



Trabajo final de graduación. (PIA)

El plagio: investigación sobre el tipo penal utilizado en la ley 11.723 de propiedad intelectual.

Pelletti, María Emilia.

Legajo: 36080.

Año: 2017

Resumen:

En la actualidad la propiedad intelectual, representa una temática importante. De esto el plagio y su tipo penal, constituyen una problemática, que afecta al sistema legal impuesto por nuestra Constitución Nacional y al derecho de autor, produciendo diferentes consecuencias. . En este trabajo, se aborda el tipo penal, incluido en la ley 11.723 sobre régimen de propiedad intelectual, por la cual, aquella ley civil, redirige la pena que le corresponde al plagio al código penal, para determinar si la misma resulta, constitucional o no. Por lo que se brindará, una serie de conceptos abarcando los cimientos de la propiedad intelectual y recorriendo el plagio desde lo pedagógico y legal, para lograr la resolución del asunto jurídico que se plantea y el correcto entendimiento del presente trabajo.

Palabras claves: propiedad intelectual- obras- derecho de autor- plagio- pena.

Abstract:

Currently, intellectual property represents an important theme. Of this, plagiarism and its criminal type constitutes a problematic, which affects to the legal system imposed by our National Constitution and the copyright, producing different consequences. In this work, the criminal type is addressed, included in law 11,723 on intellectual property regime, by which, that civil law, redirects the penalty which corresponds to plagiarism to the penal code, to determine whether it is constitutional or not. For what will be provided, a series of concepts embracing the foundations of intellectual property and traversing the plagiarism from the pedagogical and legal, to achieve the resolution of the legal matter that arises and the correct understanding of the present work.

Key words: intellectual property- works- copyright- plagiarism- penalty.

Índice.

Introducción.....	5
Capítulo 1 – Propiedad Intelectual.	
1.1.1 Propiedad intelectual.....	8
1.1.2 Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales.....	9
1.1.3 Propiedad intelectual protección legal.....	10
1.1.4 Característica de originalidad y novedad.....	13
1.1.5 Régimen propiedad intelectual ley 11.723.....	14
1.1.6 La producción científica escritos de toda naturaleza y extensión frases publicitarias.....	15
1.1.7 Obras dramáticas creación cinematográfica programa de televisión.....	17
1.1.8 Dibujos pinturas esculturas y obras musicales.....	19
1.1.9 Registro de obras y explotación.....	21
Capítulo 2 – El plagio.	
2.1 El plagio.....	27
2.2 Plagio en la actualidad.....	29
2.3 Copia ilegal piratería.....	30
2.4 Clases de plagio.....	32
2.5 Plagio servil plagio inteligente.....	41
2.6 La cuestión en la realización del plagio.....	42
2.7 Ética y plagio.....	44
2.8 Ética en la investigación científica.....	44
2.9 Vicisitudes del plagio.....	46
Capítulo 3 - El plagio, tipo penal.	
3.1 El plagio en la ley 11.723 de propiedad intelectual.....	51
3.2 La pena del plagio	52
3.3 El plagio y el tipo penal.....	55

3.4 Bien jurídico protegido en el plagio	57
3.5 Bien jurídico protegido en la defraudación	58
3.6 El injusto penal de la defraudación	60
3.7 El plagio y la denuncia	62
3.8 Denuncia de plagio, proceso y constitucionalidad	64
3.9 El plagio y la idea.....	66
Capítulo 4 – El plagio y la perspectiva penal.	
4.1 Principio de legalidad penal	69
4.2 Principio de legalidad penal y el tipo penal del plagio.....	70
4.3 Analogía penal	72
4.4 Analogía contraria al reo y a favor del reo.....	73
4.5 Derecho comparado, pena del plagio.....	74
4.6 Jurisprudencia sobre plagio.....	79
4.7 Plagio civil o plagio penal	81
4.8 Penas impuestas en la ley 11.723.....	83
4.9 Proyecto de ley constitucionalidad del delito del plagio	84
Conclusiones.....	87
Referencias	
bibliográficas.....	90

Introducción

El estímulo para realizar este trabajo, surge de la indagación a la ley 11.723 sobre propiedad intelectual, tema, donde se descubrió, que siendo el plagio una de las problemáticas más recurrentes que afecta al derecho autoral, la legislación mencionada, no aporta las herramientas necesarias para combatir este delito puntual, debido a que redirige la punición del plagio, al artículo 172 del código penal, denotando una cuestión de incongruencia constitucional y penal respecto al principio de legalidad penal impuesto en el artículo 18 de nuestra carta magna. El hecho de ser una cuestión que implica lo cultural, hace que el debate de la misma presente un menor interés, con respecto a otros asuntos que parecen ser prioritarios, sin embargo la realidad actual, demuestra la necesaria profundización en lo que respecta al plagio como delito, debido a que los autores de obras, sufren este perjuicio y deben recurrir a las vías legales. Por lo cual, la problemática está centrada, en la investigación sobre el tipo penal incluido en la ley 11.723 de propiedad intelectual, convirtiendo a la pregunta del presente trabajo, en la siguiente ¿Incide el principio de legalidad penal impuesto en la C.N., en la redirección que plantea la ley civil sobre propiedad intelectual, a una figura del código penal, para penar el plagio?. Debido a que la persona afectada, se encuentra, ante una doble fase jurídica, ya que la base sobre propiedad intelectual, nace en un plano civil, la pena, que conlleva la transgresión de estos derechos, deben ser y son, según dicha directiva legal, trasladados al ámbito penal, ámbito que presenta sus particularidades específicas y que no siempre coinciden con la posible solución brindada por el marco legal civil. Los objetivos generales y específicos en este desarrollo, son, analizar el tipo penal impuesto en la ley 11.723 sobre propiedad intelectual, para el plagio, como objetivo general. Interpretar las cuestiones básicas sobre propiedad intelectual. Comprender el plagio, como problemática que afecta a los derechos autorales. Entender el plagio, desde el plano jurídico e investigar la base penal que da sustento y resolución a la problemática. Esto se logra a través, de un método descriptivo, exponiendo, analizando y comparando a lo largo de los capítulos, desde lo esencial sobre el derecho autoral, compuesto por la ley sobre propiedad intelectual, hasta concluir en el eje del asunto, la pena del plagio y su constitucionalidad o no, por lo cual se precisa utilizar material de la doctrina tanto civil como penal y constitucional, jurisprudencia, en igual dirección y otras fuentes que hacen a la temática dotándola de completividad. El primer capítulo denominado “Propiedad intelectual”, transcurre y se desenvuelve en los asuntos básicos, sobre dicha materia, con el fin de que el lector interprete y entienda, lo

indispensable para poder gradualmente comprender el fundamento de la cuestión aquí tratada. El segundo capítulo, que se titula “El plagio” aborda la problemática, desde un punto de vista didáctico, para que quien, acceda a este material, pueda distinguir cuando se está, ante una copia ilícita y de qué clase. Estos dos primeros capítulos, se relacionan con los objetivos de interpretar los aspectos básicos sobre propiedad intelectual y comprender el plagio, como problemática que afecta a los derechos autorales. El tercer capítulo llamado “El plagio, tipo penal”, pretende indagar en el problema central, que domina esta investigación, por el cual se examina la ley sobre derecho autoral y qué pena impone para aquel delito. El último capítulo denominado “El plagio y la perspectiva penal” profundiza directamente sobre lo constitucional, penal y su incidencia con el plagio y el tipo penal de aquél, sentando las bases generales que dictamina el derecho criminal y el que deviene de nuestra carta magna y su constitucionalidad o no, con el figura tratada. Estos dos últimos apartados se corresponden con el objetivo general de analizar el tipo penal impuesto en la ley 11.723 sobre propiedad intelectual y además con el secundario de entender el plagio, desde el plano jurídico e investigar la base penal que da sustento y resolución a la problemática.

Capitulo1.

Propiedad intelectual.

En este primer capítulo, se requiere examinar la base de la propiedad intelectual, fijando los parámetros que otorgará respaldo legal, en la presente investigación.

Se identifica con el objetivo de interpretar las cuestiones básicas sobre propiedad intelectual. Para lo cual se hace necesario indagar a la legislación 11.723, en sus aspectos centrales y determinantes, de los cuales surge la relación entre el inicio del plagio y el problema del tipo penal.

1.1.1 Propiedad Intelectual

La historia de la propiedad intelectual se remonta a los orígenes de la imprenta misma, cuando en 1440-1450 aproximadamente, al alemán Johannes Gutemberg, a quien se le atribuye el descubrimiento de este sistema por el cual las personas podrán a partir de dicha invención, reproducir sus textos, producto de la actividad creadora humana. Esto en opinión personal, generó una revolución tanto a nivel industrial como jurídica, ya que por primera vez, estas ideas se plasman de forma sistemática, dando forma a una serie de obras literarias, artísticas y científicas en forma masiva, lo cual indudablemente requeriría de un contexto legal para protección de estas. Así los autores adquieren otro tipo de protagonismo, al respecto, expone Becourt (1988) que:

El autor manifiesta su creatividad manejando de forma personalizada las formas, los sonidos y las imágenes generadoras de una obra, cuyo carácter será único por naturaleza y cuyo destino natural es hacer del objeto una comunicación pública, generadora de su explotación y en la que se mezclaran en lo sucesivo reproducción y representación. La creación en este campo, tiene un carácter impalpable que escapa a cualquier criterio de consumo para situarse al margen del espacio y del tiempo y dentro del patrimonio cultural colectivo de la humanidad. (p.4)

Con la llegada de la imprenta Goldstein (1995) expresa:

El cambio estructural de esa época se reflejó, también, en el sistema jurídico; a pesar de que desde la sociedad veneciana hasta el mismo siglo XV se dictaron algunas normas jurídicas vinculadas con la imprenta, ha sido el siglo XVIII con sus ideas liberales, el que marcó el comienzo de una legislación sistemática sobre el derecho de autor. (p32)

Por lo tanto, el surgimiento de la imprenta como medio idóneo para reproducir las obras, de forma mas técnica y masiva, hizo que el derecho de aquella época se adaptara a los nuevos cambios suscitados, y ante esta inminente transformación en la legislación sobre propiedad intelectual, la naturaleza de los derechos autorales, cobra relevancia, para determinar el tipo de amparo ante el cual, se encuentra el creador.

1.1.2 Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales.

Antes de ingresar al ámbito legal argentino de los derechos que versan sobre el régimen de propiedad intelectual, se debe indagar acerca de la naturaleza jurídica que poseen. A través de la historia se desarrollaron teorías para explicar la misma.

En una primera etapa se encuentra la teoría de concesión de privilegios que aporta el inicio en la protección de las realizaciones nacidas del espíritu humano. Por Real Orden de 1764 bajo el reinado de Carlos III de España, la cual confería al autor y solo a él privilegio exclusivo para imprimir su libro y el privilegio era transmisible a sus herederos (Emery, 2014). En el periodo de 1810-1860 se inicia en Francia y en su jurisprudencia la recepción de los derechos personalísimos, que permitieron vincular el nombre del autor con la obra aun después de su enajenación y a que no sea modificada o divulgada. Esta franja histórica fue decisiva y vital en opinión de quien escribe, para el futuro sobre las garantías que amparan hoy en vigencia a los autores, estos cimientos legislativos permiten vislumbrar lo que vendría en esta materia en todos los territorios constituidos (Emery, 2014). Así nace formalmente la teoría de la personalidad inspirada en la doctrina de Immanuel Kant quien encuentra que la obra es una extensión de la personalidad en si del creador, sería imposible ceder dichas producciones siguiendo esta tesis ya que nunca se puede desprender uno de su propia personalidad (Emery, 2014). La tercera teoría denominada de los bienes jurídicos inmateriales, reconoce al creador un derecho real absoluto sobre su obra, diferenciándose notablemente de los derechos personalísimos. Junto a este desarrollo Edmond Picard esgrimió la tesis sobre los bienes intelectuales, es decir la facultad existente sobre cosas inmateriales como adición de los derechos reales sobre cosas materiales (Emery, 2014). Por último la hipótesis dualista, la cual pretende conciliar las anteriores distinguiendo dos atribuciones interdependientes pero diferentes, una patrimonial y por ende transferible, la otra personal intransferible. (Emery, 2014). La doctrina que impera en nuestro sistema, precisamente en la

ley 11.723 (Régimen de propiedad intelectual) es la de los bienes jurídicos inmateriales y los derechos sobre los bienes intelectuales, ya que adjudica al creador sobre estas facultades intelectuales un dominio similar al existente en los derechos reales, como propietario sobre su obra (Emery, 2014).

1.1.3 Propiedad intelectual protección legal.

El artículo 17 de la Constitución Nacional ¹ declara en su inicio que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella, si no en virtud de sentencia fundada en ley, en otro párrafo indica “... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que acuerde la ley.” Este marco constitucional, es el que brinda el primer acercamiento a la propiedad intelectual, la cual goza de garantía en la carta magna en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro país el marco normativo que rige la propiedad intelectual es la ley 11.723².

En el desglosamiento de la nombrada, se encuentran las directivas mediante la cual los autores obtendrán la protección legal necesaria para que sus producciones, no solo estén exentas de cualquier tipo de agresión al dominio que se tiene sobre aquellas, sino también para realizar los contratos de forma correcta dejando a salvo y bajo legislación especial todo lo atinente sobre propiedad intelectual. El Artículo 1³ indica el marco de protección.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos

¹ Art. 17 C.N. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

² 11.723 Regimen de propiedad intelectual sancionada el 28 de septiembre de 1933 modificada por la 25.036 promulgada en 1998, reformando de esta forma una serie de artículos e incorporando el 55 bis.

³ Art. 1 A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

y conceptos en sí. Aquí el legislador realiza una enumeración del campo legal protectorio, pero este no es taxativo, es ejemplificativo.

El art 1 de la ley 11.723 según fallo de la CSJN ⁴“solo contiene una enunciación de las obras que reciben protección legal, pero omite dar el concepto de lo que se entiende por obra intelectual o científica que la merezca. Sin embargo toda la doctrina esta conteste en que debe tratarse siempre de una de una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral ”

Puntualmente, siguiendo a Satanowsky (1954) “El derecho intelectual tiene como objeto fundamental la obra intelectual, y como sujeto amparado al autor de esa obra” (p.152). La referencia precedentemente expuesta, junto al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deja en claro que las creaciones acreedoras de tutela, inmediatamente extienden esa garantía a favor de sus autores. Ya que el fin último de los derechos intelectuales, es la obra misma y confiere a sus productores un derecho de naturaleza erga omnes. Con lo cual quien escribe, presume que este tipo de atribuciones navegan en una especie sui generis entre los derechos personalísimos y los reales, a pesar de lo antes descripto y respecto a que la ley 11.723, adopta la similitud de la naturaleza de esta clase de potestades a una de carácter real, no se puede hacer caso omiso sobre la característica de personalísimos que surge de los mismos, debido a la creatividad humana incluida en cada acto originado, deviene lógicamente del carácter inherente a la personalidad en sí.

Un párrafo interesante del art 1 el cual recalca “...La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

Diré aquí que el marco normativo no protege la idea, sino la forma de expresión de esas, dando lugar a la confirmación de que las ideas abstractas, más allá de lo discutible, no forman parte del objeto de la propiedad intelectual. Ya que el régimen busca garantizar en su articulado la forma novedosa, original que el artífice adopta y no la representación producto de su intelecto, la cual si nunca llegará a expresar en el ámbito de la realidad ni siquiera podría considerarse existente y menos aún merecedora de protección.

⁴ CSJN, “Nóbile c/ Pcia. Sta. Fe y caja de asistencia social s/ daños y perjuicios”, Fallos 271:368, 1968.

Este presupuesto es indispensable para el entendimiento correcto del proceder de la garantía intelectual y evitar reclamos fundados en cuestiones abstractas que no prosperarían en un ámbito judicial.

Por esto en la causa Cosmopolita SRL c/ Editorial CAYMI Soc. y otros⁵, se dictaminó “En la ley de propiedad intelectual el legislador protege sólo la forma, el modo de expresión, dejando dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad”

Al margen de lo preciso de la concepción de la premisa, para que proceda el resguardo legal, existe un caso donde lo antes mencionado, puede quedar en duda y dar lugar a lo polémico, se trata de la doctrina surgida de “Pantano c/ Jockey Club”⁶. Donde el demandante depositó en el Registro de la propiedad intelectual, bajo el nombre “memoria descriptiva de aplicación comercial” una variante al sistema de apuestas turfísticas triples, que permitió que otros apostadores tuvieran premio cuando sus vales coincidían con el caballo que entrara segundo en la tercera carrera.

Los magistrados interpretaron que “esa modificación al sistema de apuestas triple constituía el resultado de proceso intelectual” que iniciaba con supuestos conocidos y combinaba novedosamente los efectos, dando como resultado una nueva modalidad de juego.

El voto del doctor Bauza manifestó “No tratándose de una idea vaga o difusa, ni de un pensamiento ensimismado de su autor, sino de una idea original, creativa, individualizada y exteriorizada en un sistema que constituye una obra autónoma y original, ella merece la protección legal”

Puede notarse en este falló una evidente protección a una idea y una que era aprovechada por terceros y no por su autor, como es el caso de los apostadores. A criterio de quien escribe estas líneas, un veredicto de este tipo solo genera desconcierto en la doctrina imperante, en cuanto a lo que se pretende cuidar es la obra como producto del intelecto humano y la forma exteriorizada que ésta adquiere al pasar del plano de las ideas a la realidad, y en el mencionado hecho hubiese sido correcto imponer una indemnización por enriquecimiento sin causa evitando una deformación en la hipótesis madre que permite la

⁵ Cosmopolita SRL c/ Editorial CAYMI Soc. y otros, CNCiv, Sala E del 28 de julio de 1983, LL T 1984, B pág. 401/14.

⁶ Pantano c/ Jockey Club. CNCiv, Sala C, del 18 de abril de 1974. ED, 55-457.

garantía sobre propiedad intelectual. Se debe remarcar una vez más, que solo la obra es la susceptible de protección otorgando derechos exclusivos al creador de la misma, no el campo abstracto donde se genera aquella.

En el caso NOP SRL c/ Norma Económica SRL⁷, se puede vislumbrar una noción muy interesante, donde el doctor Pizarro exime de calificar como plagio, cuando la misma convicción es realizada en dos formas novedosas y originales. “El plagio no existe cuando en una obra solo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, desde que puede existir similitud hasta identidad de esos elementos sin haber plagio, pues la idea no tiene autor, a nadie le pertenece en exclusividad ni persona alguna puede ejercer monopolio sobre ella”. Por lo cual “Si en el caso las obras del actor y demandado tienen elementos comunes, pero existen diferencias sustanciales entre sí, no cabe tener por configurado el plagio, debiendo rechazarse la pretensión, ejercida por la accionante”

Este tipo de declaraciones judiciales, son decisivas para construir la teoría en la cuestión del plagio que aquí se desarrollará, estas bases jurisprudenciales sirven para demarcar los límites por los cuales transitara la idea principal de este trabajo. Es de tal magnitud la doctrina antes expresada que ha sido utilizada en reiterados pleitos sobre el asunto como bastión argumental, aseverando que no se configura tal figura, a pesar de la similitud de ciertas características sobre las ideas que versan en la obra, si estas fueron formalizadas y plasmadas con originalidad y novedad que hacen su esencia distinta entre sí.

1.1.4 Característica de originalidad y novedad.

Para poder abogar por los derechos instaurados en la ley 11.723 de régimen de propiedad intelectual. Las realizaciones artísticas, científicas, literarias deben poseer la característica en su forma de expresión de originalidad y novedad, según la directiva vigente. Casado (2011) , indica que original significa: “ Obra científica, literaria, artística o de cualquier otro género producida directamente por su autor, sin ser copia, imitación o traducción de otra” (p.607)

En esta acepción citada se encuentra la definición con pertinencia al asunto tratado, y se precisa que se dice original de una obra literaria, científica, artística o de cualquier género que

⁷ NOP SRL c/ Norma Económica SRL, CNCiv, Sala A, del 31 de octubre de 1989, en ED T. 136, 153/6

resulte producto de su autor y no una copia o imitación y a juicio de quien desarrolla, lo aquí planteado, convierte lo expuesto, en una cuestión de hecho de apreciación del registrador de la obra o judicial en su caso, para determinar cuándo esas creaciones tienen la atribución de ser originales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, aporta claridad al precisar los requisitos de la directiva 11.723 para garantizar una creación, al sentenciar que “debe ser expresión personal, original y novedosa de la inteligencia” . Ahora bien, no es necesario determinar que significa novedad, ya que es un concepto que deriva de “nuevo” y que en el campo intelectual deberá ser determinado en su alcance jurídico, si una obra se realiza a través de una forma a la cual se pueda denominar como novedosa, es decir si posee la cualidad de nuevo, con lo cual vuelve a reducir la cuestión a una apreciación fáctica, por parte de quien corresponda.

Una aclaración con respecto a la ley de patentes, en el régimen de propiedad intelectual no es requisito la novedad absoluta, como si lo es en el primero mencionado, para proteger las obras. Esto es una consecuencia de la ley 11.723 al imponer que no se protegen las ideas, sino su forma de expresión.

1.1.5 Régimen propiedad intelectual ley 11.723.

Luego de describir la protección legal en Argentina tanto en la Constitución Nacional, como en la ley especial, es tiempo de analizar los principales puntos de esta última y perfilar el presente trabajo hacia la temática del plagio que aquí compete.

Se precisa el objeto de la normativa y su resguardo legal, a toda obra artística, literaria, científica y cualquier otro, fruto del ingenio humano. La enumeración del artículo n°1, no es taxativa, precisamente porque el ingenio de la persona y el avance de la tecnología, dan lugar a nuevas formas de creaciones, lo cual hace a estas garantías compatibles con la realidad actual y no limitan la capacidad de producción, siendo aquí el legislador muy claro y acertado.

