editorial Reus, S.A. Fundación AISGE.
- Iglesias Rebollo, C., & González Gordon, M. (2005). *Diccionario de Propiedad Intelectual*. Madrid: AISGE Fundación, Editorial Reus.
- Jorge Barreiro, A. (s.f.). Artículo 270 coordinador. En G. R. Mourullo, *Comentarios al Código Penal tomo II de la paginas 767 a la paginas 1547* (pág. 767 a 1547). Civitas.
- Landería Prado, R. A. (2006). La autoría figurada y el negro. En C. R. Vide, *Anuario de Propiedad Intelectual 2005* (págs. 491-511). Madrid: Editorial Reus, S.A. Fundación AISGE.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires : UNESCO/CERLALC/ZAVALIA.
- Nettel Díaz, A. L. (enero/abril de 2013). Derecho de autor y plagio. *Alegatos*, 83, 135-152.
- Ortega Doménech, J. (2005). *Arquitectura y Derecho de Autor*. Madrid.: Editorial Reus AISGE Fundación.
- Pierre, M. G., & Mejías Rodríguez, C. (2012). Ilícitos civiles y penales en materia de coautoría. En C. Rogel, & R. Roselló, *Obras originales de autoría plural*. Madrid: Editorial Reus, S.A. Fundación AISGE.
- Quintero Olivares, G. (2008). Comentario a los art. 270, 271 y 272 CP: Delitos relativos a la propiedad intelectual. En *Comentarios al Código Penal (Tomo II)*. España: Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Rengifo García, E. (2010). ¿Es el plagio una conducta reprimida por el Derecho Penal? *Revista La Propiedad Inmaterial*, 14, 303 - 318.
- Rodríguez Moro, L. (2011). Los delitos relativos a la propiedad intelectual como delitos públicos. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*.
- Ruipérez, G., & García-Cabrero, J. (2016). Plagio e integridad académica en Alemania. *Comunicar. Revista Científica de Educomunicación*, XXIV(48), 9-17.
- Suárez-Mira Rodríguez, C., Judel Prieto, Á., & Piñol Rodríguez, J. (2011). Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. En *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. España: Editorial Aranzadi, S.A.U.