Por lo que quedan incluidas, las obras televisivas y los programas de software, que gozan de gran repercusión en los tiempos que corren. A criterio personal hubiese sido correcto que al tratar esta directiva, se incorpore el concepto de propiedad intelectual, ya que es necesario recurrir a la jurisprudencia para completar esta idea como ya se describió y citó en párrafos anteriores.

1.1.6 La producción científica, escritos de toda naturaleza y extensión, frases publicitarias.

La defensa que la ley 11.723 de propiedad intelectual realiza, incluye a las obras científicas, escritos de toda naturaleza, frases publicitarias entre otras. Sobre la creación científica el glosario de la OMPI (1980) explica:

Es una obra que trata de los problemas adaptada a los requisitos del método científico. El ámbito de esta categoría de obras no se restringe en modo alguno al campo de las ciencias naturales, ni a las obras literarias de carácter científico. (v. 231)

Se posiciona esta definición, a favor de una mayor amplitud sobre este tipo de producciones, descartando a priori que solo se trate de cuestiones relacionadas con las ciencias naturales, sino que su pauta primordial es cumplir con el método científico establecido, lo cual se considera en esta exposición, un criterio acertado el proporcionado por el glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, fijando así el parámetro de aceptación, para realizar un trabajo científico, el cual posee como fin, ejecutar el método científico mismo, sin importar si su contenido trata o no ciertas cuestiones. Siguiendo a Satanowsky (1954) comprenden las obras científicas:

a) Los trabajos literarios, orales o escritos, de toda naturaleza y extensión, que se refieren las ciencias; b) las producciones didácticas; c) las producciones figurativas o plásticas; d) las producciones dinámicos plásticas; e) los mapas, y f) los modelos y obras científicas aplicados al comercio o a la industria. (p.192)

Queda en evidencia que el autor precedentemente citado, adopta el criterio amplio de admisión en las obras científicas, al brindar una serie detallada de tipos de producciones, a la cuales dota con carácter de científicidad, otro acierto considerado desde estas líneas, por parte de la doctrina, quien repito, no restringe este marco al contenido sino a su proceder.

Con la salvedad que en el caso de nuestra directiva nacional, es extensivo el resguardo como científico del trabajo, a todas las obras que no sean de carácter artísticas o de ficción. Otra cuestión vital y haciendo alusión nuevamente al glosario de la OMPI (1980) que expone:“entre las obras científicas protegidas por el derecho de autor no se cuentan las

invenciones científicas, los descubrimientos, el trabajo de investigación, ni las iniciativas de índole científica” (v. 231) .Esto se debe a que pertenecen al derecho industrial y no al autoral.

Los escritos de toda naturaleza y extensión, que también forman parte de la lista ejemplificativa de garantías amparadas en la ley de propiedad intelectual, son escritos susceptibles de ser apreciados en su contenido emocional, como en la forma de expresión que presenten. Esta es la categoría donde se agrupan la mayoría de las obras como ser los cuentos, poemas, relatos, novelas, narraciones breves, almanaques, programas, manuales, anuarios, guías, etc.

Aquí el contenido debe estar esencialmente relacionado a la exteriorización y ambos importan en su totalidad, para la protección, todo esto con independencia de su finalidad o extensión. El glosario de la OMPI (1980) expone sobre las obras intelectuales:

En sentido estricto, como un escrito de gran valor desde la perspectiva de la belleza y efecto emocional de su forma y contenido y que desde el punto de vista del derecho de autor, la referencia general a las obras literarias se entiende generalmente que alude a todas las formas de obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor o finalidad. (v. 146)

Esta definición explica, que la creación literaria tiene relación directa con la reflexión e inteligencia de quien accede a ella y se puede dejar asentado que mientras la obra cuente con las características de originalidad y novedad debe ser protegida por la normativa sin importar el género al cual pertenece.

Las frases publicitarias o mejor conocidas como eslóganes, se garantizan en la ley 11.723, si cumplen con los recaudos de ser creativas y originales, a pesar de su brevedad. Y además éstas pueden también, estar incluidas en régimen marcario ley 22.362, pero para incluirlas en el régimen de propiedad intelectual, no basta la originalidad relativa como en el caso de la directiva de marcas, sino debe ser considerada una obra intelectual, repito, a pesar de su brevedad.

1.1.7 Obras dramáticas, creación cinematográfica, programa de televisión.

Las obras dramáticas deben ser representadas por medio de intérpretes en el contexto de una actuación específica. Es la obra teatral el bastión en este tipo de expresión, comprende una gran variedad de géneros como ser el drama, la tragedia y la comedia.

Se debe considerar que la jurisprudencia, en el fallo denominado, Martinoli, Carlos C/ Rigual Rodríguez, Carlos A.⁸, ha declarado “que de la economía de ley 11.723 surge que no es necesaria la publicación de la obra para que se ampare a la propiedad intelectual toda vez que esta no se refiere a la impresión de la obra sino a su creación, como manifestación de pensamiento y se halla protegida contra terceros cualquiera sea el medio por el cual se haya llegado a su conocimiento”

Se observa que en la producción dramática, la sentencia judicial determina en forma precisa, que no se requiere como condición sine qua non, la publicación de la obra para su protección, lo cual en este caso es muy importante ya que aquí la creación como manifestación del pensamiento, tiene un lugar preponderante al margen del medio. No coincide quien desarrolla este trabajo plenamente con el fallo citado, ya que aquí se puede confundir la protección de la idea y no de la expresión de aquella como corresponde, la representación de la obra dramática deberá ser contundente para despejar toda posible confusión en cuanto al posible resguardo de una idea, lo cual se dejó asentado no puede proceder legalmente por lo antes fundamentado y también es su publicación necesaria para obtener el autor los beneficios de la legislación nacional.

De las obras cinematográficas y siguiendo al glosario de la OMPI (1980): “son todas las secuencias de imágenes en sucesión fijada sobre un material sensible idóneo, casi siempre sincronizada con sonidos y música, con el objeto de ser proyectadas como filme en movimiento” (v.35). Es una realización compleja y colectiva porque contiene una serie de elementos que le confieren este carácter, como ser el argumento el cual pertenece al ámbito de la obra literaria, la dirección de esta clase de creaciones a cargo de un director el cual influye notoriamente con su personalidad el destino de la obra, la producción que se encarga de los detalles pormenorizados para que el resultado global sea el esperado en su finalidad.

⁸ Martinoli, Carlos C/ Rigual Rodríguez, Carlos A. CNCiv, Sala C, del 21 de septiembre de 1971, JA, 12-1971-287.

Los actores que representan los diversos papeles estipulados para otorgar sentido al guion. Como es de notar se encuentran incluidos en la elaboración de la obra cinematográfica especialistas de varios géneros como ser, técnicos, compositores, escritores, actores de allí que se atribuya la esencia de ser una producción compleja. Pero Jessen (1970) afirma citando a Medina Pérez: “El trabajo de los diversos coautores se funde y da como resultado un todo orgánico y unitario, plasmado en la cinta cinematográfica que como tal es indivisible” (p.114). Esta definición aclara que el trabajo grupal necesario para el desarrollo de la obra formará un todo único indivisible, lo cual a criterio personal de quien escribe esto, es acertado, debido a que sin esa formación única, total, indivisible no se podría hablar de producción cinematográfica sino de una cadena de trabajos independientes y registrables o no por sí mismos. En referencia a la titularidad de la obra cinematográfica el art. 21⁹ de la ley 11.723 otorga la respuesta.

Lo cual demuestra que si bien el trabajo cinematográfico debe ser un todo orgánico en su finalidad, la normativa nacional en la titularidad permite, salvo convenios especiales, que el productor de la cinta pueda por ejemplo proyectarla sin el consentimiento del guionista o el compositor de la música, al margen de los derechos que surgen de la colaboración. De esta forma describe el artículo 21 dos casos más, donde se observa que la titularidad se desliga de la unidad conformada por la obra, lo cual es un tanto contradictorio a la doctrina expuesta, pero es establecida en razón de seguridad para cada uno de los factores intervinientes como ser el autor del argumento, compositor, productor.

El programa de televisión como obra audiovisual es asimilado, a las obras cinematográficas es decir que cuentan con los mismos derechos el autor del argumento, el director, el productor y el compositor de la música, porque al igual que la realización cinematográfica quedan enmarcados en la figura de la colaboración en obras descripta por la ley.

Pero los entretenimientos incluidos en estos programas generalmente no cumplen los requisitos para ser resguardados desde el plano intelectual, porque su originalidad o novedad

⁹ Art. 21.- Salvo convenios especiales: El productor de la película cinematográfica, tiene facultad para proyectarla, aún sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración.

El autor del argumento tiene la facultad exclusiva de publicarlo separadamente y sacar de él una obra literaria o artística de otra especie.

El compositor tiene la facultad exclusiva de publicar y ejecutar separadamente la música.

no representan ni reflejan la necesaria producción del espíritu, según diversos fallos originados en base a peticiones sobre estos. En lo personal disiento con las decisiones judiciales vertidas en este sentido, ya que el entretenimiento o juego es adoptado dentro de un programa de televisión, el cual si está protegido por la ley autoral, por ende no hay motivos para no proteger los pasatiempos allí comprendidos, cuando además la misma 11.723 en la titularidad tanto de elaboraciones cinematográficas o televisas permite el derecho de autoría a cada uno de los partícipes de la creación de la obra.

No debe confundirse que en el supuesto de existir un programa de entretenimientos, integro, original, novedoso debe registrarse y garantizarse como tal, lo antes dicho radica en la cuestión de incluir pasatiempos dentro de los programas de televisión.

1.1.8 Dibujos, pinturas, esculturas y obras musicales

Satanowsky (1954) explica citando a Devillez “el dibujo es la representación de una o muchas figuras, de un paisaje, de un objeto cualquiera, por los medios conocidos” (p.119). La definición que aporta la OMPI (1980) completa la idea general sobre dibujo es: “una obra artística en la que todo tipo de objetos o elementos imaginativos se representan por medio de líneas” (v. 89). Por esto los dibujos están comprendidos en la defensa que brinda la ley de propiedad intelectual en cuanto a derechos autorales. Aunque la jurisprudencia aclara que “No puede ser protegido por la ley todo lo que se dibuje, ni basta que sea un dibujo nuevo, si no está revestido de cierta forma artística, con algo personal y propio del autor”. Lo cual a juicio personal, se considera aquí muy acertado, ya que es congruente con la idea de originalidad y novedad para la procedencia del resguardo legal.

La obra pictórica u pintura tiene su gran diferencia con el dibujo, en que la misma no se limita a combinar líneas para formar figuras producto del intelecto, sino que utiliza el color como un recurso poderoso y distintivo en esta clase de producciones, en cuanto a sus requisitos para ser considerada digna de protección coincide con los del dibujo.

La escultura es aquella representación de ideas, objetos y sensaciones recreada con distintos materiales y en tres dimensiones. La cual es merecedora de ser incorporada a la lista que describe el art. 1 y por ende recibir todas las garantías que esta ley concede a los autores de obras.

En las siguientes líneas de este apartado se tratará la obra musical, la cual representa un tema complejo, por lo que significa la composición de una creación de este tipo. La obra musical garantizada por normativa de propiedad intelectual, está incluida dentro del género de las obras artísticas, como inspiración surgida de la persona combinada con el conocimiento sobre la música que se posee. Son combinaciones de sonidos destinados a ser interpretados por instrumentos musicales o vocales. Estos sonidos son en realidad notas que no pueden ser percibidos por el oído, sino mediante la ejecución de las mismas (Emery, 2014). Se hace preciso el concepto de música, del cual la Real Academia Española afirma: “Arte de combinar los sonidos de la voz humana o de los instrumentos, o de unos y otros a la vez, de suerte que produzcan deleite, conmoviendo la sensibilidad, ya sea alegre, ya tristemente”. De esta exposición brindada por la RAE sobre música, diré a criterio personal que la más acorde en lo que aquí importa, es la expuesta precedentemente, ya que lo que se busca en este trabajo, no es hacer una descripción objetiva de la música o sonidos, sino lograr entender que esta es un todo compuesto de notas, ejecución, instrumentos, voces, y sobre todo emociones que como aclara la RAE, conmueven la sensibilidad humana, por lo cual su protección debe ser integral, considerando cada uno de los aspectos en los que el autor decidió ejecutar en su obra y por esto la importancia de la problemática surgida del plagio. Se aplican a las creaciones musicales las mismas consideraciones generales que en el caso de las obras artísticas en general, la originalidad y novedad como premisas fundamentales para lograr el amparo en esta temática y ante la amenaza de una posible copia ilegítima, es lo primero a considerarse.

La melodía que es el componente indispensable en este tipo de producciones es definida por la RAE como: “Composición en que se desarrolla una idea musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento, en oposición a armonía, combinación de sonidos simultáneos diferentes, pero acordes”. Esta acepción, define en la parte final del párrafo a la armonía en contra posición a melodía como “... combinación de sonidos simultáneos diferentes, pero acordes” esta simple descripción menos tecnicista hace comprender al concepto de armonía y surge del mismo el concepto menos complejo de melodía, como la combinación de sonidos simultáneos y agregare sucesivos. Al respecto Emery (2014) expone

Que el elemento fundamental es la melodía y además está acompañada por la armonía que viste y enriquece a la melodía y el ritmo, que es una sensación determinada por la relación y duración relativa, ya sea de diferentes sonidos consecutivos o de diferentes repeticiones de un mismo

sonido; pero ni la armonía ni el ritmo constituyen una obra independiente de la melodía con relación a la cual se aplica. (p.30)

Por lo cual existen tres elementos que conforman una obra musical según lo antes descripto la melodía como componente imprescindible, la armonía y el ritmo que completan la finalidad requerida.

En el fallo, Cresseri, A s/ Sucesión c/ SADAIC¹⁰ se agrega “El compositor dota de una expresión personal y propia a la forma y desenvolvimiento de elementos melódicos y armónicos y los sujeta a un ritmo determinado, un tono, una intensidad y todas las demás cualidades que tiene la música, por lo expuesto si se mantiene la misma melodía, los cambios de ritmo, armonía, del colorido o de la fuerza de la nota no resultan en una obra nueva”. Esta decisión judicial trata sobre la problemática del plagio en cuanto afirma que el cambio en la armonía, ritmo y todas las cualidades que posee la música, no será considerada una pieza musical independiente si se mantuviera la misma melodía. Se considera aquí que el fallo citado es contundente, correcto y claro, en cuanto deja asentado que la obra, no será nueva en caso de detentar la misma melodía, esto será una premisa de aquí en adelante para el tema que compete en este escrito.

1.1.9 Registro de obras y explotación.

Luego de tratar las cuestiones básicas que expresa la ley 11.723 sobre el régimen de propiedad intelectual, se debe indagar, el procedimiento que la misma, impone a quien pretenda registrar una obra. Como se analizó precedentemente, el derecho autoral entendido desde la doctrina argentina, es un verdadero derecho de propiedad, el cual otorga al creador una garantía “erga omnes”, en este caso se investigará la configuración de este resguardo y su necesaria o no registración, para el perfeccionamiento de aquel. El artículo 57¹¹ de la normativa lo explica.

¹⁰ Cresseri, A s/ Sucesión c/ SADAIC, CNCiv., Sala C del 19 de septiembre de 1978. Publicado en LL 1979-B, Pág. 112.

¹¹ Art.57. - En el Registro Nacional de Propiedad Intelectual deberá depositar el editor de las obras comprendidas en el artículo 1º, tres ejemplares completos de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no excediera de cien ejemplares, bastará con depositar un ejemplar. El mismo término y condiciones regirán para las obras impresas en país extranjero, que tuvieren editor en la República y se contará desde el primer día de ponerse en venta en territorio argentino.

Como se observa el artículo define los requisitos que deberá cumplimentar la persona indicada en aquel, para lograr el registro de las obras descriptas en la primera directiva, es decir las creaciones artísticas, científicas, literarias. Siguiendo a Emery (2014) quien explica:

El sistema de publicidad establecido por esta ley en los arts. 57 a 68, prevé el registro obligatorio de toda obra literaria, científica y artística publicada. Esta obligación tiene la particularidad de que si dentro de los 90 días de publicada la obra, si esta no se registra, el derecho de autor queda en suspenso y surge una licencia o restricción no remunerativa para utilizarla económicamente. (p.257)

El autor referido expresa que existe el registro obligatorio para toda obra científica, literaria, artística una vez que esta se encuentre publicada e incluso existe un periodo de 3 meses a partir de la publicación de la misma, para registrarla, sino el derecho de autor queda en suspenso y solo hay una licencia para utilizarla económicamente. Se considera muy conveniente este análisis llevado a cabo por Emery, acerca de la publicidad de las creaciones ya que este determina, que en la legislación de nuestro país, la registración es una obligación, pero es una obligación que nace a partir de que la obra cualquiera sea su género, se encuentre publicada, con lo cual se determina el momento exacto en el cual la misma es oponible a terceros, naciendo el derecho pleno, a juicio de quien desarrolla este trabajo. Emery (2014) agrega:

A la creación se la puede editar, representar, ejecutar, etc., sin necesidad de autorización alguna, pero siempre con respeto del derecho moral del autor: utilización de la obra integra, sin mutilaciones o adaptaciones, con el nombre del autor y su título, se trata entonces de un registro que sin ser constitutivo de derechos, resulta necesario a los efectos de su ejercicio. (p. 259)

Esta doctrina, vertida por el autor mencionado en esta cuestión, explica que una vez registrada la obra esta puede ser, editada, representada, ejecutada, sin ningún tipo de autorización, lo cual hace de este suceso, un registro no constitutivo, pero como aclara el

Para las pinturas, arquitecturas, esculturas, etcétera, consistirá el depósito en un croquis o fotografía del original, con las indicaciones suplementarias que permitan identificarlas.

Para las películas cinematográficas, el depósito consistirá en una relación del argumento, diálogos, fotografías y escenarios de sus principales escenas. Para los programas de computación, consistirá el depósito de los elementos y documentos que determine la reglamentación. (*Ultima parte incorporada por art. 5° de la [Ley N° 25.036](#) B.O. 11/11/1998*).

autor a quien se sigue, es necesario para el ejercicio pleno de los derechos y se aclara que la representación, edición y ejecución debe ser íntegra, es decir no utilizando determinadas partes o componentes de las obras, y respetando el título, el nombre del autor, con lo cual se coincide, por el resguardo al derecho moral del creador. Todo esto es posible solo al considerar que es un registro no constitutivo, sino caso contrario y a opinión de quien redacta este trabajo, se precisaría de la autorización expresa del autor, asunto que aquí no es requerido, cabe agregar que al utilizar una obra registrada de la forma antes mencionada y sin el requisito de la autorización, no hace lugar a un posible plagio, por ende siempre y en todo caso será necesario respetar las pautas para no incurrir en ese tipo de prácticas ilegales. Por todo lo analizado, se puede concluir el planteo inicial, que a pesar de la obligación de registrar las obras una vez publicadas y dentro de un tiempo estipulado por la ley 11.723, este no es un registro constitutivo, es decir no es necesario para el perfeccionamiento del derecho, pero sí para su ejercicio pleno. Y reiterar que no se puede incurrir en plagio bajo ningún término porque también es violar el derecho moral y patrimonial del autor. Como se estudiará en los siguientes capítulos para configurar el plagio, no es necesaria la publicación de la obra. Por ende a pesar de encontrarse quien debe registrar una creación en mora, por haber transcurrido los tres meses y tenga su derecho de autor en suspenso, una petición por plagio debería proceder en los estrados, ya que como se establece, el plagio se puede producir independientemente de cualquier tipo de formalidad requerida para un posible registro.

Debido a que la problemática del plagio en cuanto a las obras que realice un autor, afecta sus derechos intelectuales, se piensa necesario aquí determinar y precisar, siempre según la directiva 11.723, la duración de la explotación de las obras por parte de sus creadores y luego a quien le corresponda explotarlas en caso de fallecer aquel. El art. 51¹² de la legislación aclara aquel tiempo estipulado.

Aquí se observa, que el autor o el derechohabiente, tienen la potestad de ceder total o parcialmente la obra, pero esto es por un tiempo estipulado por la misma normativa y el

¹² Art. 51. — El autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra. Esta enajenación es válida sólo durante el término establecido por la Ley y confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico sin poder alterar su título, forma y contenido.

adquirente solo tiene el aprovechamiento económico a su favor. Por su parte el artículo 5¹³ de la ley sobre propiedad intelectual explica a quien corresponde la obra y durante que término.

Tanto el registro de una obra como la explotación de la misma, hacen parte de este capítulo sobre las bases de la propiedad intelectual, ya que quien pretende no acometer un delito como el plagio u otros, debe conocer las cuestiones que hacen al autor y sus derechos para no incurrir en la violación de los mismos, y en su posible tipificación penal. Como se observó la ley 11.723 impone un registro no constitutivo pero necesario para el ejercicio de los derechos intelectuales, como ser prueba en un proceso penal sobre plagio. Y la explotación confiere al autor durante su vida estas potestades, para que ningún tercero pueda vulnerar la creación.

A modo de conclusión de este capítulo, queda precisado que el artículo 1 de la ley 11.723 de régimen de propiedad intelectual describe la protección a una serie de obras artísticas, científicas y literarias como se desarrolló en los puntos anteriores. Este catálogo nombrado por tal normativa es solo a modo ejemplificativo, esto quiere decir que puede quedar comprendida cualquier obra autoral producto del intelecto humano, allí no mencionada, si cumple con los requisitos que exige la legislación. En este punto el legislador ha querido evitar la descripción taxativa, evitando la discriminación que puede suscitarse al imponer una lista exacta de obras garantizadas, ya que con el devenir propio de la historia y la evolución tecnológica, la creación y la imaginación humana sufren constantes cambios lográndose así nuevas producciones que, repito, si cumplen con lo dispuesto serán resguardadas como la manda legal explica. Se trató en este apartado de desenvolver los puntos básicos de la propiedad intelectual desde su nacimiento histórico jurídico y además describiendo la protección legal que recibe esta temática en Argentina, haciendo una breve descripción de algunas de las producciones amparadas, las cuales se consideran las formas

¹³ Art.5. - La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor. En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor. En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 24.870](#) B.O. 16/9/1997)

más solicitadas por el autor en la actualidad, sin pretender dejar de lado otras que si bien tienen la misma importancia, la idea central aquí no radicaba en realizar un capítulo dotado de puro tecnicismo, sino la introducción, la base misma de la propiedad intelectual para finalizar en la cuestión del plagio. Cuestión que se abordó, al fijar los parámetros en el análisis de las diversas obras, y cuándo pueden incurrir en un posible plagio, al carecer, como dictamina la ley, de originalidad y novedad en su forma de expresión.

Capítulo 2.

Plagio.

Una vez investigada la esencia de la propiedad intelectual, se precisa examinar el plagio, como problemática desde el punto de vista pedagógico, para que quién acceda, al presente trabajo, pueda comprender la magnitud de este tipo de práctica.

Se presentan definiciones acordes a la temática y caracterización completa acerca del asunto, está relacionado este capítulo, al objetivo de comprender el plagio, como problemática que afecta a los derechos autorales.

2.1 El plagio.

El plagio es definido por Casado (2011) como: “La defraudación, a los derechos de propiedad intelectual consistente en la imitación servil de una obra literaria o artística” (p.636). La evolución de la palabra plagio ha sufrido un cambio por cuestiones históricas ya que en su primera etapa antes de relacionarse con cuestiones autorales, esta se adjudicaba al hecho de robar esclavos o incluso vender o comprar como esclavos a personas que eran libres, era un crimen no del tipo intelectual, luego con el devenir propio de los años, surge la cuestión del plagio como ligado a la copia de obras, precisamente con Marcial, un poeta que vivió entre los años 40 y 102 de nuestra era, quien acusó a Fidentino en calidad de copiarle sus obras e incluso llegó a proponerle Marcial, el regalo o la venta de su obra, para que efectivamente Fidentino pueda disponerlas como suyas, interesante es este dato ya que dicho poeta autor pudo intuir el contenido patrimonial que surge del derecho de la propiedad intelectual. Desde ese preciso momento el plagio fue considerado como una copia de obras, un delito intelectual basado en la utilización o sustracción del ingenio humano producto de determinada persona, expresado de cualquier forma y utilizada por otra. Pero la cuestión patrimonial de los derechos surgidos de las creaciones recién tendrá importancia jurídica en el siglo XV con la recepción del Derecho Romano.

Se sabe que el Almagesto que consta de 13 tomos escrito por Ptolomeo en el siglo II fue el primer plagio documentado por la historia con acusaciones contra el nombrado, por parte de diversos colegas de la época, uno de ellos fue Tycho Brahe astrónomo danés quien imputo que el trabajo de Ptolomeo se basaba en una simple conversión producida del catálogo de estrellas de Hiparco. Luego fue Delambre quien acusó de plagio a Ptolomeo. Por último y mucho más actual Newton (1977) afirma:

Esta es la historia de un crimen científico... Me refiero a un crimen cometido por un científico contra sus colegas científicos y académicos, una traición de la ética y la integridad de su profesión que ha privado para siempre a la humanidad de información fundamental sobre una importante área de la astronomía y la historia. (p.1).

En su libro denominado “El crimen de Claudio Ptolomeo” este autor lo inicia con la tan célebre frase antes citada y hace especial hincapié en los argumentos que concluyen en la demostración del plagio realizado. A criterio personal vertido en estas líneas y a pesar de ser el primer caso de plagio documentado en la historia y ya que sus detractores como quienes apoyaban a Ptolomeo en su argumento, expusieron sus puntos, lo importante aquí y en este trabajo, es el hecho de que este suceso marca el inicio o la reivindicación de los derechos intelectuales de forma manifiesta, forma que a través del tiempo lograría un marco jurídico apropiado para realizar estas denuncias. Explica Indart (2014):

Cuando, en el siglo XVI, Montaigne podía citar a Séneca sin comillas, sabía que se dirigía a una misma comunidad de lectores, formados en la misma cultura humanista y poseedores de las mismas referencias textuales. En esa época, hubiera quedado totalmente fuera de lugar denunciar un plagio. Para Montaigne, tales referencias a los antiguos, fueran o no explícitas, no resultaban ajenas a sus lectores, con quienes compartía los mismos conocimientos y el placer de una complicidad inteligente entre hombres de letras. Ahora bien, la explosión actual de los campos del conocimiento en un sinnúmero de áreas de especialidad hace imposible compartir un saber estable y común. (p.14)

Me permito coincidir con la autora, antes mencionada en su idea sobre el plagio en la antigüedad, ella concibe que la idea de plagio si bien existía, éste estaba de alguna forma entendido, ya que la comunidad compartía el mismo conocimiento y por ende su atribución al autor original no era tarea difícil sino más bien conocida y compartida por la misma cultura que poseían, y que además como ya describimos precedentemente las demandas de plagio en esa época eran bastante impensadas.

2.2 Plagio en la actualidad.

El plagio en la actualidad es una problemática contaste y estudiada por doctrinarios que intentan en sus hipótesis plantear soluciones a los inconvenientes que genera este tipo de hecho en todos los géneros de obras. Indart (2014) afirma:

El plagio es objeto de un implícito y al mismo tiempo de una fascinación, puesto que pone en juego tanto la autoridad del autor como el propio estatus del escritor, cuya dimensión sagrada proviene del Romanticismo. Hoy el plagio es un tema presente en todos los debates, en particular. (p.14)

La autora en cuestión reafirma el pensamiento aquí descrito en cuanto a que el plagio es un tema presente, y además agrega que el mismo, es objeto de un implícito y de una fascinación, con lo cual se coincide plenamente en estas líneas, por la riqueza y profundidad que brinda como tema para ser tratado en el presente trabajo.

Con la globalización el asunto desarrollado, adquiere gran relevancia ya que la invención de internet como medio para compartir, transmitir, publicar, relacionar información de fuente autoral propia u otras como ser películas, música, videos, videos juegos, logran que el derecho de autor pueda ser vulnerado en cuestión de segundos, en los casos de copias ilegales. La velocidad en el intercambio de estas creaciones producto del ingenio humano, absorbe todos los medios antes conocidos para reproducir las obras, como lo era la imprenta, en donde si bien al nacimiento de esta no se contaba con una legislación precisa sobre derechos intelectuales y debía ser el mismo autor quien vigilara que el reproductor no alterara su original, hoy ha quedado en segundo plano, ya que la forma de acceder a estas producciones es mediante una plataforma en línea, o su denominación en lengua inglesa *online*, la cual ofrece en el caso de la creaciones literarias, acceso rápido al escrito que se precise. Se debe aclarar que no se dejó de imprimir libros, sino que el medio más usado es acceder a ellos a través de este formato virtual, lo cual sí tiene un impacto económico, que desarrollare en su correspondiente punto.

Pero esto no solo sucedió en cuanto a las obras de género literario, sino que abarca todo el abanico descrito por el art 1 de la ley 11.723 de propiedad intelectual, es decir las obras artísticas, literarias, científicas vertidas en sus diversas formas.

2.3 Copia ilegal, piratería.

Entendiendo que la piratería es una de las formas de cometer plagio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, enseña que el término “piratería” en general se adjudica cuando se produce una venta ilegal e intencionada de creaciones que están garantizadas por la ley y agrega que la música es el tipo de obra más pirateada, sin dejar de lado a las películas, videojuegos y programas informáticos que también suelen ser parte de este procedimiento de copia y venta ilegal. Dicha organización deja asentado que este tipo de práctica no solo afecta a quienes crean estas realizaciones, sino a toda la sociedad (OMPI, 2007).

Si se acepta como válida esta definición, ¿Acaso es éste, un problema de magnitud social y no solo autoral? Una primera impresión diría que se está ante la violación objetiva de los derechos de propiedad intelectual, no conforme con esto se trata aquí de desentrañar la cuestión final, una copia afecta a la sociedad en cuanto a lo moral, ya que el autor es quien invierte su creatividad, ingenio en dicha obra, pero ésta, es destinada a una colectividad de personas, a la cual si se le entrega una copia o se le engaña sobre su génesis o autor, está siendo moralmente afectada, porque es ocultar el conocimiento o la fuente del mismo, se afirma en estas líneas que es afectar a la comunidad, económicamente se piensa aquí que el impacto es aún mayor considerándose a la sociedad como un todo, y por este tipo de maniobras se crea un mercado ilegal donde según la OMPI, las copias son más baratas que un original, son expandidas en la calle misma o en puestos ambulantes donde no existe el impuesto que todos los comerciantes legales deben tributar, la calidad de las mismas es ínfima comparada a una legal, los controles en la producción son inexistentes pudiendo encontrarse el comprador con textos borrosos, música con sonido deficiente, películas entrecortadas o traducciones inexactas, videos juegos que no se pueden instalar debido a la falta de archivos en los componentes del *software*.

Por ende todo lo aquí descripto produce un desequilibrio manifiesto en la economías regionales, nacionales e incluso la internacional, porque muchas veces estos productos llegan en calidad de importados y saltean los debidos controles. Se concluye que estamos ante la presencia de un gran negocio que impacta definitivamente en la sociedad como lo entiende la OMPI y aquí se coincide con tal opinión.

La OMPI (2007) también expone las razones por la cual se debe evitar la piratería:

La piratería elimina la remuneración económica que merecen los autores, y reduce su capacidad de seguir creando nuevas obras.

La piratería reduce la motivación que pueden tener las discográficas y distribuidoras para seguir invirtiendo en nuevos autores e intérpretes.

El consumidor no está protegido contra las copias defectuosas.

La piratería hace que las copias legales terminen siendo más caras(p.50)

Se procede a analizar esta lista, encontrando que el primer apartado afirma que la piratería elimina la ganancia prevista de los autores y por tal motivo se reduce la producción de obras nuevas, con lo cual se coincide en este desarrollo, ya que el dinero engendrado por este tipo de prácticas nunca llegará a destino de su autor y éste jamás podrá reinvertir para crear nuevos trabajos, la segunda razón para evitar la piratería explica que esta reduce la motivación que pueden tener las discográficas y distribuidoras para continuar invirtiendo, en este particular punto no se coincide aquí en su totalidad, ya que las distribuidoras y discográficas deben continuamente invertir en sus autores o intérpretes, debido a que esta función es la que le otorgara ganancias a las mismas y más tratándose de nuevos talentos donde hoy está comprobado que con la exposición y publicidad debida, es un flujo de ganancia importantísimo a pesar de la piratería. En el tercer apartado el cual expone, que el consumidor no está protegido contra las copias defectuosas, la OMPI, a juicio de quien desarrolla este trabajo, se refiere a la falta de opciones legales que brindan los “puestos” de ventas ilegales al comprador ante el defecto en los productos. Se debe aclarar que en nuestra legislación nacional existe la ley 24.240¹⁴ de defensa del consumidor, en la cual el mismo artículo 1¹⁵ expone lo que legalmente es un consumidor. Es decir el consumidor de obras pirateadas, llamativamente queda incorporado en calidad de tal, para la ley defensa del consumidor al cumplir con las pautas establecidas y ya que en nuestro derecho civil y comercial la buena fe se presume, será una cuestión de apreciación judicial determinar si hubo error de hecho en el comprador al adquirir este tipo de creaciones pirateadas, ya que se

¹⁴ Ley 24.240 Defensa del consumidor, Sancionada 22 de septiembre de 1993. Modificada por ley n° 26.994 del 8 de octubre de 2014.

¹⁵ Art1.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

recuerda aquí que el error de derecho es inexcusable, o si directamente existió mala fe del consumidor.

En la cuarta y última razón que brinda la OMPI para evitar la piratería dice que tal acción, hace que las copias legales terminen siendo más caras, con lo cual se coincide en este trabajo, por el impacto económico generado a partir de la creación de un mercado paralelo ilegal y que no cumple con los controles debidos y requeridos por la ley, con lo cual las copias legales, que si adoptan las modalidades establecidas legalmente deben ser necesariamente más caras.

2.4 Clases de plagio.

Se encuentran diversas clases de plagio, las cuales se deben analizar e investigar en profundidad para comprender, como procede este tipo de prácticas y entender cuando una persona incurre en plagio. Según Soto (2012):

Existen muchos tipos de plagio y maneras de definirlos. A continuación se agruparán en tres categorías y se definirán los distintos tipos de plagio que se encuentran en cada una de ellas. Las diferentes categorías son por forma, método (cómo se ejecutan) y propósito (motivos que llevan a cometerlo.)(p.4)

Forma.

En este punto se analizara la forma, como clasificación del plagio. La forma habitual de producir plagio es copiar la creación de una persona sin su permiso expreso, pero además existen otras (Soto, 2012). Estos otros tipos son:

- Auto-Plagio.

Sobre el auto- plagio, Imran (2010) afirma: “El auto-plagio se da cuando un autor copia nuevamente un trabajo que ya había realizado anteriormente o usa las mismas ideas expuestas en ese trabajo pero con distintas palabras para hacerlo parecer diferente” (p.29).El auto-plagio es a criterio personal, una de las formas más comunes de realizar plagio a nivel académico, y cuando de trabajos literarios o científicos se refiere y es el mismo autor, que somete su propia creación a esta modalidad, esto también puede ocurrir cuando de obras musicales se trate, debido a que el creador mismo puede utilizar desde letras, notas, ritmos, armonías, ya

utilizadas en alguna ocasión y que seguramente obtuvieron el resultado esperado por él, para producir otra composición que parece diferente, pero en esencia sigue siendo la copia de la original.

Ahora, la cuestión problemática en este tipo de plagio se plantea por medio de la siguiente pregunta, ¿Acaso se puede considerar plagio, el hecho de auto-copiarse? Existen dos posturas para analizar, una que considera al autor y la otra a la persona que posee los derechos para obtener rédito de una creación (Soto, 2012). El punto de vista del autor expone, que aquel que emplea ideas de la primera obra para crear una segunda, no puede ser considerada plagio, ya que el mismo al ser autor de la primera realización, tiene consigo los derechos adquiridos, con lo cual puede modificar y utilizar en una segunda obra las premisas que sustentaron la anterior (Balbuena, 2003). Hasta aquí la doctrina impone una directiva básica con la cual se adhiere en estas líneas, siendo el autor mismo quien re-utiliza ideas, notas, ritmo, armonía, letras en el caso de obras musicales y todo aquello que pudiera emplear de la primera obra para servirse en una segunda sin importar su género artístico, literario y científico no importa para el autor delito de plagio. Pero desde la perspectiva de las personas que poseen los derechos comerciales, teniendo en cuenta que todo derecho intelectual por nuestra legislación puede ser cedido o enajenado por un valor pecuniario. El artículo 51 de la ley 11.723 dispone:

El autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra. Esta enajenación es válida sólo durante el término establecido por la Ley y confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico sin poder alterar su título, forma y contenido.

Contemplando que a partir de la cesión o enajenación de la creación, el autor económicamente se convierte en un tercero, al cual si bien nuestra ley respeta el no poder alterar el título, forma y contenido de su obra, desde este intercambio mercantil, el mencionado debe respetar y garantizar a quién adquirió los derechos, el pleno goce de todas las garantías patrimoniales, exceptuando los morales de los cuales el autor nunca se desprende. Por esta situación al existir una obra anterior que posee similares características que la hacen de alguna forma parecida o igual a la que se adquirió, afecta de manera directa a los contratantes ya que deberán competir en el mercado con una obra de gran similitud, disminuyendo el rédito esperado (Balbuena, 2003). Lo antes descripto coincide con la postura

aquí plasmada, descartándose de plano, el auto-plagio, en cuánto afección a los derechos del autor mismo, pero revalorizando e indagando el mismo, en cuanto el autor cede o enajena los derechos patrimoniales que surgen de sus producciones, ya que el perjuicio surgido de adquirir una obra de la cual el creador posee una anterior de cualidades parecidas, afecta económicamente al contrato y debe ser resarcido.

- Falsa autoría.

El segundo tipo de plagio y siguiendo a Imran (2010) quien afirma:

Se presenta cuando se incluye el nombre de una persona como el autor de un artículo sin que esta persona haya hecho contribución alguna en la realización del mismo. Esto incluye por ejemplo el pagar o contratar a alguien para que escriba un artículo y luego incluya su nombre como el autor de éste. (p.29)

Esta clase suele ser frecuente en ámbitos educativos cuando la persona requiere algún tipo de tarea específica la cual cumple, presentando un trabajo de falsa autoría y retribuyendo al verdadero autor, en opinión personal es el tipo de plagio más cuestionable desde lo moral ya que causa perjuicio a la comunidad de forma directa, sea a la educativa o a la general, presentando al presunto autor como causante fuente de una obra destinada a terceros, los cuales son privados de la verdad, por el mero hecho de que, quien lleva a cabo esta práctica no realiza por sí mismo la obra, con lo cual el valor intelectual aportado cualquiera sea el género de la creación queda absorbido por la falsa autoría. Además Imran (2010) explica que:

También se comete esta forma de plagio al poner el nombre de amigos como co-autores sin que estos hayan participado en la realización del artículo, o igualmente incluir el nombre del supervisor o profesor del cual están a cargo como co-autor pensando que al hacer esto le están mostrando respeto u honor a esta persona. (p.29)

Lo que se debe precisar, es que bajo cualquier circunstancia, debe el autor real o los autores reales, estos y nadie más figurar como autores, ya que todos los demás implicados sin colaboración o autoría alguna, significa incurrir en falsa autoría y por ende en plagio.

- Envío doble.

La tercera clase de plagio dentro del grupo forma, es el envío doble y está definido por Imran (2010) quien afirma que: “Se da al enviar el mismo artículo a dos conferencias o revistas diferentes, ya sea para tratar de tener una mayor probabilidad de aceptación del artículo o por otros motivos” (p.29). Se presume en estas líneas que el envío doble, muchas ocasiones responde a una cuestión especulativa, ya sea por la remuneración que se puede esperar o por la expectativa de que la publicación del autor sea aceptada en alguna de las opciones donde se envía.

Las revistas en general tienen los recursos y medios para resolver internamente estos problemas, y si en el envío doble los artículos son aceptados en ambos lugares se produce el auto-plagio antes analizado. (Soto, 2012).

- Robo de material.

En el robo de material Imran (2010) explica. “Este es uno de los actos más severos de plagio y se da al copiar sin autorización material perteneciente a otra persona” (p.29). Esta clase de plagio se manifiesta primero en una sustracción ilegal del material ya sean partituras de música, escritos donde esta manifestada la creatividad, el ingenio de la persona, pinturas, bocetos, planos y todas las creaciones posibles que tengan un valor para la ley de propiedad intelectual, y con esta sustracción una copia de la misma sin el permiso de la persona (Soto, 2012). Como menciona el autor, al que se sigue en esta temática, es un acto de los más severos porque despoja al verdadero autor de su material no solo privándolo del acceso al mismo, sino con el propósito deliberado de plagiar dicho material.

- Copia sin autorización de código fuente.

Según Soto (2012) afirma. “En informática el código fuente es a partir del cual se generan los programas ejecutables que se comercializan posteriormente” (p.5). Se debe aclarar aquí que generar, crear un programa es decir un software, está protegido por ley 11.723 con la modificación suscitada en el año 1998 por ley 25.036, en la cual se tuvo en cuenta el avance informático y considera a los programas fuente y objeto, por ende garantizados al igual que la recopilación de datos. Imran (2010) explica:

Usar fragmentos de código fuente de otra persona sin citarla adecuadamente es también una forma de plagio. Además si el(los) autores no permiten el uso de este código para un uso

específico, se necesita un permiso previo para poder utilizarlo aparte de hacer referencia a la fuente original. (p.29)

Con el propio devenir histórico los cambios tecnológicos y específicamente los informáticos han producido un impacto en la sociedad y por esto las legislaciones actuales consideran todo lo atinente en cuanto a ese campo se refiere, en nuestro estudio, se puede decir que el derecho autoral y el plagio son motivo constante de investigación ya que como lo plantea el autor mencionado, los códigos fuentes deben ser citados e incluso si el autor no permite su uso específico debe precisarse además la autorización expresa de aquel, lo cual se considera conveniente en este trabajo ya que aquí estamos tratando creaciones que se producen a través de medios como ser la programación, la informática, el lenguaje utilizado para las mismas, con lo cual es un tema muy sensible, ya que diariamente se producen multitudinarios usos de estos programas.

Método.

La diversificación de la clasificación de los plagios por el método usado para acometer el mismo presenta una serie de tipos, los cuales son analizados a continuación.

- Copiar y pegar.

El primer tipo de plagio en cuanto a método de realización es descrito por Imran (2010) quien explica. “Se da al copiar texto de una fuente y luego pegarlo en un trabajo propio sin citarlo adecuadamente” (p.29). Es tal vez la forma más cómoda para el supuesto autor de lograr su objetivo, y reafirmo la palabra comodidad en cuanto a que este evita el esfuerzo intelectual, utilizando solo el método de copiar y pegar lo que en realidad pertenece a otra persona, al verdadero autor.

Es una de las formas más frecuentes de cometer plagio, ya que el uso masivo de internet permite, sobre todo en ámbitos educativos, copiar y pegar los trabajos allí expuestos sin citar adecuadamente y con esto facilitar las tareas asignadas u obtener mejores resultados (Soto, 2012). Por todo lo antes expuesto este método de plagio debería ser reconsiderado por quien pretende llevarlo a cabo, debido a que la facilidad en la obtención de información no excusa jamás el no citar la verdadera fuente de la obra.

- Parafraseo inapropiado

Ahora bien, citando a Imran (2010) quien afirma sobre el tipo de plagio parafraseo inapropiado “Ocurre cuando simplemente se intercambian palabras de una oración o un párrafo, o cuando se sigue el mismo estilo dado en la fuente original” (p.30). No se coincide con el autor, debido a que lo necesario para configurar un plagio, no está presente en el hecho de intercambiar palabras de oración o párrafos, sino en la falta de referencia al verdadero autor, porque en todo parafraseo será necesario y a criterio personal, utilizar palabras o intercambiarlas, para no coincidir con la fuente original y convertir al parafraseo en una cita textual.

- Referencia perdida.

Otro tipo de plagio referido al método utilizado y siguiendo a Imran (2010) quien define a la referencia perdida. “Al no citar o referenciar información proveniente de otra fuente se comete plagio, a menos que dicha información sea de conocimiento general por cual no requiere una referencia” (p.30). Esta clase se produce, ya sea por acción es decir transcribir citas, parafrasear, sin la debida referencia con la intención de aparentar ser el autor o por omisión, sea por algún olvido, falta de diligencia o desconocimiento e ignorancia de cómo utilizar las citas o paráfrasis, lo cual también implica plagio según el autor y con el cual aquí se coincide, además aclara este, que cuando la información sea de conocimiento general no se necesita una referencia, esto último es fundamental ya que muchas veces se utilizan en las diferentes obras conocimientos generales es decir, estudiados, conocidos, adquiridos, aprendidos de forma general y que comúnmente la gente utiliza o aplica sin la referencia, que en casos de autores que desarrollan obras particulares sería necesaria, por su particular originalidad y novedad que ya tratamos, creo que esta acotación que ofrece Imran es muy interesante y se adhiere aquí completamente, ya que si se pudiera acusar cualquier obra de plagio por el hecho de usar conocimientos generales, estaríamos frente a una mal catalogación del mismo.

- Referencia falsa.

Soto (2012) explica. “Como su nombre lo indica, esta se da al poner una referencia en un párrafo u oración que no corresponde a la fuente original donde se obtuvo dicha información” (p.6). Sucede que en las obras, muchas veces por desconocimiento de las fuentes reales se colocan referencias falsas, lo que produce este tipo de plagio, lo correcto es verificar todo el material previamente a fin de construir una obra con sus referencias verdaderas, exactas y así evitar caer en este tipo de prácticas. Siguiendo a Imran (2010) que afirma. “En el ámbito académico algunos estudiantes a veces ponen muchas referencias solo para tratar de llenar el artículo, sin asegurarse de que las referencias estén incluidas en su apropiado contexto” (p.30). Se está en este punto de acuerdo con Imran el problema académico, muchas veces “solucionado” por este tipo de plagio, se da en cuanto la persona cree que agregando referencias a su trabajo este parecerá más técnico y bien elaborado, la cuestión radica en utilizar las referencias correctas que atribuyan el material usado al autor que corresponda, no en generar falsas referencias.

- Fabricación de datos.

Según Soto (2012) explica. “Ocurre cuando se manipulan los datos de una investigación para tratar de ocultar el plagio” (p.6). La manipulación de datos es difícil de describir ya que podría interpretarse de diversas formas, la Rae define manipular como: Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. Esta definición aportada por la Rae, encontramos que manipular es intervenir con medios hábiles y a veces arteros en la política, mercado, en la información, etc. Distorsionando la verdad o la justicia al servicio de intereses particulares, precisamente a esta clase de manipulación se refiere el autor seguido, ya que la información es distorsionada para obtener algún beneficio personal, en este caso sería ocultar el plagio, el hecho de manipular la información o los datos o lo que se usare en la obra, lleva implícito un tiempo y una organización intelectual para cumplimentar su finalidad de ocultar el plagio, lo cual irónicamente podría invertir en plantear o utilizar la información de manera precisa sin recurrir al plagio por este método. Imran (2010) afirma:

La manipulación y falsificación de los resultados de una investigación refleja una falta muy seria de ética por parte del investigador involucrado en dicho acto. Una posible causa de la

falsificación de los datos es una falta de competencia por parte del investigador en el campo de la investigación. (p.31)

Como lo plantea el autor citado además de una falta de ética por parte de quien realiza el desarrollo de la investigación, demuestra una falta de capacidad del mismo en el tema que pretende llevar a cabo. Por todo esto se reitera es preciso, estudiar, abocarse primeramente en la asignatura que se pretende llevar a cabo, para conformar la obra de modo coherente y profundizando en aspectos importantes, con material que respalde la misma sin recurrir a la falsificación de datos.

- Robo de ideas.

Esta clase de plagio según el método usado, tiene gran similitud con las antes investigadas, sucede cuando se expone como suyas las ideas originales de otra persona. (Soto, 2012). Las dudas sobre este tipo de plagio son muy pocas, y su uso muy frecuente, con lo cual habrá que estar atento a cada obra y su planteo, si es realmente un aporte del autor y sus conocimientos generales o es un robo de ideas en perjuicio del original.

Propósito.

Según Soto (2012) explica sobre el plagio con propósito:

Existen muchos propósitos que pueden llevar a una persona a cometer plagio, ya sea lograr mejores calificaciones en la educación, tratar de sacar provecho económico al copiar el trabajo de otros, tratar de hacerse con cierta reputación en una comunidad específica, entre otros. Sin importar los motivos el plagio puede producirse ya sea de forma intencional o accidental (sin intención). (p.7)

A continuación se examinan los dos tipos de propósitos que pueden estar presentes al concretar el plagio.

- Intencional

Continuando con el autor Imran (2010) quien sostiene:

Cuando el plagio ocurre de forma intencional o deliberada se convierte en un problema muy serio, ya que quiere decir que la persona que lo está cometiendo antes tuvo que planear y razonar sobre el delito que iba a cometer y aun así decidió hacerlo. (p.31)

Es decir en el plagio intencional el autor se representa antes la idea de plagio y lo comete siguiendo su intención y sus planes. Se coincide con Imran, que esta acción en el plano intelectual y real es una problemática grave. Ahora, ¿es el delito intelectual, un delito planificado de la misma forma que un robo ordinario, un secuestro, etc.? Se considerará para llegar a esta respuesta la doctrina imperante en el derecho penal.

Para determinar si un delito fue planeado, el iter criminis que es “el camino del delito” es la respuesta, Sierra y Cantaro (2005) lo definen:

El recorrido que sigue el autor de un delito, desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación, es conocido con la expresión latina “iter criminis”. En él pueden diferenciarse claramente las distintas etapas del quehacer delictivo, correspondiendo distinguir entre una fase interna y otra externa. (p.301)

Es decir para todo delito doloso, basado en la intención del que comete el mismo, el iter criminis abarca desde la concepción de la idea (planificación), hasta la propia consumación sea que se trate de un delito intelectual, patrimonial contra bienes o la persona, moral etc. Por ende este tipo de crimen contra el derecho autorial, no está exento de ser sometido a las reglas generales del derecho penal.

El hecho de cometer plagio intencional no se reduce simplemente a un paso o mera decisión, es una cuestión compleja que conlleva implícita varias etapas (McCuen, 2008) y siguiendo a Imran (2010) quien amplía:

Primero la persona que comete el plagio recibe un cierto estímulo en forma de retroalimentación de su pobre desempeño o rendimiento, luego esta persona ve que alternativas tiene a la mano para compensar ese rendimiento y posteriormente buscar información relevante a estas alternativas que posee, finalmente evalúa las alternativas que tiene y toma la decisión de si llevar a cabo el plagio o no. (p.32)

- No intencional.

Este último tipo de plagio, puede cometerse cuando la persona no hace la referencia correcta de donde pudo obtener el material, además puede originarse al producirse una confusión sobre la matriz de donde surgen dichos datos, al parafrasear también se puede ocasionar este plagio no intencional, haciendo de la paráfrasis un textual del autor (Núñez, 2006). A pesar de carecer de intención, fomenta a la problemática del plagio en general por ende quien esté por realizar una obra, debe procurar no incurrir en delito intelectual, haciendo un sacrificio personal de revisar el material, referenciando, citando, parafraseando como se debe y no como se quiere, porque aunque no posee intencionalidad, la figura criminal del plagio igualmente esta presente. (Soto, 2012).

2.5 Plagio servil, plagio inteligente.

Continuando con el análisis de los tipos del plagio, existe una sub-especie dentro de las clasificaciones investigadas, que aportan claridad a la temática y al objeto de cometer el ilícito contra el derecho de autor, éstas son denominadas, como plagio servil y plagio inteligente, y definidas por Villalba (2011) quien explica:

Plagio Servil: Es la copia textual (o casi textual) de todo o parte de una obra ajena.

Plagio inteligente: (o plagio ideal consistente) la copia es disimulada, remozada y alterada en lo superficial de la obra, manteniendo la esencia de la original (p.12)

Estos sub-tipos definidos por el autor, plantean la existencia y la duda acerca de la validez de las obras, ya sean que respondan a un modo servil o sean adaptadas de modo inteligente, al siguiente cuestionamiento ¿Por qué se hace plagio? Si bien, Villalba expone dos modelos uno donde prácticamente el delito intelectual es reducido a una copia textual a su original y otro donde la persona que comete tal hecho decide incurrir en una especie de “acomodo”, “arreglo” del verdadero, procurando un “inteligente” resultado de plagiar. La cuestión de fondo es un tanto más compleja porque al margen del tipo de plagio que exista, hay un tema subjetivo al cual se tratará de responder y es el hecho mismo de plagiar, ¿por qué se recurre a estas formas para producir una obra?

2.6 La cuestión en la realización del plagio

¿Por qué se realiza plagio? Esta pregunta confiere un carácter subjetivo a la posible respuesta, ya que los datos objetivos en cuanto al porqué de la aspiración o inspiración dirían algunos a generar plagio, es poco sustentable, ya que como vimos intencional y planeado o no, este delito genera consecuencias por lo cual se deben reparar los perjuicios generados al verdadero autor. Siguiendo a Sabato (1986) que afirmó:

¿Qué, quieren una originalidad absoluta? No existe. Ni en arte ni en nada. Todo se construye sobre lo anterior, y en nada humano es posible encontrar la pureza. Los dioses griegos también eran híbridos y estaban "infectados" de religiones orientales o egipcias (p.179)

En esta opinión, vertida en formato de novela, Ernesto Sabato quiere explicar, que en realidad no existe ninguna obra pura, pura en el sentido de no haber heredado o devenido de alguna forma ya preexistente, él incluso aclara que los dioses griegos poseían rasgos de las religiones orientales o egipcias. Respecto a esta extrema posición, y a juicio de quien redacta este trabajo, no se puede coincidir o estar de acuerdo en su totalidad, ya que adoptar la negación absoluta sobre la existencia de originalidad, no permite acoger parámetros, medios o legislaciones que contemplen los derechos de autor, lo que verdaderamente significaría un retroceso incluso para el propio Sabato que fue un gran escritor, la consecuencia más relevante de admitir una tesis de esa magnitud, sería el hecho de no poder registrar ninguna obra, porque además de ser la originalidad una cualidad requerida por el derecho positivo para tal fin, todo sería plagio porque nada hubiera surgido por originalidad, lo cual es ilógico.

Ahora bien, enfocando la cuestión desde otro punto de vista puede recalcar, que tal vez Sabato, no pretende exagerar y reducir la cuestión a la no existencia de nada original, sino aclarar o prevenir, que siempre que se pretende llevar a cabo una obra, producirla, crearla, ya existen ciertos moldes o modelos preexistente, que sirven de base a la persona dispuesta a crear algo nuevo, es a ese tipo de no originalidad que se considera que el autor se refiere, puesto que algo de verdad hay en ello, si bien siempre que se piense en crear algo, habrá una herencia previa de material que dotara a la obra sin importar el género que trate o la matriz de donde surja esta, que ya seguramente fue utilizada por otros con diversos fines, el hecho importante radica en ese fin, que insistimos debe ser novedoso y original como lo requiere la

ley vigente, distinto al antecedente del cual se compone en sí misma esa obra. Por ende de esta segunda reflexión surge una postura más flexible, que acepta y se sostiene en este trabajo, que todo surge a partir de un hecho anterior que posiblemente, se use de base o molde, pero de ninguna manera se puede negar la existencia de la originalidad, ya que el producto obtenido, la obra final debe componer, se reitera, algo novedoso y original. En cuanto a la respuesta de ¿Por qué se comete plagio?, debemos descartar desde lo subjetivo y en primera instancia, que sería por el hecho de que nada es original y todo formaría parte de una sucesión infinita en el tiempo, de creaciones plagiadas, debido a que el análisis antes efectuado, demuestra claramente que se aceptan los modelos preexistente como lo cree el autor de grandes novelas, pero aquí en esta postura sostenida se piensa en la originalidad del producto final como esencia misma de los derechos autor, en ejemplo claro se presenta que para realizar una pintura, se utilizan oleos, acuarelas, acrílicos, lienzos, paredes etc. Es decir elementos comunes, preexistentes y por esto no significa que la obra de Van Gogh, sea un plagio de la de un colega.

Se mencionó antes que los datos objetivos si bien son poco sustentables, a la hora de obtener la respuesta al interrogante planteado, deben ser expuestos y analizados. Siguiendo a Villalba (2011) quien afirma sobre el porqué del plagio objetivo:

Intencionalmente:

- Por voluntad de apoderarse de la obra ajena
- Por querer cumplir con una obligación académica
- Por considerar un recurso válido en la literatura y en el arte en general

No intencionalmente

- Por no citar correctamente
- Por comodidad, favorecido por los medios tecnológicos (corta y pega con un procesador de texto)
- Por que se cae en “lugares comunes” (p.14)

El autor argumenta en base a los tipos de plagio, que en este material precedentemente se investigó, para dar posible replica a la pregunta ¿Por qué se plagia?, como se sigue aquí manteniendo la postura de la dificultad de obtener respuesta objetiva al cuestionamiento, no

se coincide con él en esta instancia, dado a que al margen de ser una cuestión intencional por beneficios a obtener o no intencional por falta de conocimiento, ignorancia, descuido, no responde al porqué del plagio, este porqué, es un problema que se establece a criterio personal de quien desarrolla esta temática, más allá de cualquier clasificación propuesta para dar solución, y se asienta en la ética, esta ética es la que puede brindar claridad al cuestionamiento.

2.7 Ética y plagio.

Según Casado (2011) quien afirma sobre ética: “Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre” (p.362) .Esta definición propuesta por la autora, indica que ética trata a la moral, que regirá la conducta y obligación de la persona en todo ámbito de la vida, con lo cual se está de acuerdo aquí, pero ahora se debe buscar la respuesta a la cuestión de la moral ¿Qué significa moral? De acuerdo con Casado (2011) quien expone: “Ciencia que trata de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. No concierne al orden jurídico sino al fuero de la propia conciencia”(p.557). La autora citada, explica a la moral que pertenece o es relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar con respecto al bien y el mal, tanto desde lo individual como en lo colectivo se agrega aquí. Sin pretender entrar en análisis del tipo filosófico, con lo cual el punto aquí tratado se convertiría en un entramado propio de otra asignatura, se debe asentar como regla general y según la exposición citada, que la ética es el conjunto de la normas morales que deben estar presente en todos los ámbitos de la vida de la persona y que la moral es el obrar de esta persona según el bien y el mal, dentro de su conducta individual como colectiva, que si bien no concierne al ámbito jurídico, sus consecuencias si pueden recaer en el ámbito legal.

Por lo cual y conectando con el tema que nos compete, la ética debe ser el referente al momento de crear una obra, primeramente y conjuntamente con la idea misma de producción, se deben contemplar estas reglas que atañen a la conducta que debe desarrollar el autor, como bastión a seguir en su desarrollo, para evitar la conducta delictiva del plagio.

2.8 Ética en la investigación científica

Siguiendo a Miranda (2013) quien aporta el concepto sobre ética de la investigación científica y afirma:

Desde la segunda mitad del siglo xx, y en especial a partir de la década de los 80, se viene hablando en forma creciente de una "ética de la investigación científica". Se emplea esta denominación para referirse al conjunto de principios morales específicos que regulan la actividad de la investigación científica. La ética de la investigación científica, entonces, es una rama de la ética especial, que versa sobre el modo como los principios comunes de la moralidad de los actos humanos se especifican en un ámbito determinado de la vida del hombre, en este caso, el de la investigación científica y el trabajo académico. La noción de "ética de la investigación científica " ha avanzado de la mano de la noción de "mala conducta científica" o "mala conducta en la investigación"(p.2)

El autor citado hace referencia a la existencia de una ética en la investigación científica, que así como la ética común contendría un grupo de principios o normas que guiarían al autor hacia su fin, es decir al objetivo de conseguir una obra sin generar ningún perjuicio a otros, este tipo de ética estaría dirigida hacia el campo de la investigación científica lo cual parece correcto, dado la técnica y el modo a seguir en dichas obras, y los trabajos académicos, aquí parece correcto agregar que lo ideal es que todos los tipos de obras artísticas, literarias y científicas queden comprendidas en una ética especial como la descrita. Luego Miranda (2013) agrega:

Es decir, se ha entendido que la función de la ética de la investigación científica es definir y delimitar con exactitud cuándo nos encontramos en presencia de una mala conducta científica. Como ocurre en general con las cuestiones morales, esta no es una tarea sencilla, y por eso los cultores de esta disciplina sostienen que un paso inicial ha de ser la creación de códigos de ética de la investigación científica y la conformación de comités de ética de la investigación científica integrados por expertos (p.2)

Plantea Miranda que a través de la creación de posibles códigos éticos, esta "mala conducta" científica podría ser detectada, ya que como todo lo subjetivo, la moral es un entramado complicado que parte desde la psicología y la conducta junto con la cultura humana, por ende esta solución propuesta por dicho autor me parece correcta y justa, ya que de existir una codificación de donde emanen normas éticas en la pre- realización de la obra, el creador deberá ajustarse a esos parámetros y así evitar la subjetividad en la pregunta ¿Por qué se comete plagio?, debido a que existiría un patrón de imputabilidad objetivo, que

transgredido, devendría en la sanción sin contemplar lo interno del sujeto, sus intereses o beneficios o su intencionalidad o no. Como es el caso del código penal, que acoge estos delitos, en una figura particular que se procederá a analizar en los siguientes capítulos.

2.9 Vicisitudes del plagio.

Finalizando este capítulo y luego de entender la importancia de la ética para evitar el plagio, se deben plasmar algunas vicisitudes sobre el mismo, las cuales son útiles al momento de determinar sobre aquel su existencia, magnitud e importancia. Miranda (2013) afirma:

En primer lugar, no es necesario, para que se cometa plagio, que la obra plagiada esté publicada. El plagio puede recaer sobre obras publicadas o sobre obras inéditas. Comete plagio, por tanto, el alumno que copia y presenta como propio, por ejemplo, un apunte de clase confeccionado por un profesor para que circule entre sus alumnos (p.3)

Esto es muy importante distinguir, según Miranda el plagio no se produce necesariamente con la publicación, junto al autor mencionado se coincide en este punto, acerca de no necesitarse la publicación para consumir el plagio, a excepción de las obras teatrales que como se observó, precisan de una “actuación concreta” que represente el medio de expresión que protege la ley, pero al margen de esto, se opina en estas líneas generales que el plagio está consumado, apenas se incluye el aporte original y novedoso de alguna persona, sin referenciar o citar y sin necesidad incluso de circulación alguna en ámbito puntual. Además Miranda (2013) agrega:

En segundo lugar, para que se cometa plagio no es necesario, tampoco, que la obra del plagiario esté publicada. La publicación de un plagio solo es señal de una mayor desvergüenza en el autor del plagio, pero desde luego no es requisito para que se configure la falta. (p.3)

Afirmando aún más la postura sostenida en su primer párrafo, esta confusión muchas veces da ocasión a un pensamiento incorrecto, sobre desde cuando comienza el plagio, entendiendo la generalidad de las personas en su desconocimiento, que este se produciría con la publicación y esto no es así, ya que como en lo precedentemente expuesto se deja en claro

que la publicación, es solo un beneficio obtenido por medio del plagio, como es la nota del alumno a través de un trabajo plagiado. Miranda (2013) explica en otro orden:

En tercer lugar, para que se cometa plagio no es necesario que la conducta en cuestión esté castigada en el orden de la ley civil o penal. Puesto que no es función de la ley reprimir o castigar todos los actos malos, puede suceder, y de hecho sucede, que muchas formas de plagio no estén castigadas por la ley positiva. Eso no quiere decir, evidentemente, que las formas de plagio que no son sancionadas ni en el orden civil ni el orden penal sean lícitas. Toda forma de plagio es ilícita, y las que no son castigadas por el ordenamiento jurídico general deberían siempre recibir una sanción disciplinar o administrativa en el orden académico. (p.3)

Sobre la opinión vertida por Miranda, no se coincide aquí, en su totalidad, puesto que en primer término el asunto, que plantea como no necesario, el hecho del castigo del plagio en el orden civil o penal para ser tal, no se lo encuentra viable. Como se sabe en el caso del derecho penal y sus principios generales demuestran que se trata de un derecho que posee un catálogo delimitado, donde los delitos que allí están, son los únicos que existen y no se puede penar sin ley previa, que así lo establezca, como también lo reafirma nuestra carta magna en su artículo 18, sin entrar en detalles que se analizarán en los siguientes apartados, se aclara que en la cuestión argentina y penal, el plagio tiene un lugar especial, y que por ende está penado, por su parte en el aspecto civil siempre existe la posibilidad latente de iniciar un litigio por daños y perjuicios para buscar la reparación patrimonial o extra patrimonial sufrida, asunto que como se dijo, se desarrollara en el capítulo correspondiente. En lo que si se coincide con el autor citado, es en el hecho, de que si este problema no llegara a sede penal o civil, por factores externos o imprevistos, el plagio como ilícito, debe ser pasivo de sufrir una sanción académica o administrativa siempre. Se cree indispensable esto, ya que son filtros pre- legales de carácter sancionador, que no permitirán a quien comete plagio, continuar permaneciendo en el tiempo por medio de una obra plagiada, hasta el posible arribo a sede judicial. Miranda (2013) afirma:

Para que se cometa plagio no es necesario que el autor de la obra plagiada esté completamente excluido de las notas o de la bibliografía. Si se reproduce, por ejemplo, un párrafo de una obra ajena sin la correspondiente referencia a su autor, se comete plagio aun cuando en la bibliografía aparezca citada la obra de la cual se extrajo el párrafo en cuestión. (p.3)

Esta vicisitud tiene una connotación importante a la cual se adhiere, ya que siguiendo a Miranda, el plagio, es plagio consumado así el autor original de la obra, figure en la lista de bibliografía, si este no fue referenciado o citado como corresponde en el texto o donde se lo incluyó. Frecuentemente este tipo de hecho suele presentarse por descuido, porque presumiendo la buena fe de quien lo incluye en la bibliografía, se afirma aquí que se trata de un olvido de quien lo realiza, por esto a pesar de coincidir y teniendo en cuenta que el error de hecho, en derecho es excusable, se piensa que éste es un plagio que debe ser analizado con precaución antes de determinar su rechazo, dando la oportunidad a quien lo produjo de reivindicarse completando los datos donde falte, sea en la lista o en la referencia propia. Miranda (2013) explica:

Finalmente, para que se cometa plagio no es necesario que el plagiario actúe sin el consentimiento del plagiado. Cabe también el plagio "consentido", que sigue siendo inmoral porque constituye un engaño contra terceros y atenta contra el interés público en conocer al verdadero autor de una obra. (p.3)

Aquí el autor expone sobre el plagio consentido, aquel donde el creador original de la obra permite con su permiso copiar su propia obra, esto como aclara Miranda sigue siendo inmoral y se agrega aquí, que sigue siendo plagio. Esto sucede con una frecuencia alta en los ámbitos de trabajos desarrollados en grupos bajo la misma consigna, suelen los mismos creadores permitir consentidamente el uso o la copia a los demás. Lo cual se repite es plagio. Este segundo capítulo, recorre el plagio desde sus orígenes, etimología, significado, desentrañando las cuestiones que debe comprender toda investigación que pretenda ingresar en el mundo pormenorizado de las obras y la problemática que el plagio y la pena que conlleva. Se analizó la piratería como fuente primaria de plagio en casi todas las obras existentes, debido al uso masivo de internet en los tiempos actuales, concluyendo que es una de la modalidades de plagio mas utilizadas, se investigó los tipos de plagio habidos, clasificación fundamental para distinguir si estamos frente a un delito contra la propiedad intelectual y ¿que comprende el mismo?. Luego se planteó el interrogante sobre ¿Por qué la gente plagia? Intentando explorar lo subjetivo y objetivo, para concluir en el plano ético, el cual intenta responder tal pregunta, recalcando que la ética siempre será un aspecto fundamental ante una acción de plagio y su posible condena, por último se verifico las

vicisitudes que genera este asunto, permitiendo así el comienzo del próximo capítulo que traslada la problemática a la cuestión jurídica.

Capítulo 3.

El plagio y el tipo penal.

Al ingresar al capítulo tres denominado, “El plagio y el tipo penal”, se procede a indagar en la cuestión particular del tipo penal, que le corresponde por ley, a dicha problemática. Inicia el apartado con el examen del lugar que le corresponde al plagio en la ley sobre régimen de propiedad intelectual, como requisito ineludible para interpretar la constitucionalidad en la aplicación de la pena o no, para luego ingresar en la figura propiamente dicha y sus vicisitudes. Este punto se relaciona con el objetivo general de investigar el tipo penal incluido en la ley 11.723 sobre régimen de propiedad intelectual, con lo cual luego de haber profundizado el lector, en el marco teórico que rodea al asunto, se introduce en la cuestión misma del presente trabajo.

3.1 El plagio en la ley 11.723 de propiedad intelectual.

Al iniciar el presente capítulo, se hace necesario determinar, cual es el lugar que le corresponde al plagio dentro del marco legal de la ley 11.723. Según Emery (2014):

La ley 11.723 no configura expresamente el plagio, por lo que se lo debe considerar contenido en la genérica figura penal del art. 71 y, en cuanto importa una lesión al derecho de reproducción, en el art. 72, especialmente en su inc. C. (p. 292)

El autor mencionado, expresa que en la normativa vigente sobre propiedad intelectual, no está contemplado el plagio como figura independiente, sino que ante la producción de un delito de este tipo, se remite al código penal, para penar la cuestión tratada y cuando lo afectado es el derecho de reproducción, la ley autoral en su art. 72 inc. c. indica cómo proceder. No obstante no se descarta a juicio de quien redacta, una acción de daños y perjuicios sobre la temática, ya que si bien la ley pretende equiparar, esta clase de acción a un delito tipificado en el código penal, la cuestión moral y patrimonial debe ser resuelta por la vía judicial correspondiente que es la civil.

3.2 La pena del plagio.

Ante lo investigado, se precisó que la pena del plagio en Argentina se regirá por el código penal, es el art. 71¹⁶ de la ley 11.723 el que plasma la posible punición ante este delito.

Es decir la legislación aclara, que recaerá la pena del art. 172¹⁷ del código penal argentino, cuando de cualquier manera y forma se defraude los derechos de propiedad intelectual, inmediatamente informa, que el delito con el cual se equipara el plagio es el de defraudación, ubicado en el capítulo cuarto del código mencionado y titulado “Estafas y otras defraudaciones”.

Se estipula una pena prevista de un mes a seis años, para la problemática del plagio y otras infracciones contra los derechos de autor, ya que el artículo tratado incorpora en la figura a todos los que defrauden a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño. Es decir el plagio debe manifestarse por cualquiera de estas conductas descritas por la norma, ya que como se sabe el derecho penal es un derecho de “catálogo cerrado”, por lo cual ningún delito o conducta que allí no figuren expresamente no pueden ser incorporados por analogía, debido a que aquello está prohibido en el caso del derecho penal nacional. La doctrina criminalística, siguiendo a Romero (2007) explica. “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (p.39). Esta opinión vertida por la autora, en realidad trata los delitos “puros” de defraudación, los que buscan según lo expresado por Romero, un fin con ánimo de lucro, en el caso del plagio, como delito derivado a tal figura, también es factible el fin de un beneficio económico pero no es el único, ya que como se investigó precedentemente, hay otros tipos de fines como el social o académico, en pos de conseguir un mejor estatus o calificación, por nombrar algunos ejemplos. Luego se agrega que es necesario

¹⁶ Art. 71.- Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley.

¹⁷ Art. 172.- Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

el “engaño bastante para producir error en otro”, con lo cual se coincide, ya que no debe tratarse de meras trivialidades, sino como lo sostiene el criterio unificado, un engaño de una magnitud suficiente para que la víctima actúe en consecuencia. Llegado este punto, se puede expresar mediante estas líneas y en base a lo que se planteara como eje central de la investigación y a pesar de coincidir en algunos aspectos esbozados por la doctrina criminalística sobre el delito de “defraudación”, esto se cree aquí, no aplica al plagio, debido a que la defraudación no contiene o no lo hace de la forma debida o constitucional, a criterio de quien escribe, al delito que aquí se investiga, lo cual se procede a desarrollar en los puntos siguientes. El artículo 72¹⁸ de la ley 11.723 impone otras penas, ante la violación de los derechos del autor.

Como se investigó en el apartado anterior y según el autor estudiado, para el asunto donde el derecho de reproducción se encuentre afectado en las obras, se aplica el art. 72 de la ley de propiedad intelectual inc. C., es decir aquel que indica, que el que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto. En este caso donde lo que se encuentra en peligro de ser violado es el derecho de reproducción de la obra, el legislador de la normativa intelectual, ha preferido tipificar la conducta dentro del ámbito civil, pero imponiendo la pena que conllevan los delitos de defraudación. Lo cual se repite, no resulta razonable ya que como se advirtió la conducta que no esté tipificada en el ámbito penal, no puede ser punida.

Y esta solución aporta el puntapié a la cuestión de la reproducción y del mismo tipo penal que abarca al plagio, delimitando las conductas que configurarían el delito, como ser la reproducción, la venta o la edición suprimiendo o cambiando el nombre del autor, título o alterando dolosamente la obra, si bien lo antes mencionado, no forma parte del código penal, pero si tipifica la cuestión en la ley de propiedad intelectual y reconduce a la pena impuesta en los asuntos sobre defraudación del código antes mencionado, y debido a esto se encuentra, el

¹⁸ Art.72.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

- a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes;
- b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;
- c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;
- d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados.

código penal con sus principios sobre aquel derecho y la constitución nacional en clara contradicción con la ley civil 11.723 sobre propiedad intelectual.

Indagando en la cuestión civil el tema contiene una resolución más contundente y clara, sin contradicciones, ya que el nuevo código civil y comercial de la nación en su art. 1716¹⁹ expresa la posible solución en aquel ámbito.

Es decir, como referente en la cuestión de daños en Argentina la regla, es no dañar o incumplir una obligación, sea legal o contractual, ya que de suceder aquello, conforma el deber de reparar. Esta directiva indica que en el caso del plagio, puede efectivamente proceder una petición por daños y perjuicios, en caso de que no se respetara el derecho del autor y este configurará un incumplimiento en el ámbito contractual, como un daño en lo extracontractual, ya que el codificador con la sanción del nuevo código civil y comercial ha unificado ambos regímenes, dotando el deber de reparar el daño en cualquiera de los sistemas. Por esto en diversas ocasiones además del asunto penal aquí cuestionado, el damnificado deberá plantear en sede civil o dentro del proceso penal, una acción de daños y perjuicios para la procedencia de la reparación integral del derecho, según lo indica la normativa nacional civil.

Luego en el artículo 1737²⁰ del Código Civil y Comercial de la Nación, explica el concepto de daño, donde necesariamente debe coincidir con lo que la normativa expone para iniciar una demanda de esta clase.

Por lo cual habrá daño cuando, se lesione un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, con lo cual se advierte que el daño debe recaer sobre cuestiones legítimas del damnificado, no sobre aquellas que estén fuera del ordenamiento jurídico, como lo sería por ejemplo un planteo de daños y perjuicios, donde la actora sea una trabajadora sexual, ya que la prostitución no está resguardada legalmente.

Debido a que los derechos de autor, están en el marco legal de protección, y de producirse el plagio, se repite, debe proceder dicha acción.

¹⁹ Art.1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

²⁰ Art. 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Lo analizado en este punto, concluye en que siempre y según el art.71 de la ley 11.723, cuando se defraude los derechos de propiedad intelectual de algún autor, debe imputarse bajo el delito de defraudación del art. 172 del Código penal, como es el caso del plagio, que claramente viola los derechos autorales de una persona. En el caso de la reproducción indebida se advirtió que se aplica el 72 de dicha legislación sobre materia intelectual inc. C. que tipifica las conductas que serán penadas de igual forma que su antecedente. Por último se observa que ante la problemática de la copia ilegal, en la cuestión civil debe plantearse la acción de daños y perjuicios para obtener un resarcimiento por el detrimento de los derechos.

Por todo lo investigado las penas del plagio en Argentina tienen su respaldo en lo penal y en lo civil, pero en el ámbito criminal, el sustento de este tipo de punición, carece de lógica jurídica y presenta contradicciones, como se habrá de desarrollar.

3.3 El plagio y el tipo penal.

Se hace necesario indagar en este punto, la cuestión más profunda del tipo penal sobre este ilícito, la cual recordando apartados anteriores penaba al plagio, con el delito de defraudación impuesto en el art. 172 del Código Penal. Siguiendo a Emery (2014) quien explica:

El artículo en comentario contiene un “tipo penal abierto”, puesto que utiliza el vocablo defraudación para referirse a toda violación de los derechos de autorales, cualquiera sea la “manera” o la “forma” de accionar del infractor. (p.279)

El autor al plantear la cuestión del tipo penal abierto y cómo es sabido, esto significa que al momento de juzgar la transgresión, debe ser apreciado según el hecho particular que origina el delito, en este caso, ese hecho es la actividad sobre los derechos de propiedad intelectual que se tuvo en miras a determinar si se configuró o no el plagio. Aquí además el juez debe guiarse por las reglas generales del derecho penal para tener un tipo conformado y justificado en el derecho vigente. Por esto Emery, afirma que se utiliza el vocablo defraudación para toda violación a los derechos del autor sea cual sea la forma de acción de quien incurrió en esto, debido a que este crimen al ser impuesto en una ley civil como la 11.723 de propiedad intelectual y redirigir la pena del mismo al código penal, este debe

conformarse como un tipo penal abierto donde la palabra defraudación, sea genérica de cualquier tipo de violación y de cualquier manera. Agrega Emery (2014):

Como el artículo se refiere genéricamente a los atentados contra los derechos que protege la ley 11.723, los jueces rara vez los han aplicado aisladamente; tienden a integrarlo con las otras figuras específicas de la ley, y lo utilizan, por lo tanto, como marco de referencia para la ilicitud de una conducta. (p.279)

Como se expresó en el párrafo anterior, al ser un tipo penal abierto necesitara de los principios del derecho penal, por esto el autor al mencionado, afirma que rara vez se puede aplicar aisladamente el tipo de defraudación, sino que será necesaria su integración con otras figuras, para que el juez sentencie ajustándose a derecho. Por lo aquí mencionado, se debe tener en cuenta que al momento de pretender iniciar la acción disponible en el art. 71 de la legislación autoral, la cual remite al código criminal, se debe priorizar probar, cuestiones no solo de la defraudación, como tipo penal independiente, sino todo aquel asunto que haga a los principios del derecho penal y que califique como delito, para obtener un resultado favorable, pero esto a su vez significa sustancialmente una deformación al derecho penal, debido a que y según Dichiachio (2013):

En materia penal, la conducta que coincide exactamente con el tipo legal es la penada, y no otra parecida o que pueda participar de las características de dos o más figuras delictivas, las demás carecen de relevancia en el orden penal. (p.1)

Coincidiendo aquí con Dichiachio, la conducta que debe efectivamente penarse, es la que describe el tipo penal en cuestión y no otra, por ser el sistema penal, un sistema regido por el principio de legalidad que se analizará detenidamente en el capítulo siguiente, el rector del marco normativo criminal y que deviene de la Constitución Nacional como mandato ineludible. Por lo cual la opinión de Emery, acerca de aplicar la figura de defraudación como tipo penal abierto para penar al plagio, no sería sustentable en opinión personal.

En cuanto a la apreciación realizada sobre el término “defraudar” de modo genérico y amplio, se debe acotar que la mayoría de la doctrina coincide en el tema, por esto Emery (2014) afirma:

Esta posición es correcta, pues parte del razonamiento, ya expuesto de que quien atenta contra la propiedad intelectual no vicia la voluntad ni abusa de la confianza del titular, sino que su actuar consiste precisamente, en ejercer el derecho de autor como si fuera titular, sin serlo, es decir utiliza, dispone o de cualquier otra manera explota la obra de un tercero sin su autorización. (p. 281)

Es decir para Emery, el delito no se configura tradicionalmente, viciando la voluntad de la víctima ni con abuso de la confianza, sino en actuar como si fuera el verdadero autor de la obra. Se piensa, que esto no es correcto, ya que en caso de aceptar el tipo penal de la defraudación como un tipo penal abierto al momento de penar el plagio, asunto que aquí se cuestiona y al ser interpretada la palabra “defraudación” como un término genérico, según lo asume la mayoría de estudiosos, debiera el autor tener en cuenta aquella condición y por ende aceptar que diversas conductas estipuladas en el art. 172 del código criminal argentino, pueden configurar lo que él mismo sostiene.

3.4 El bien jurídico protegido en el plagio.

Al momento de investigar sobre el tipo penal que corresponde en el caso de plagio, se debe necesariamente explorar el bien jurídico, que en este caso la ley 11.723 de propiedad intelectual pretende proteger, redirigiendo la pena del mismo al delito de defraudación contenido en el código penal argentino.

En este caso se distinguen tres tipos de bienes jurídicos protegidos en el plagio como ilícito penal, el derecho moral del autor en primer término, el derecho patrimonial y por último ciertos intereses públicos (Balbuena, 2003). El derecho moral como bien jurídico protegido representa la esencia de la personalidad misma del autor, de allí su importancia en brindar garantía en este aspecto (Balbuena, 2003). Al atentar sobre esta clase de derecho, la paternidad que el autor goza de forma originaria esta siendo violada, por lo cual ese bien jurídico moral es un bastión fundamental, a criterio de quien redacta, para sentar base sobre lo que debe punirse legalmente y lo que no es constitucional punir. La siguiente prioridad en la legislación sobre propiedad intelectual, indica al derecho patrimonial del creador como un bien jurídico digno de reconocimiento, ya que si bien el derecho moral se convertiría en una extensión de la personalidad del autor, este último no incluye un beneficio económico, como sí lo contiene el derecho patrimonial, cuestión no menor ya que en los tiempos actuales, donde

todo lo que esta en el comercio legal, es negociable, es imprescindible que sea materia de amparo (Balbuena, 2003). Se coincide en lo que la ley civil respalda, siendo coherente con su protección general a la materia y a las garantías que corresponden a los creadores. Por último Balbuena (2003) afirma sobre el interés publico como bien jurídico:

Desde el reconocimiento del Derecho de Autor como Derecho Humano mediante su incorporación en Declaración Universal de Derechos del Hombre (art.27), pasando por su reconocimiento en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XII), ambas declaraciones del año 1948, es preciso entender que el Derecho de Autor protege derechos de alcance muchos más general. Además, existe en esas declaraciones el denominado derecho a la cultura el cual, en gran manera, viene a ser satisfecho por la creación de los autores. (p.1)

Es decir, no se encontrarían solo rasgos del sistema privatista entre las garantías, sino que abarca lo público, donde lo afectado importa a la sociedad misma, con lo cual se está de acuerdo y justamente este carácter de público, es el que da, el inicio, a la cuestión del tipo penal y su constitucionalidad, ya que el instrumento que contiene el derecho de autor como un derecho humano, según el autor Balbuena en la opinión antes vertida, se encuentra amparado y goza de jerarquía constitucional en nuestra carta magna, por lo cual el injusto surgido de la ley sobre derechos autorales debe ser acorde y a la medida del sistema normativo argentino en lo que pretende establecer. Ahora bien para profundizar el punto se requiere analizar el bien jurídico protegido que surge del delito de defraudación, que es aquel que contiene al plagio con su pena, con esta comparación se procura, indagar en el punto de conexión o posible unión que el el legislador ha tenido en cuenta al momento de redirigir la punición hacia aquella figura y no otra.

3.5 Bien jurídico protegido del delito de defraudación.

A modo de comparación se procede a analizar el bien jurídico perteneciente, al delito de defraudación con el fin de investigar sus diferencias o no, Breglia (2004) afirma sobre la defraudación:

En las defraudaciones entran la estafa y el abuso de confianza que es otra de las formas de las defraudaciones, el abuso de confianza, como lo veremos es una especie o forma en que se produce el fraude. Defraudar, significa, violentar la regla de la buena fe y el bien jurídico protegido es la propiedad. (p.2)

Este concepto brindado por la autora, expresa que el delito de defraudación, contiene a la estafa y el abuso de confianza. En cuanto al bien jurídico protegido en aquel delito, señala que se trata de la propiedad, ahora bien esta propiedad que ella menciona, ¿difiere acaso de la propiedad intelectual?. Lladhon (2001) afirma:

La propiedad como bien jurídico tutelado por el título VI del Libro II del Código Penal tiene un significado mucho más amplio que el que le acuerda el ordenamiento Civil, según el cual es "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" (artículo 2.506 del Código Civil); la protección penal se extiende al sentido que le otorgan los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional que comprende no sólo el dominio y demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales. (p.2)

En el primer capítulo del trabajo aquí desarrollado, confirmamos que la propiedad intelectual era inviolable, por estar garantizada en nuestra carta magna, tal cual lo expone la autora al hacer referencia básicamente a la propiedad en el derecho penal, ya que como se sostuvo allí, la propiedad intelectual configuraría un derecho "sui generis" que navega entre lo personal y lo real, indudablemente la esencia protectora en el ilícito de defraudación coincide con la de los delitos contra los derechos autorales, pero sin embargo al reflexionar sobre el plagio y su propio bien jurídico, se detecta como se sostuvo antes, que se prioriza el derecho moral, patrimonial y los intereses públicos, antes que la propiedad en si misma, que sí está incluida en el derecho autoral en su generalidad, y debido a que se pretende en este desarrollo encontrar el punto de inflexión entre el plagio y su tipo penal en particular, esto estaría creando nuevamente un conflicto de intereses con los principios generales del derecho penal. Ya que como expone Kierszenbaum (2009):

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal

consecuencia que puede extraerse del principio mencionado finca en el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal. (p.194)

Si bien Kierszenbaum plantea que en el derecho criminal el resguardo al bien jurídico, otorga validez a la norma, y por ende a la aplicación de la misma, esto aporta claridad al asunto que se trata de investigar, ya que de asumir esta postura, el bien jurídico del plagio como delito individual y no en su consideración general, no coincide con el de defraudación, por lo cual aquel tipo delictivo estaría siendo aplicado por analogía, que como se reitera, no es aceptable en materia penal.

3.6 El injusto penal de la defraudación.

Para comprender la finalidad del tipo legal en la defraudación, que incluye al plagio por imposición de la ley 11.723 régimen de propiedad intelectual, se precisa entender el injusto penal, Daza (2015) expone: “tenemos que decir, que este tema hace parte de la teoría del delito del Derecho Penal, a su vez de la tipicidad y de la antijuridicidad, que al combinarse estas dos, se pasan a llamar: «injusto»”(p.1). Con este primer acercamiento conceptual, se deduce que el injusto es el resultado del tipo, es decir la clase de figura que se puede penar en caso de cometer la conducta descrita en aquel, junto con la antijuridicidad que es el actuar contrariamente a lo que el ordenamiento jurídico dictamina. Sin pretender entrar en cuestiones profundas y doctrinales, donde se debaten una serie de posturas creadas por autores como Roxin, Wezel, Zaffaroni y Jakobs entre otros. Negrellos (2014) afirma:

Los elementos del tipo son: Elementos objetivos: Son aquellos que se pueden apreciar a simple vista al realizar la conducta o el hecho y pueden ser:

Sujeto Activo, Sujeto Pasivo, Conducta, Resultado, Nexo Causal, Circunstancia de atenuación o agravantes. (p.1)

Se dirá que el injusto, en el caso puntual de la defraudación, contiene un tipo con elementos objetivos donde el sujeto activo será toda persona que defraudare a otro según lo

estipulado por el art. 172 del código criminal, el sujeto pasivo lo conformará todo aquel que sufra esta defraudación, la conducta se basa en actuar con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, el resultado que es el detrimento efectivamente sufrido por la víctima, el nexo causal será el que une el hecho con el resultado denotando una relación directa por último habrá que estar a las cuestiones de cada caso en particular para determinar si hay circunstancias agravantes o atenuantes. Del simple análisis de la figura indagada, surge que si bien puede ser aplicada ante los casos de delitos contra la propiedad intelectual, esto no sería lo correcto, porque si bien algunos de los comportamientos allí descriptos pueden coincidir con un plagio u otro delito autoral, al aplicarlo se estaría utilizando una forma de analogía no permitida en el derecho penal, que se analiza en el siguiente capítulo y además violentándose el principio de legalidad impuesto en el art.18 de la C.N., con el objeto de llenar un vacío legal posiblemente no previsto en nuestro ordenamiento.

El tipo esta conformado además por elementos subjetivos, de los cuales Negrellos (2014) afirma: “Se refieren al motivo y al fin de la conducta descrita. Son parte de la acción, pues están encuadrados en la descripción legal y son el dolo y la culpa” (p.1). Se sabe que el dolo es la intención de causar, efectivamente en el caso de la defraudación, un desplazamiento patrimonial de la víctima , y la culpa esta conformada por la negligencia, la impericia e imprudencia. Ya que la defraudación, contiene a la estafa y al ardid o engaño Rodriguez (2013) expresa: “Por el contrario en la estafa el ardid o engaño en tanto encaminados a producir el acto dispositivo patrimonial perjudicial del otro, habla a las claras de la voluntad de realización propia del dolo directo”(p.17). Es decir que en los delitos contenidos en la figura del art. 172 C.P. es necesario el dolo como elemento subjetivo. Como se observó en capítulos anteriores el plagio no necesariamente debe ser realizado con intención, por lo cual aquí se advierte otra diferencia notable entre la defraudación y el plagio como tipo dependiente de aquel. Por último Negrellos (2014) expone: “Los elementos normativos se determinan hacia la protección de bienes jurídicos y lesiones que pueden sufrir dichos bienes” (p.1.). Todo lo antes descripto conforma el injusto penal de la defraudación y es otra cuestión contundente, que hace a la inconstitucionalidad de aplicar la figura del art. 172 al plagio, ya que como se observó los elementos objetivos y subjetivos del tipo, no coinciden con las conductas e intención planteada por la ley 11.723 de propiedad intelectual al redirigir la pena

al código criminal argentino, mucho menos aún el asunto de los elementos normativos que como se estudió, tanto el plagio como el fraude contienen bienes jurídicos diferentes e incompatibles.

3.7 El plagio y la denuncia.

Al investigar sobre el tipo penal que conforma el plagio, y lo necesario para que proceda el mismo ante un hecho de estas características, se hace preciso analizar la denuncia formal que aquel conlleva. Todo esto es parte de conocer y defender la creación producto del intelecto de cada autor, ante la problemática de la copia ilícita. Según Emery (2014) quien explica: “La acción penal por infracciones a la ley de propiedad intelectual es de orden público; en consecuencia, puede iniciarse por simple denuncia sin que sea menester la presentación del presunto damnificado” (p.281). Esto que afirma el autor, conduce a determinar, que dado el caso y si la noticia llega al fiscal, rasgo propio del sistema acusatorio en el ámbito penal, este puede actuar de oficio al ser un delito de orden público, con lo cual este puede llevar adelante la acusación en representación del estado, y al margen de la simple denuncia que puede realizar el mismo afectado, sin la necesidad de su presencia, como bien lo afirma el exponente. Aclara Emery (2014):

Dado, lo específico de la materia asume particular importancia el rol del querellante, si se tiene en consideración que aquel ha sido despojado de la propiedad intelectual es quien se encuentra más calificado para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la perpetración de un hecho delictuoso mediante el ejercicio de la acción penal. (p.282)

El querellante es la persona afectada en su derecho, que ejerce la acción penal de forma particular e ingresa al proceso sustanciado, por esto es que Emery recalca su importancia, se cree aquí, que en este tipo de delitos contra los derechos autorales, es necesario integrarse al desarrollo, debido a que en muchas ocasiones las pruebas aportadas serán mejor producidas y expuestas por quien tiene el mayor interés, que en este asunto, es el damnificado. Agrega Emery (2014):

La legitimación activa corresponde a los autores y a otros titulares de la propiedad intelectual, y a sus “derechohabientes” expresión que debe entenderse referida a los adquirentes de la obra, o

a los cesionarios parciales, o a las personas autorizadas por el autor a ejercer sus derechos.
(p.282)

La legitimación activa como se observa coincide con lo propuesto en la legislación, sobre los titulares de la propiedad intelectual, con lo cual la ley civil, otorga coherencia al sistema en general, tanto para reclamar titularidad, como ante la presencia de alguna transgresión violatoria de los derechos de los autores. Y es el art. 4²¹ de la ley 11.723 el que expone quienes son los legitimados.

En este punto la norma, aclara quienes son los titulares del derecho de propiedad intelectual, asunto no menor, ya que de ello depende quien o quienes podrán realizar una simple denuncia consumado el plagio, como lo interpreta el autor Emery.

La justicia ordinaria será la encargada de la competencia en este tipo de delitos. Por lo aquí investigado, se observa que se encuentra disponible la opción de la simple denuncia ante el plagio o bien se procederá de oficio en caso de tomar conocimiento el órgano jurisdiccional correspondiente, debido a que es un delito de orden público, que interesa al Estado.

Ahora bien, el punto examinado precedentemente, expone a través de los autores en la materia, cierto procedimiento a seguir en el asunto, para denunciar un plagio o cualquier violación a los derechos de autor. La pregunta que surge indudablemente ¿Es este proceso constitucional, si al tipo penal al que esta dirigido, posiblemente no lo es ?. La respuesta pretende indagar en la legalidad o no del tipo penal para punir el plagio.

²¹ Art.4.- Son titulares del derecho de propiedad intelectual:

- a) El autor de la obra;
- b) Sus herederos o derechohabientes;
- c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante.
- d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario. (Inciso d) incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998)

3.8 Denuncia de plagio, proceso y constitucionalidad.

Luego de examinar la denuncia propiamente dicha para accionar la instancia legal al producirse una violación contra los derechos de autores, incluido el plagio, es necesario en este punto determinar la constitucionalidad del proceso en si mismo, cuando la posible ley sustancial que sostiene aquel, esta cuestionada en este trabajo, de no ser legal según nuestra carta magna. Según Gentile (2011):

La Constitución es la ley fundamental, que además de dar validez a las demás normas del ordenamiento jurídico, contiene los principios esenciales que el mismo despliega y desarrolla. Entre sus cláusulas y principios se establecen procedimientos que tienen por finalidad hacer efectivo los propósito que la misma se fija y hacer funcionar los órganos de gobierno y de la administración del Estado que la misma crea y organizada. (p.116)

Como base del sistema procesal constitucional, el autor al que se sigue expresa, que la Constitución Nacional es la ley fundamental de la que surgirán las directivas para que los procesos sean acorde a la jerarquía legal establecida por ley, donde aquella carta magna encabeza y acoge a todas las demás leyes de orden inferior. En el capítulo final de este trabajo se analiza con detenimiento la cuestión penal constitucional, pero aquí en este punto lo esencial es asentar que el proceso por el cual se regirá aquella denuncia sobre el plagio u otras violaciones contra los derechos de autor, esta sustentado por un tipo penal constitucional. Agrega Gentile (2011):

En consecuencia, el Derecho no es susceptible de ser parcelado, aunque para el dictado de las leyes y normas haya órganos competentes para hacerlo, atento las personas, el territorio o las materias que las mismas abarcan y obligan. La Constitución es la que hace el reparto de esas competencias y la que determina las materias y organismos encargados del dictado de dichas normas. (p.116)

Se concuerda con la opinión vertida por Gentile, el derecho no puede ser parcelado, si bien como él afirma, existen determinados ordenes por cuestión de competencia, territorio y materia, es la misma carta magna la que reparte y designa ese tipo de cuestión. Siendo que el derecho es uno solo y sus directivas máximas surgen de la Constitución Nacional, el proceso para la denuncia que impone la doctrina, ante la violación de los derechos de autores entre

ellos el plagio, no sería acorde a nuestro nivel jerárquico normativo, ya que en primer término el art.123²² de la C.N. dictamina la organización de cada provincia, respecto a ciertas cuestiones. Esto significa que es materia de las provincias, el dictar sus propios códigos procesales, y el código procesal penal de cada territorio, es el que debe determinar el camino a seguir ante un plagio.

Esta postura sostenida por años ha sido materia de controversia en los últimos tiempos, surgiendo cierta doctrina que proclama la posible pertinencia al Congreso de la Nación, del código procesal penal, Bovino (2015) expresa:

Según la interpretación prácticamente unánime y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, el derecho procesal penal es derecho local, esto es, competencia de las legislaturas provinciales y ajeno a la competencia del Congreso Nacional. Según se señala, las provincias se han reservado para sí la facultad de administrar justicia (arts. 5 y 123, CN) (p.2)

Hasta allí el autor mencionado precedentemente proclama lo asentado en este trabajo, pero Bovino (2015) agrega:

A pesar de que la gran mayoría de la doctrina mantiene esta posición, ella ha comenzado a ser relativizada, porque se admite hasta cierto grado la competencia del Congreso Nacional para legislar en materia procesal penal. Así, la posición de Cafferata Nores, quien en los Fundamentos de su Proyecto de Ley “Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina” sostuviera: “... tradicionalmente, tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina han entendido que el dictado de normas procesales penales se encuentra entre las facultades no delegadas por las provincias al Gobierno Federal (CN, art. 121). En tal sentido, consideramos que esta afirmación tajante puede ser relativizada, y que si bien el Congreso de la Nación no tiene facultades para dictar un solo Código Procesal Penal para todas las provincias, sí tiene competencia para dictar ciertas normas mínimas respecto de la procuración y administración de la justicia penal en esas jurisdicciones” (p.2)

Se piensa en este desarrollo que lo antes expuesto, no tiene sustento e incluso atenta contra el orden que la misma Constitución precisa sobre los asuntos no delegados a la Nación. El criterio vertido por Bovino e incluso la opinión del legislador expresada en su proyecto, no

²² Art.123. C.N.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

pueden proceder sin ser violatorios del orden legal establecido en nuestro país, por lo cual se descarta a priori a criterio personal, el dictado de normas sobre la materia procesal penal por parte del Congreso de la Nación, cualquiera sea su importancia o magnitud, estas corresponden a las provincias. Por lo cual ese procedimiento para la denuncia del plagio y otros expuesto a lo largo de la ley 11.723, no se corresponden nuevamente a lo que el principio de legalidad y la carta magna indican como normal fundamental. Pero, ¿Acaso se puede analizar un proceso, cuando ni siquiera existe una la ley sustancial que acoge el plagio como figura independiente en el código criminal?. El segundo argumento por el cual se cree aquí que ese proceso de denuncia penal para la copia ilícita esta viciado, responde aquella pregunta.

El principio de legalidad que como se advirtió, será tratado en el capítulo correspondiente, pero se dijo antes, sobre el mismo, que según nuestro art. 18 C.N. no permite penar sin ley previa y escrita, en este caso particular se esta ante un proceso carente de legalidad total, ya que de no existir la figura del plagio como delito autónomo en el código penal argentino este proceso no tiene validez alguna, porque la problemática no esta propiamente centrada en la legalidad del procedimiento (al margen que se afirma aquí tampoco se corresponde con lo que la carta magna exige), si no en la cuestión de fondo que presenta una gran incongruencia al penar el delito de copia ilícita equiparándolo al de defraudación, convirtiendo al tema en un asunto que viene a incidir con aquel principio y la constitución misma, al margen de cualquier proceso que pretenda imponerse para penar un ilícito de esta clase.

3.9 El plagio y la idea.

Finalizando el capítulo, es preciso recalcar sobre este tema, para entender desde donde surge la posible punición al plagio. Emery (2014) afirma:

Como se ha expresado, la propiedad intelectual no protege las ideas si no su forma de expresión. Por lo tanto no existe plagio, cuando se expresa de manera diferente una misma idea; por ejemplo divulgar la actividad parlamentaria mediante la muestra del funcionamiento interno del Congreso y el requerimiento de opiniones a los legisladores, porque ello es un procedimiento común y ordinario que no puede beneficiarse de su registro como obra intelectual. (p.291)

Debe quedar asentado como bastión, en el asunto que se trata, que ante la duda, de la existencia de un posible plagio, lo primero que debe examinarse, antes incluso del tipo penal que corresponde, es si la petición versa sobre una forma de expresión original y novedosa, que si responde a la garantía legal, o es meramente una idea similar o igual, ya que la simple idea no tiene procedencia como plagio. Este concepto es fundamental al momento de determinar la ilicitud o licitud de una creación, de este precepto nace la posibilidad penal para el perjudicado, esa potencialidad de punición criminal que se examinó anteriormente y que de prosperar debería aplicarse el art. 172 del C.P. asunto que se determinó poco correcto, y falto de sustento jurídico. Es por esta misma directiva o regla sobre el plagio, aun mas evidente que la figura impuesta en la ley 11.723 sobre propiedad intelectual, para penar la problemática aquí tratada, carece de sustento constitucional criminal necesario, en lo penal, ya que la defraudación y sus conductas contenidas, como ser el ardid o engaño, no se consideran en el plano autoral, las ideas, las formas de expresión, la originalidad o novedad, cuestión que debería estar expresamente impuesta en el código penal argentino para proceder con una posible condena en la materia.

En este capítulo se recorre, los diversos parámetros legales que hacen a la esencia de la problemática del tipo penal del plagio, para comprender íntegramente de qué forma, este tiene incidencia en el sistema legal vigente y su coherencia al surgir de una ley civil como es la 11.723 y redirigir la pena al art. 172 del Código Penal. Se investiga la figura del plagio, junto a las penas que otorga la legislación actual, obteniendo como resolución que estamos ante una posible contradicción, contradicción con los principios del derecho constitucional y criminal, que será tratada en el siguiente capítulo.

Capítulo 4.

El plagio y la perspectiva penal.

Este último apartado, representa la unificación de todo el conocimiento investigado precedentemente, con el fin de otorgar coherencia al presente trabajo. La cuestión penal y constitucional que incide en el plagio de manera directa, termina de ser desarrollada en estas líneas, donde se profundizan los principios del derecho criminal y su posible contradicción, con la pena que impone la ley civil autoral.

Se relaciona con el objetivo de entender el plagio, desde el plano jurídico e investigar la base penal que da sustento y resolución a la problemática, por lo cual finaliza con la conclusión general de todo el trabajo.

4.1 Principio de legalidad penal.

Antes de proseguir con el desarrollo sobre el tipo penal, que corresponde al plagio, se precisa fijar en este punto, uno de los principios que hacen al derecho criminal y constitucional, ya que este es un bastión que sostiene al sistema penal y el cual no puede ser violado, tampoco ignorado e influye en el injusto. Sobre el principio denominado de legalidad, Machicado (2009) afirma: “El Principio De Legalidad es un axioma de valoración de lo justo por una sociedad en virtud del cual no se puede aplicar una sanción si no esta escrita previamente en una ley cierta” (p.2). Esta es una de las directivas mas importante que hacen al derecho penal argentino, ya que se impone que no habrá pena alguna sin ley previamente escrita, sostenido por la Constitución Nacional en su art. 18²³.

Esta clausula de nuestra carta magna, hace referencia a la máxima “nullum crimen nulla poena sine lege” que traducido al castellano significa: no habrá crimen, no habrá pena sin ley previa” (Machicado, 2009). Ahora bien, fijado el concepto de este fundamento del derecho criminal, surge la inevitable pregunta ¿Acaso este principio, contradice lo impuesto por la ley

²³ Art.18.C.N.-Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

11.723 de propiedad intelectual, al dirigir la pena del plagio al delito de defraudación?. Se cree que el legislador al sancionar la ley en materia intelectual, ha querido introducir un marco de penalidad, dentro de una directiva civil, como lo es la antes mencionada, para evitar un vacío legal en la punición de los delitos cometidos contra los derechos autorales. Pero justamente esta necesidad de penar, creó una duda jurídica importante, estancada entre el derecho civil y el derecho penal, violando el mandato constitucional. Ya que de aceptar la máxima la cual expone, que sin ley previa, no hay delito, claramente tratando el ilícito del plagio, este no tendría contención legal desde lo penal, debido a que en nuestro código criminal, no existe aquél como figura independiente, y en la ley civil sobre derechos intelectuales, tampoco está mencionado de forma autónoma, sino que como se expresó antes, la garantía hace referencia a los delitos en general contra ese tipo de derechos. Este problema representa la cuestión central del presente trabajo y por el cual se debe indagar de que forma y sin violentar ni el código penal ni la Constitución Nacional, que expresan aquel principio, pueden coexistir con la norma civil que redirige la pena sin mucha contemplación, de las bases del sistema penal.

4.2 Principio de legalidad penal y el tipo penal del plagio.

Como se determinó en el punto anterior, este principio de legalidad que impide penar, sin ley previa y escrita es un mandato constitucional contenido en el art.18 de nuestra ley fundamental, por lo tanto el mismo incide en cualquier tipo penal que se pretenda imponer. En el caso del plagio, como se precisó la ley 11.723 al redirigir la pena del mismo al art. 172 del Código Penal, estaría transgrediendo la norma de máxima jerarquía en uno de sus principios determinantes. Según Cabrera (2016) afirma:

No obstante, del principio de legalidad penal derivan también la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución . En cuanto a la primera de ellas, exige, para que se ejecute, que la pena sea impuesta en sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional que, con arreglo a lo previsto en las leyes procesales, resulte competente, el cual debe seguir el procedimiento legalmente fijado. Por lo que se refiere a la garantía de ejecución, requiere que la pena se ejecute de acuerdo con lo dispuesto en la ley. (p.3)

Según la autora en cuestión, de aquel principio que forma parte de la problemática central de este desarrollo, no solo deviene la legalidad de la pena misma, sino se incluye la garantía jurisdiccional y la de ejecución ante una posible condena, asunto con el que se coincide, ya que aquella directiva no solo previene de penar sin ley previa, sino que también incide aquel art. 18, al momento de respetar las leyes procesales que determinarán la jurisdicción como se precisó al analizar el punto del procedimiento para la denuncia penal sobre el plagio y la posible contradicción allí demostrada con la C.N., la misma suerte corre el tema de la ejecución de una pena. Cabrera (2016) agrega:

En virtud del principio de legalidad penal, corresponde a la ley, como se ha visto, la descripción de los delitos y la determinación de las penas, así como la regulación de su aplicación y ejecución. Ahora bien, el mencionado principio exige, además, que dicha ley cumpla con una serie de requisitos: en primer lugar, ha de ser previa, no siendo posible la aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables; en segundo lugar, debe ser una norma escrita emanada del Parlamento, lo cual implica la exclusión del derecho consuetudinario como fuente de delitos, penas y circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal; en tercer lugar, tiene que ser aplicada de manera estricta, sin que quepa la analogía in malam partem; por último, ha de ser cierta, esto es, debe determinar de forma precisa, concreta y clara cuáles son las conductas delictivas y las penas que a esas se atribuyen. (p.3)

La opinión antes vertida por la autora, es contundente y aclarará todo lo que el principio examinado, requiere a la ley para ser válida, legal y sobre todo constitucional. En el plagio se avizora que al ser penado con el tipo penal de la defraudación, todo lo que exige ese mandato del art. 18 esta siendo transgredido, en primer término se puede observar que siendo una ley previa no es la que se corresponde con el delito del plagio, ya que este último no se presenta de forma autónoma en nuestro código criminal, por ende y puntualmente la copia ilícita no esta plasmada ni previa ni escritamente como lo exige la directiva constitucional penal, luego y a priori descartamos que sea una norma emanda del Congreso ya que el mismo, nunca trató aquella problemática cuestión que se demostrará necesaria en los puntos siguientes. Cabrera explica que debe ser esta ley aplicada de manera estricta, sin apelar a la analogía en contra del reo, en el próximo apartado se explica, que aplicar el 172 del código penal argentino para punir al plagio, es aplicar analogía in malam partem, es decir concordando con la apreciación realizada por Cabrera es otra violación al principio, principio que determina el futuro penal de una persona sindicada de cometer plagio y penada por defraudación en Argentina. Por ultimo

la conducta, debe efectivamente coincidir con lo que se pretende condenar, asunto que no se asemeja al fraude del código criminal, como se demostró al tratar el injusto de la defraudación y sus claras diferencias con el tipo penal que el plagio debería presentar.

4.3 Analogía penal.

Al proseguir con la investigación y junto a la cuestión tratada en el punto precedente, se hace necesario examinar la analogía penal, entendida por Palladino (2015) quien afirma:

La palabra analogía significa “Relación de semejanza entre cosas distintas” y en concreto aplicado su uso al ámbito del derecho: Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella (p.1).

Se denota del concepto vertido, la clara similitud existente con el caso investigado, sobre el tipo del plagio, al cual se le aplica o extiende, la norma jurídica correspondiente al delito de defraudación , por mandato de la ley 11.723 sobre propiedad intelectual. De ser aprobada esta hipótesis por el lector, que además se encuentra sustentada en bases constitucionales y penales, se esta asumiendo una probable analogía construida por el legislador al sancionar la garantía autoral. Ahora bien Palladino (2015) expone:

El principio de legalidad implica la prohibición de la analogía en el derecho penal, pero debemos analizarla más profundamente para saber como funciona esta afirmación. Podemos definir a la analogía de la siguiente forma: La analogía consiste en la aplicación de una norma a un supuesto que no está recogido en la ley o su espíritu, pero presenta semejanzas a los supuestos que dicha norma comprende. (p.1)

El autor al que se menciona y con el que se concuerda, recalca que el uso de la analogía en el derecho criminal esta vedado, debido al principio que antes se estudió, el de legalidad, que exige una ley previa y escrita que contenga tal delito, de lo contrario no puede pensarse según art. 18 de nuestra carta magna. El asunto del tipo que contiene o pretende abarcar al plagio, se convierte en una figura compuesta por analogía y he aquí la contradicción que el parlamentario no observó al momento de incluir el art. 71 y 72 en la ley sobre derechos autorales y trasladar la pena de aquellos delitos al de defraudación.

4.4 Analogía contraria al reo y a favor del reo.

Luego de plantear la definición sobre analogía, se debe aclarar que existen casos especiales en donde nuestro ordenamiento penal, admite el uso y aplicación de aquella. Palladino (2015) indica:

En el supuesto donde la analogía se presenta como la aplicación de una norma contraria al reo, (*in malam partem*), el principio de legalidad la prohíbe claramente, por lo que es ilícito el calificar un delito o aplicar una pena mediante la analogía. Aunque su funcionamiento es claro en este caso, si es verdad que es posible encontrar casos donde se ha aplicado la misma.(p.1)

Dicho autor, reivindica que la analogía “*in malam partem*”, esta totalmente prohibida, justamente por involucrar la seguridad jurídica, al no existir un tipo que encuadre con la conducta del reo, penarlo sería justificar la analogía en los casos donde existen vacíos legales, perjudicando no solo al sindicado, sino al sistema legal en su generalidad, se cree correcta esta postura y se abre aquí un dilema más profundo. ¿Acaso el empleo del delito sobre defraudación al plagio, configura analogía *in malam partem*?

Esta pregunta revela una respuesta, que siguiendo los cánones propiciados por el derecho criminal, se respondería positivamente, ya que de usar aquella figura se estaría castigando una defraudación tradicional, no un hecho cometido a través del plagio que como se sostuvo incluye otra clase de bienes jurídicos protegidos como ser la moral, materia que el ilícito del 172 del C.P. no incluye entre su protección ante una defraudación. Esto de emplearse, podría causar un uso en contra del reo y una deformación del derecho de penal, pero si esta hipótesis se considera válida, la pregunta es ¿Se puede entonces penar el plagio?.

Como se expuso antes coexisten dos clases de analogía, en contra del reo y a favor, de esta última Dichiachio (2013) afirma :

La analogía *in bonam partem*, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable: la teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error de tipo y del error de prohibición, sin ser totalmente lo uno o lo otro, propone

actualmente la aplicación analógica de las reglas del error (que son más benignas) al caso antes mencionado, y es compatible con la prohibición de la analogía sólo in malam partem.(p.2)

Dichiachio expresa que la analogía en favor del reo, tiene aceptación en el sistema penal argentino, solo cuando de aquella surja o un atenuante o excluyente de la responsabilidad, esta opinión es contundente, la extensión que se permite, solo puede aminorar o eliminar el reproche, de ninguna manera agravar o crear un delito donde no lo hay. Es por esto que en el tipo penal del plagio, que en primer término no esta ni siquiera plasmado en el código penal como tal, ahora bien. ¿Que clase de atenuantes o eximentes, se aplican en una figura que no existe en el catálogo criminal?

4.5 Derecho comparado, pena del plagio.

Poder interpretar, la magnitud de la temática aquí tratada, hace necesario el hecho de indagar en el derecho comparado, y de que forma se trata en la legislación extranjera y puntualmente desde la óptica penal, la cuestión del plagio. Sanabria (2014) expone: “El término “plagio” no se encuentra contemplado como tal en la legislación colombiana y, por lo tanto, corresponde a un concepto eminentemente doctrinario” (p.91). En Colombia, al igual que en nuestro país, existe ausencia de denominación sobre el plagio mismo, en el marco legal. Pero Sanabria (2014) agrega:

El Código Penal en el artículo 270 se refiere a la violación de los derechos morales del autor con penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 que implica prisión de 32 a 90 meses y multa de 26,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (p.91)

De lo expresado se opina que al tipificar el código penal de Colombia, la violación de los derechos morales del autor, ha producido un avance notorio en el asunto, ya que como se observó, se precisa, por reglas del propio derecho criminal, que la cuestión esté estipulada en aquel catálogo penal de una forma precisa, donde los bienes jurídicos protegidos estén expuestos como tal. En este caso, si bien no se está pensando al plagio propiamente dicho, el incluir los derechos autorales en aquella legislación e imponer una pena de prisión mas una multa, claramente demuestra la importancia de proteger al autor contra los delitos que puedan sufrir. Sanabria (2014) afirma:

El artículo 271 hace referencia a la violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, modificado por el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006; el artículo 272 a la violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones, modificado por el artículo 3 de la misma Ley 1032 de 2006 y estipula que todos aquellos que incurran en este delito sufrirán prisión de cuatro a ocho años y multa de 26,66 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (p.92)

Aquí el autor al que se sigue, explica que el art. 271 del código penal Colombiano, se refiere específicamente al detrimento, tanto patrimonial como de otros derechos conexos a los cuales aquella legislación les agrega otras defraudaciones, esta directiva es fundamental a criterio de quien redacta, ya que demuestra la necesaria tipificación en protección de los bienes jurídicos tanto moral, como patrimonial en caso de producirse un delito contra los derechos autorales, y no solo la adhesión de estos, a un delito como la defraudación, que en el caso del catálogo criminal colombiano les suma a los ilícitos contra la propiedad intelectual, no conteniéndolos, como en el código argentino.

En Uruguay, se sancionó la ley 9.739²⁴ sobre Derechos de Autor, esta legislación contiene directivas muy similares a nuestra 11.723 sobre propiedad intelectual. En su capítulo X al tratar de las sanciones, la garantía extranjera trata en su art. 46²⁵ sobre la violación a los derechos de autor.

Como se observa, la norma indica que ante un perjuicio sufrido por el autor en la propiedad intelectual, la pena puede oscilar entre los tres meses y tres años de prisión, esto representa una distinción en cuanto a nuestra directiva legal, ya que la ley uruguaya dictamina criminal de aquel país, cuestión no menor, debido a que esto, también estaría violando el principio de legalidad, como rector de todo el sistema penal, al pertenecer la ley al ámbito civil y denota una contradicción en la imposición de aquellas sanciones, se redacta en plural porque

²⁴ Ley n° 9.739 sobre Derechos de Autor. Uruguay. el 17 de Diciembre de 1937, luego fue modificada por ley n° 18.046 del año 2006.

²⁵ Art.-46. Uruguay- El que edite, venda, reproduzca o hiciere reproducir por cualquier medio o instrumento - total o parcialmente-; distribuya; almacene con miras a la distribución al público, o ponga a disposición del mismo en cualquier forma o medio, con ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, una obra inédita o publicada, una interpretación, un fonograma o emisión, sin la autorización escrita de sus respectivos titulares o causahabientes a cualquier título, o se la atribuyere para sí o a persona distinta del respectivo titular, contraviniendo en cualquier forma lo dispuesto en la presente ley, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

el artículo 46 de la garantía uruguaya, se extiende en otras sanciones expuestas allí de manera expresa, ahora bien, la cuestión se vuelve a centrar en el punto, en donde el plagio nuevamente no está plasmado de forma clara y precisa, sino que integra una serie de delitos contra los derechos autorales y aquí a juicio personal, aún más deficiente se presenta la técnica legislativa, al evitar cualquier mención al código penal de aquel país.

En Brasil, el asunto de los ilícitos contra los derechos autorales, ha sido receptado en catálogo penal de aquel país, disponiendo en el título III, capítulo I el art. 184²⁶.

Este país al incorporar en el código penal, la violación de los delitos contra los derechos autorales, está fijando parámetros, para que el resto o al menos los países pertenecientes al bloque sudamericano, observen y reflexionen sobre la importancia de acatar las directivas que devienen desde el sistema penal e incluso el constitucional, como es el caso argentino, adoptando las figuras pertinentes en los códigos criminales. En el Art. 185²⁷, el código penal brasileño incluye una directiva muy interesante.

Esta última garantía legal, es parte del plagio, si bien este código sigue sin aceptar especialmente a la copia ilegal, el hecho de usurpar un nombre o pseudónimo ajeno, configura un plagio y este acercamiento que aporta dicho catálogo criminal al tema, es fundamental para fijar las bases, con la que debe tratarse la problemática aquí planteada. Otra cuestión destacable en lo antes expuesto, donde las penas y multas impuestas, son más significativas

²⁶ Art.184.-C.P. Brasil- (Traducción)Pena – detención , de 3 (tres) meses a 1 (un) año, o multa.

1° - Si la violación consiste en reproducción, por cualquier medio, con intención de lucro, de obra intelectual, en todo o en parte, sin autorización expresa del autor o de quien lo represente, o consiste en la reproducción de fonograma o videofonograma, sin la autorización del productor o de quien lo represente:

Pena - reclusión, de 1 (uno) a 4 (cuatro) años, y multa, de Cr\$ 10.000,00 (diez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cincuenta mil cruzeiros).

2° - La misma pena de párrafo anterior incurre quien vende, expone la venta, alquila, introduce en el país, adquiere, oculta, presta, cambia o tiene en depósito, con intención de lucro, original o copia de obra intelectual, fonograma o videofonograma producidos o reproducidos con violación del derecho autorales.

3° - En caso de condena, al fijar la sentencia, el juez determinará la destrucción de producción o reproducción criminal.

²⁷ Art.185.-C.P. Brasil- Usurpación de nombre o pseudónimo ajeno.

Atribuir falsamente a alguien, mediante el uso de nombre, pseudónimo o señal por el adoptado para designar sus trabajos, la autoría de obra literaria, científica o artística:Pena – detención , de 6 (seis) meses a 2 (dos) años, y multa.

que en otras legislaciones extranjeras, destacando el significado de acometer un delito de esta clase.

Perú al sancionar la ley n° 28.289²⁸ denominada “Lucha contra la piratería”, ha modificado una serie de artículos pertenecientes al código penal peruano, para punir criminalmente estas violaciones. Y su art.1²⁹ expresa el asunto de la introducción al C.P. de aquel país, en esta cuestión.

Esta legislación en vigor desde el 19 de julio de 2004, pionera, a criterio de quien redacta, ofrece una serie de alternativas ante los ilícitos contra la propiedad intelectual, en

²⁸ Ley n° 28.289 Lucha contra la piratería. Perú.Sancionada 19 de julio de 2004.

²⁹ Art.1.- Modifica los artículos 217, 218 y 219 del Código Penal Modifícanse los artículos 217, 218 y 219 del Código Penal, con los textos siguientes:

“Artículo 217.- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

a. La modifique total o parcialmente. b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público. c. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho. d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito. La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno.

Artículo 218.- Formas agravadas La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa cuando:

- a. Se dé a conocer al público una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.
- b. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines de comercialización, o alterando o suprimiendo, el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.
- c. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.
- d. Se fabrique, ensamble, importe, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas, esquemas, o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras o producciones protegidas, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no estén autorizados para ello.
- e. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos.

Artículo 219.- Plagio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a ciento ochenta días multa, el que con respecto a una obra, la difunda como propia, en todo o en parte, copiándola o reproduciéndola textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro, la autoría o titularidad ajena.”

primer término brinda diversas penas y multas, según la conducta del sindicado, trata sobre todo de emplazar el mayor tipo de posibilidades, lo cual la hace importante desde el punto de vista legislativo y penal. Agrega la modificación de dos artículos mas, al código penal peruano que son necesarios analizar.

En la modificación al art. 218 se observa, la figura agravada mediante la comisión de determinadas conductas allí descriptas, lo que demuestra que el parlamentario extranjero al debatir el asunto de la piratería, decidió implementar formas básicas y agravadas, abarcando todo lo que la problemática de los delitos contra la propiedad intelectual, puede afectar, con la importancia que requiere el tema. Y luego en la modificación del art. 219 se encuentra de forma absolutamente precursora en la materia, la institucionalización del plagio, en un código penal sudamericano, como es el peruano. De lo analizado precedentemente surge que esta ley que incorpora al catálogo criminal extranjero aquella figura, de forma expresa, tal cual lo exigen los principios del derecho penal, como el de legalidad y en nuestro caso la Constitución Nacional en su artículo 18, cumpliendo de esta manera, no solo con la coherencia de los sistemas de derecho en general, sino con la garantía de defensa, hacia los sindicados como acusados y protegiendo además, los bienes jurídicos correspondientes de la figura y no otros afines, como en el caso de la defraudación en nuestro país. La pena impuesta en el plagio, es la privación de la libertad con un mínimo de 4 años y un máximo de 8 años, lo cual significaría en nuestro régimen penal argentino, la pérdida de posibilidad de excarcelación (ya que supera el mínimo de los 3 años) , esta novedad legislativa, asienta la base, para construir un sistema penal y civil, sin contradicción al momento de receptor el tipo penal.

Luego de indagar en los códigos penales foráneos, es parte del asunto investigar, la jurisprudencia argentina en materia de plagio, el objeto de esto, es detectar de que forma se fundamenta en nuestro país la aplicación de la defraudación como figura ante un delito de copia ilegal.

4.6 Jurisprudencia sobre plagio.

En el fallo "KATCHADJIAN. Pablo s/recurso de casación"³⁰, de la Cámara Federal de Casación Penal SALA IV, en fecha 15 de septiembre de 2014, se decide la revocación de la absolución del imputado de apellido Katchadjian, en la causa iniciada por la Sra. María Kodama, como querellante, sobre materia de propiedad intelectual. Dispone el fallo "Se agravó por considerar que tanto la resolución del juzgado de instrucción como la decisión impugnada que confirmó aquella, contiene una incorrecta interpretación de las cuestiones de hecho del proceso y de la interpretación de los tipos punitivos de los arts. 71 y 72 de la ley 11.723" el recurrente afirmó que "Se ha inobservado la ley sustantiva porque sólo parece considerar como conducta típica de los delitos de la ley 11.723, la acción de plagio, ya que considera que si se reproduce una obra íntegra de otro sin autorización no habría delito si el agente `aclara´ en su reproducción que no es la obra propia sino obra ajena. Pero en el caso de autos la inobservancia de la ley sustantiva es más grave porque no sólo hubo una reproducción íntegra de la obra de otro, sino que encima se la bastardeó intercalándole texto ajeno (en más del doble que el original) e ilustraciones, reproduciéndolo como propio y vendiéndolo como propio" (fs. 146 vta./147).

En este punto la querrela, resalta que la interpretación sobre los tipos penales incluidos en los artículos 71 y 72 de la ley 11.723 sobre propiedad intelectual, que reconducen al código penal art. 172 sobre de defraudación, incluyendo al plagio, no estarían siendo analizados del modo que corresponde, debido a que para la recurrente, además de una reproducción íntegra hubo una adhesión al contenido original. Aquí se coincide con la resolución de la cámara criminal en primera instancia, ya que si la reproducción es total pero con mención del autor original, no se estaría incurriendo en el delito de plagio y más aún como lo sostiene la doctrina en general, si de ese contenido primario resulta un nuevo material que presente la característica de original y novedoso, menor es la posibilidad de calificarlo como plagio, porque devendría en una obra nueva y como se estudió en el primer capítulo, la ley 11.723 no protege las ideas, si no la forma de expresión de aquellas. En lo que se coincide con la querellante, es el en el hecho de que al no existir un tipo penal, preciso en cuanto al plagio como delito autónomo, su interpretación se construye en base a doctrina y jurisprudencia, lo cual roza lo violatorio de los principios del derecho penal, como se sostiene en este trabajo y

³⁰ Cámara Federal de Casación Penal SALA IV – C.F.C.P. "KATCHADJIAN. Pablo s/recurso de casación"- 15/9/2014.

produce un criterio de análisis por parte de los jueces, restringido a lo que estudiosos del derecho y la jurisprudencia anterior dictaminen, cuando debería fundarse en el derecho penal argentino y en la constitución nacional, ya que se pretende aplicar una figura del ámbito criminal, el problema real en este caso, radica en el tipo impuesto y no en la interpretación a criterio de quien redacta. Ahora bien casación en esta oportunidad revoca la absolución de Pablo Katchadjian acusado de plagiar la obra el “Aleph” de Jorge Luis Borges, aduciendo que “como consecuencia del derecho a la propiedad intelectual de la obra, el autor posee el derecho a la integridad de la obra”. Por eso, “el autor tiene derecho a que su obra se exhiba, represente, ejecute en forma íntegra y tal como él la concibió, por lo tanto, cualquier modificación o alteración debe contar con su previa aprobación”, este ultimo concepto vertido por los camaristas en la instancia de revisión surge de la propia ley sobre propiedad intelectual, es decir presenta coherencia con el sistema legal, pero la resolución vertida por la cámara criminal en primera instancia y recurrida por la Sra. Kodama, presenta a juicio personal, un sustento jurídico mas sólido al momento de aplicar el tipo penal de la defraudación, por que como se expuso el hecho de que el art. 71 de la ley 11.723 transfiera la pena del plagio a la defraudación, hace necesaria una exhaustiva investigación en la conducta del sindicado, basándose en las producciones doctrinales, porque hasta el momento el sistema argentino, no brinda otra solución posible en este punto que genera polémica, y poder probar un ilícito de esta clase se ha convertido en un verdadero desafío para los jueces y los damnificados.

El siguiente fallo, trata al asunto del plagio desde la óptica civil, abordándolo mediante una acción sobre daños y perjuicios, que como se advirtió en capítulos precedentes, es viable y recomendable, al margen de la acción penal correspondiente. La camara civil - SALA H “Mariscotti, Mario c/ Sorin, Daniel Adolfo; s/Daños y perjuicios”³¹ En fecha 5 de junio de 2015. La dra. Abreut de Begher expone: Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.723 contra la sentencia de fs.715/721 que rechazó la demanda planteada por Mariscotti contra Sorín. “Se agravia el accionante por el rechazo de la demanda de daños y perjuicios con sustento en el plagio de su obra “El secreto atómico de Huemul” por el escritor demandado Sorín en la pieza literaria “El hombre que engañó a Perón”.

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H, 5 de Junio de 2015 “MARISCOTTI Mario C/ SORIN Daniel Adolfo S/ propiedad intelectual Ley 11.723”

Aquí el recurrente pretende que se reconozca su calidad de damnificado, y proceda la reparación por considerar que su obra “El secreto atómico de Huemul” fue víctima del delito de plagio. “Varias son las cuestiones que planteó con el objetivo de revertir el resultado del pleito. Dijo que la juez no tuvo en cuenta las coincidencias, similitudes, transcripciones y adaptaciones del texto de la obra del accionado con el del actor. Que la Magistrado no realizó ninguna comparación entre los trabajos de ambos contendientes. Que se violó el art.2 de la ley 11.723 con la adaptación en la pieza de Sorín; y que además se copió y transformó información que contenía la de Mariscotti, sin su autorización, y menos aún sin citar la fuente”.

Como se estudió previamente, las similitudes así como la adaptaciones que contengan dos o más obras, pertenecen al ámbito de las ideas, por lo cual no conlleva protección legal alguna, en cuanto al art.2 de la mencionada ley nos indica:

El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

Esto impone el mandato legal, pero en el caso planteado no se estaría violando tal directiva, a juicio de quien escribe, ya que el derecho de propiedad sobre aquella obra sigue intacto, ya que la similitud o adaptación de una idea tomada de aquel, no configuraría para la doctrina general un plagio. De todas formas el tribunal de apelación en lo civil, hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios ordenando la indemnización del perjuicio sufrido por Mariscotti, el punto de análisis en este asunto, no es indagar la decisión del tribunal, ni controvertirla, sino demostrar que estas interpretaciones varían de acuerdo, al entendimiento y conocimiento de los camaristas, y que al ser el plagio una problemática que navega entre las directivas impuestas por la ley civil 11.723 y la pena de la defraudación a través del código penal argentino, convierte a la materia en un genero “sui generis”. Ahora bien la pregunta es la siguiente ¿Acaso existe un plagio civil y uno penal?.

4.7 Plagio civil o plagio penal.

Al incluir en una ley civil, como lo es la de propiedad intelectual, al plagio como problemática propia contra los derechos autorales, y redirigir la pena del mismo, al catálogo criminal, convierte al asunto en una cuestión “sui generis” donde su género de origen

devendría del ámbito civil, pero su real punición se encuentra incorporada al derecho penal. Emery (2014) afirma:

Por su parte, Ledesma distingue entre el plagio penal y el civil, al decir que existe plagio penal en fraude a los derechos de autor cuando se configura la dolosa alteración de la producción artística ajena, determinada por la posible confusión de ambas obras. En cambio hay plagio civil cuando la desfiguración esta desprovista de intención criminal o es simplemente fragmentaria de la obra, para obtener un beneficio del trabajo intelectual ajeno. (p.286)

Emery, al citar al autor que plantea la existencia de un plagio civil y uno penal, da apertura al debate de aquel asunto, exponiendo que el plagio penal es el que contendría la defraudación implícita, hacia los derechos de autor, cuestión lógica al realizar aquel, el paralelismo con el tipo penal que le es aplicable, es decir el de la defraudación y el dolo como elemento subjetivo necesario. Pero como se observó precedentemente, el dolo es indispensable al momento de ejecutar una conducta de fraude que debe contener un ardid o engaño, no así en el plagio como figura autónoma, ya que se analizó que esta problemática puede abarcar una intención clara de producir una copia ilegítima o ser producto de un descuido o ignorancia y no por su carácter de “culposo” deja de ser una figura criminal, lo fundamental sería presentar al plagio ya sea con dolo o culpa y la diferencia en su graduación punitiva, como en tantas figuras que conforman el código penal argentino, ejemplo el homicidio en su faceta doloso o culposo. Luego aquel autor expone que el plagio civil es aquel que no presenta intención criminal, con lo cual no se coincide, por lo expuesto en líneas anteriores, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia, continúa formando parte de lo criminal, si bien su pena debería ser aminorada respecto a esta condición, pero la esencia es criminal. Este tipo de razonamientos se producen por la falta de directivas legales claras, tanto desde lo civil y mas aun desde lo penal. Emery (2014) expone:

Se ha señalado con acierto que aunque la ley 11.723 no menciona en ninguno de sus preceptos la palabra “plagio” u otras semejantes, puede inferirse que implícitamente esta contemplado desde que en ella se castigan los atentados contra el derecho de autor, y el plagio es una de esas violaciones a esos derechos. (p.286)

Por la fundamentación arriba expuesta, se concluye que el plagio es una figura que nace del derecho civil y que si bien la legislación que debe comprenderla es difusa, ya que no hace mención expresa sobre la problemática, se la considera implícita, ahora bien su finalidad es netamente criminal, por eso se sostiene en estas líneas que el plagio no es civil ni penal, es una figura “sui generis” que transita necesariamente ambos campos jurídicos para brindar una respuesta legal necesaria en la protección que se pretende.

4.8 Penas impuestas en la ley 11.723.

Luego de investigar sobre la pena contenida en la ley sobre régimen de propiedad intelectual, la cual se observó transfiere la punición de los delitos contra los derechos de autor, entre ellos el plagio, a la figura del 172 C.P. sobre defraudación, se debe acotar que esta ley autoral impuso dentro de la misma, en el siguiente artículo sanción específica y propia que el legislador considero correcta, como la del Art. 72 bis³².

El art. 72 bis es un claro ejemplo, donde el parlamentario haciendo uso de facultad, impone directamente castigos sin ni siquiera recurrir al código penal ni al principio de legalidad penal. Ahora bien la pregunta ¿Esto es válido desde el plano legal?. Se cree en este

³²Art.72 bis.- Será reprimido con prisión de un mes a seis años:

- a) El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;
- b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;
- c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;
- d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;
- e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.

El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

Si no se dedujera acción, denuncia o querrela, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante.

A pedido del damnificado el juez ordenará el comiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar que no utilizará los aparatos de reproducción para fines ilícitos, el comprador deberá acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el "fondo de fomento a las artes" del Fondo Nacional del Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6° del decreto-ley 1224/58.

trabajo que a pesar, de la potestad conferida por la Constitución Nacional al Congreso de la nación, para sancionar leyes en su art. 75, no sería correcto aplicar en una ley civil la pena por ejemplo del art. 72 bis prisión de 1 mes a 6 años, ya que esta creando paralelamente al código criminal una punición que ni siquiera esta expuesta como modificación de algún tipo penal del catálogo criminal, como si ocurre y se examinó en el caso de la ley peruana. Si bien el artículo en cuestión, pone el acento en conductas referidas básicamente al lucro indebido de producciones artísticas, científicas o literarias, ya sea por no pertenecer a quien desea negociarlas o sin autorización de su propio creador, esta especie de tipificación no estaría respondiendo nuevamente a los principios del derecho penal, que es el único que impone castigo. Incluso en el último párrafo de la directiva indica que el damnificado podrá solicitar jurisdicción, ya sea en sede comercial o penal el secuestro de copias, con lo cual se esta creando una esfera mas confusa, respecto a la clase de sanción que se procura, o es un asunto penal o es un asunto civil pero no puede ser optativo, debido a que la óptica criminal no se asemeja a lo comercial. Por ultimo los art. 73³³ y 74³⁴ agregan otras penas, cuestionadas aquí.

Estas garantías que ofrece la ley 11.723, se encuentra afectadas con la misma incognita planteada respecto al 72 bis., el punto aquí radica, en que si se acepta como correcta esta hipótesis en donde estas sanciones no pueden ser aplicadas, por ser violatorias de las reglas del derecho penal, del principio de legalidad, y el tipo penal analizado del 172 C.P. tampoco estaría cumpliendo la función real de penar un plagio ¿Cómo debe pensarse el plagio y otros delitos contra los derechos autorales?.

4.9 Proyecto de ley, constitucionalidad del delito del plagio.

Luego del análisis pormenorizado, respecto a la cuestión penal constitucional, que presenta los requisitos indispensables, para que un tipo penal autónomo del plagio, no afecte ni

³³ Art.73. -Será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta ley:

- a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes;
- b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes.(Por art. 1° inciso 12 de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993 se eleva montos).

³⁴ Art. 74 - Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de MIL PESOS como mínimo y TREINTA MIL PESOS como máximo destinada al fondo de fomento creado por esta Ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derecho, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita.

incida con el principio de legalidad, estudiado aquí y proclamado por nuestra C.N. como base del sistema criminal argentino, debe tratarse en este punto, la cuestión de la necesidad de un proyecto de ley, para punir aquel delito independientemente y no redirigir la pena y la conducta al art. 172 del código penal. Al sancionar la ley 11.723 de 1933 se observó que no se tuvo en miras al plagio como una figura que merece especial protección, ni en las modificaciones recientes a dicha legislación, se contempló una posible incorporación de la figura al C.P argentino. Todo esto repercute en la problemática tratada a lo largo de estas líneas.

El código criminal y sus leyes, pertenecen al ámbito de sanción del Congreso de la Nación, por lo cual la actividad legislativa que llegue a concretarse en dicho lugar, es la que necesariamente regirá para todo el territorio. Esto indica que para la existencia legal de una norma, que pueda punir el plagio de la forma que la constitución lo requiere, se debe presentar en aquel lugar un proyecto de ley que exponga al delito. Ahora bien, la pregunta es ¿Quién puede presentar este proyecto de ley?. En el capítulo segundo de nuestra carta magna denominado “nuevos derechos y garantías” en su art. 39³⁵ explica sobre la iniciativa popular.

El artículo precedentemente expuesto, declarará que “los ciudadanos” tienen el derecho para presentar un proyecto de ley, la expresión entre comillas de los ciudadanos, se debe a que nuestra carta magna, no especifica la cantidad de personas o si existe un mínimo requerido, ante esta iniciativa popular. A lo cual la ley sobre iniciativa popular n° 24.747³⁶, aporta claridad, esta directiva reglamenta el art. 39 de la C.N. y en su art. 4³⁷ indica el número de ciudadanos exigido. Pero esta ley agrega en su art. 3³⁸.

³⁵ Art. 39. C.N.-Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

³⁶ Ley n° 24.747 Iniciativa legislativa popular. Sancionada: Noviembre 27 de 1996.

³⁷ Art.4.- La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5 %) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales.

³⁸ Art.3. - No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Es decir que repite esta legislación, lo que el mandato constitucional deja asentado en aquel art. 39. Que no pueden ser objeto de un proyecto de ley popular, cuestiones constitucionales, tributos y presupuestos, tratados internacionales y materia penal. Por ende queda descartado de plano que el plagio, como proyecto pueda ser presentado, por los ciudadanos, ya que como se corroboró en este trabajo, aquel debe ser penado como un delito autónomo en el código penal. Entonces la cuestión debe ser tratada por los Diputados y Senadores del Congreso de la Nación, que son electos mediante el voto popular.

Un proyecto de ley, que pretenda incorporar al plagio como figura autónoma, es el camino democrático que debe transcurrir este delito para ser reconocido finalmente el código criminal argentino. Si bien los antecedentes históricos, no acompañan la propuesta, se cree necesario su tratamiento y sanción, para que aquella figura sea reconocida penalmente y por lo tanto, no sea objeto de un posible planteo constitucional basado en la violación del principio de legalidad.

Conclusiones.

En el desarrollo del presente trabajo, se expone al plagio como un delito y la problemática se enfoca, en la incidencia del principio de legalidad impuesto en el art 18 de nuestra Constitución Nacional, al realizar la ley 11.723 sobre propiedad intelectual la redirección en la pena que presenta el mismo en el art. 71, al código penal argentino en su figura del art. 172 como si fuese una defraudación.

En primer término y en cuanto eje central del trabajo, aquí expuesto se demostró, que el tipo penal que según el mandato de la ley sobre propiedad intelectual debe aplicarse al plagio, es el que corresponde a la defraución del art. 172 del C.P. que a través de la investigación llevada a cabo, se determinó que contendría una serie de contradicciones legales.

Contradicciones a nivel constitucional y penal, en sus cimientos. Se observó que el principio de legalidad del art. 18 de nuestra Constitución Nacional, el cual dictamina que debe existir ley previa y escrita, para poder penar, directiva surgida de la máxima en latín “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”, que significa lo antes mencionado, no habrá crimen alguno sin ley escrita previa, donde se expone aquella directiva de legalidad de nuestra carta magna, como bastión del sistema criminal. Aquel que garantiza tanto para el sindicado, como para toda la sociedad, la seguridad jurídica que ante una posible pena, primero existe una ley que adjudica a cierta conducta una penalidad, sin este resguardo, todo el proceso esta viciado por carecer de una ley sustancial que avale aquel y como se examinó el plagio no esta incorporado como figura independiente al código penal argentino, por ende no es una norma ni previa ni escrita.

En segundo término la ley 11.723 de régimen sobre propiedad intelectual, no hace alusión alguna a la palabra plagio (Emery, 2014), pero como coincide la doctrina en general se encuentra implícita, entre los delitos que sanciona en el art. 71 de aquella legislación y que redirige la punición al delito previsto en el código penal sobre defraudación. Como se estudió cada tipo penal, necesariamente conlleva un amparo sobre los bienes jurídicos como fin último, que podrían ser afectados, en el caso de los ilícitos basados en un fraude, ardid o engaño, el bien jurídico que se protege es la propiedad, entendida, desde la aminoración patrimonial que esta puede sufrir en detrimento de la victima (Breglia, 2004). Ahora bien, el plagio como delito autónomo y como concepto independiente, no solo pretende resguardar a la propiedad, en este caso del autor, sino que como se desmotró a lo largo de esta exposición,

tiene como fin específico el derecho moral de la obra, el patrimonial y ciertos intereses públicos (Balbuena, 2003). Y como se plasmó en el desarrollo para que la norma penal sea válida, debe proteger ciertos bienes jurídicos y no otros (Kierszenbaum, 2009). Es decir que se encuentra, quien acomete una defraudación regulada por el código criminal y un plagio, en diferentes posiciones jurídicas, ya que a pesar de una posible similitud entre las conductas, no versan sobre la misma materia y el hecho de aplicar una figura como el fraude al plagio, es aplicar analogía.

Que en tercer lugar la cuestión de la analogía se comprobó, es rechazada por el régimen penal, y que como se determinó existen dos tipos de aquella, a favor del reo y en contra del mismo, la primera mencionada, es decir en beneficio del imputado, debe ser a criterio de los magistrados aplicada cuando mejore la futura condición del sindicado, la segunda esta absolutamente prohibida (Palladino, 2015). Claramente aplicar el tipo penal que indica la ley 11.723 en su art. 71 para la copia ilícita, es procurar una analogía en contra del reo, ya que nuestro código criminal, nada dice respecto de la problemática aquí tratada.

Si el principio de legalidad, no permite penar sin ley previa y escrita, el bien jurídico entre el fraude y el plagio no coinciden y la analogía esta prohibida. ¿Qué ocurre con el delito de plagio?, ¿Es un delito?

Lo primordial es dejar asentado, que la copia ilegítima, configura totalmente un delito. No puede tratarse de algo lícito el plagiar una creación, que según Emery (2014) es: “Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos para ser hechos públicos y reproducidos” (p.11). Porque esa expresión personal es una obra, que pertenece a determinado autor y copiarla es un delito.

Ahora bien, el silencio que existe en el catálogo penal sobre este asunto, demuestra la existencia de un vacío legal. Esta clase de problema, en el derecho civil es solucionable, ya que ante una laguna o vacío en el derecho, la analogía es permitida, para aplicar una figura afín a lo que se corresponda con los hechos, pero como se mencionó en el sistema criminal, no es posible, por lo cual y a juicio personal, es un delito y aplicar el 172 del código criminal, no sería lo correcto, debido a que el magistrado estaría violentando el principio de legalidad, y empleando analogía y el imputado pierde su garantía de defensa en juicio impuesta en el art. 18 de nuestra carta magna, ya que sin ley sustancial que remita a cierto delito, estar vinculado a un proceso es absolutamente absurdo e ilegal, por lo tanto las resoluciones judiciales que

surjan de la aplicación de aquella figura por redirección de la ley 11.723 para punir el plagio, pueden ser cuestionadas por inconstitucionalidad.

Por último al analizar la legislación comparada, se precisó que en el caso de Perú, cuenta con la ley 28.289 denominada “Lucha contra la piratería” la cual a través de sus artículos modifica el código penal de aquel país, incorporando en el art. 219 del catálogo criminal, específicamente la figura del plagio. Esta mención al derecho extranjero, forma parte de la posible solución a nivel jurídico, que debería existir en la problemática aquí tratada, en nuestro país. Ya que legislar sobre la materia es la única opción viable, para considerar a la copia ilegítima, como un delito respaldado en leyes y no en base a opinión de la doctrina o jurisprudencia, que a criterio personal, carece de sustento legal, por todo lo antes expresado.

Mientras no se realice una tarea parlamentaria, sobre el asunto, todos los fallos surgidos del art.172 del código penal sobre defraudación para punir el plagio, presentan un grave problema legal de inconstitucionalidad, que se transforma en inseguridad jurídica, para toda la sociedad, es por esto que como resolución del presente, se opta, por revalorizar el poder tripartito que presenta una republica en su esencia y una democracia mas justa y participativa, con esto se pretende que el poder legislativo en su calidad de tal, actúe y sancione una ley que incorpore finalmente al plagio al código penal argentino y así brindar una coherencia al sistema y a la sociedad misma, que en ultima instancia es la victima de esta ausencia jurídica.

Referencias bibliográficas.

I) Doctrina.

a) Libros.

Casado M. (2011) Diccionario jurídico.

Buenos Aires: Valletta Ediciones.

Cantaro A. y Sierra H. (2005) Lecciones de derecho penal.

Bahía Blanca: Editorial de la universidad nacional del sur.

Emery, M. (2014) Propiedad Intelectual.

Buenos Aires: Astrea.

Goldstein M. (1995) Derecho de autor.

Buenos Aires: Ediciones La Rocca

Indart M. (2014) Sobre el plagio.

Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Jessen, H. (1970) Derechos intelectuales.

Chile: Editorial jurídica de Chile.

Newton, R. (1977) El crimen de Claudio Ptolomeo.

Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

OMPI. (1980) Glosario de derecho de autor y derechos conexos.

Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad.

Romero, G. (2007) Delitos de estafa.

Buenos Aires: Hammurabi

Sabato, E. (1986). Sobre héroes y tumbas.

Buenos Aires: Editorial Ayacucho

Satanowsky, I. (1954) Derecho Intelectual I.

Buenos Aires: Tipográfica editora Argentina.

b) Revistas.

Balbuena, P.(2003) El plagio como ilícito legal. Revista Ventana Legal.

Disponible en: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm

Breglia, M. (2004) La defraudación. Revista Consejos de derecho. Disponible en.

<http://www.consejosdederecho.com.ar/116.htm#2>

Dichiachio, E. (2013) interpretación de la ley penal y la analogía. Revista Terragni penal.

Disponible en:

http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/interpreta_penal.htm

Gentile, H. (2011) Derecho procesal constitucional y control de constitucionalidad. Revista de la facultad U.N.C. Diponible en:

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5944>

Kierszenbaum M. (2009) El bien jurídico en el derecho penal. Revista UBA. Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Lladhon M. (2001) la violencia en el delito de robos con armas, diferencia con la extorsión.

Revista doctrina. Disponible en:

http://www.justiniano.com/revista_doctrina/tesina_de_gardo_%20Dra%20Maria%20Nelva%20Lladhon_2001.htm

Miranda, A. (2013) Plagio y ética de la investigación científica. Revista chilena de derecho.

Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000200016&script=sci_arttext

Rodriguez P. (2013) Estafa y otras defraudaciones. Revista pensamiento penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37767-art-172-estafas-y-otras-defraudaciones>

Sanabria L.(2014) Conceptualizacion jurídica del plagio en Colombia. Revista Colombia jurídica. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v29n2/v29n2a2.pdf>

Soto R. (2012) El plagio y su impacto a nivel académico y profesional. Revista Escuela de bibliotecología y Ciencias de la información, universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://ebci.ucr.ac.cr/>

c) Ponencias.

Becourt, D. (1988) Derecho de autor y derecho laboral: problemática general, en “boletín de derecho de autor”, Unesco XII, Paris 1982.

Disponible en:

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio_002.pdf

Villalba Díaz, F. (2011) El plagio en la doctrina y jurisprudencia comparadas, VI Seminario Nacional Sobre Derecho de Autor, Panamá 2011.

Disponible en:

http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/tema_02_el_plagio_en_la_doctrina_y_jurisprudencia_comparada_seminario_propiedad_intelectual_pan.pdf

II) Blog.

Bovino, A.(2015) El código procesal penal es competencia del Congreso Nacional.

Disponible en:

<http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2015/04/el-codigo-procesal-penal-es-competencia.html>

Daza, M. (2015) Teoría del injusto penal y su evolución. Disponible en:

<https://derechopublicomd.blogspot.com.ar/2015/04/la-teoria-del-injusto-penal-y-su.html>

Machicado, J(2009). Principio de legalidad penal. Disponible en:

<https://jorgemachicado.blogspot.com.ar/2009/10/principio-de-legalidad-penal.html>

III) Otros.

a) Páginas web consultadas.

Cabrera, V. (2016) Principio de legalidad penal y doctrina constitucional. Disponible en:

<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5105/Principio%20de%20legalidad%20penal%20y%20doctrina%20constitucional.pdf?sequence=1>

Imran N. (2010). Electronic Media, Creativity and Plagiarism. SIGCAS Computers and Society. Disponible en:

Disponible en: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=1929613>

McCuen, R. (2008). The Plagiarism Decision Process: The Role of Pressure and Rationalization. Education, IEEE Transactions. Disponible en:

Disponible en: <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=2257516>

Negrellos, C. (2014) Diferencia entre el tipo y la tipicidad. Disponible

en: https://prezi.com/4gvlmip_klsx/diferencia-entre-el-tipo-y-la-tipicidad/

Nuñez, M. (2009) Plagio en la era digital. Disponible en:

<https://es.slideshare.net/nunez/plagio-versin-para-el-estudiante>

OMPI, Piratería: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/935/wipo_pub_935.pdf

Palladino, P. (2015) La analogía en el derecho penal. Disponible en:

<http://www.palladinopellonabogados.com/la-analogia-en-el-derecho-penal/>

Real Academia Española (Rae): <http://www.rae.es/>

Universidad de Puerto Rico. Recinto Universitario de Mayagüez. Plagio Estudiantil en Línea:

<http://www.uprm.edu/ideal/plagio2.pdf>

IV) Legislación.

Extranjera.

Decreto-Lei n° 2.848 Código penal, alterado pela Lei n° 9.777. Brasil

Ley n° 28.289 Lucha contra la piratería. Perú

Ley n° 9.739 sobre Derechos de Autor. Uruguay

Nacional.

Constitución Nacional.

Ley n° 11.723 de Régimen legal de propiedad intelectual y modificatoria: ley n°: 25.036.

Ley n° 26.994 Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley n° 11.179 Código Penal de la Nación Argentina.

Ley n° 24.240 Defensa del consumidor y modificatoria: ley n°: 26.994.

Ley n° 24.747 Iniciativa legislativa popular.

V) Jurisprudencia.

Nacional.

CSJN, “Nóbile c/ Pcia. Sta. Fe y caja de asistencia social s/ daños y perjuicios”, Fallos 271:368, 1968.

Cámara Federal de Casación Penal SALA IV – C.F.C.P. "KATCHADJIAN. Pablo s/recurso de casación"-15/9/2014

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H, 5 de Junio de 2015 “MARISCOTTI Mario C/ SORIN Daniel Adolfo S/ propiedad intelectual Ley 11.723”

Cosmopolita SRL c/ Editorial CAYMI Soc. y otros, CNCiv, Sala E del 28 de julio de 1983, LL T 1984, B pág. 401/14

Martinoli, Carlos C/ Rigual Rodríguez, Carlos A. CNCiv, Sala C, del 21 de septiembre de 1971, JA, 12-1971-287

Cresseri, A s/ Sucesión c/ SADAIC, CNCiv., Sala C del 19 de septiembre de 1978. Publicado en LL 1979-B, Pág. 112.

.

NOP SRL c/ Norma Económica SRL, CNCiv, Sala A, del 31 de octubre de 1989, en ED T. 136, 153/6

Pantano c/ Jockey Club. CNCiv, Sala C, del 18 de abril de 1974. ED, 55-457

