

BUENAS Y MALAS PRÁCTICAS INVESTIGADORAS Y DOCENTES. EL PLAGIO EN LA UNIVERSIDAD

Pilar CÁMARA ÁGUILA*

Resumen

El trabajo versa sobre el plagio cometido en el ámbito universitario, principalmente desde el punto de vista jurídico-civil, pero teniendo también en cuenta su posible dimensión penal, así como jurídico-administrativa. Para ello se define el concepto de plagio, se establecen los criterios para determinar cuándo puede existir plagio de una obra. Asimismo, se analizan supuestos que, aunque no constituyan un plagio, por no tomar formas protegidas por derechos de autor, conlleven una apropiación de tesis, datos, teorías u otros elementos que merecen reproche jurídico, aunque no constituyan un atentado a los derechos de autor.

Palabras clave

Plagio, objeto de protección del derecho de autor, originalidad, usurpación de la condición de autor, derecho de reproducción, límite de la cita.

Abstract

The work deals with plagiarism committed in the university environment, mainly from the legal-civilian point of view, but also taking into account its possible criminal and legal-administrative dimension. To this end, the concept of plagiarism is defined, and criteria are established to determine when a work can be plagiarized. Likewise, the analysis of cases that, even though they do not constitute plagiarism, because they do not take forms protected by copyright, imply an appropriation of theses, data, theories or other elements that deserve legal reproach, even though they do not constitute an infringement of copyright.

Keywords

Plagiarism, object of copyright protection, originality, usurpation of authorship, right of reproduction, limit of quotation.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de plagio. 1. Objeto de protección del derecho de autor: las particularidades de las obras científicas. 2. Supuestos de copia que no constituyen plagio y su respuesta jurídica. 3. La copia de una obra ajena en lo sustancial como requisito del plagio. 4. Derechos de autor infringidos en caso de plagio: especial mención al límite de la cita. III. Consideraciones especiales en relación con las Tesis Doctorales. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

EL plagio es un concepto jurídico, que carece de definición legal. Como veremos, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sala primera) la que ha venido a configurarlo. Avanzamos ya esa definición, para mejor comprensión del lector: plagio es la copia de una obra ajena en lo sustancial. Curiosamente, el «plagio» aparece mencionado en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1996 de 1 de abril (en adelante LPI). Sí se refiere al plagio, en cambio, el artículo 270.1 del Código penal, cuya redacción tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, es la que sigue: «Será castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, el que *con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero*, reproduzca, *plagie*, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente en todo o en parte una obra o prestación literaria, artística o científica...» (1). Adviértase, que el nuevo tipo penal contra los delitos cometidos contra la propiedad intelectual, favorece sin duda su aplicación al plagio cometido en la Universidad. En su anterior redacción se exigía ánimo de lucro y perjuicio de tercero. Tras el debate doctrinal sobre si el ánimo de lucro incluía también las ganancias o beneficios indirectos que pudieran obtenerse, en la actualidad no hay duda, ya que estos quedan expresamente incluidos en el Código penal (2). En muchos casos –no en todos–, quien incurre en plagio en el seno de la Universidad puede obtener un beneficio indirecto (mejora profesional al alcanzar una titulación superior, poder desarrollar una carrera académica que de otro modo no podría), así como causar un perjuicio a un tercero.

A este respecto, no todas las obras creadas en el seno de la Universidad se encuentran potencialmente en la misma situación para causar un perjuicio a un tercero, al menos a priori. Así, en un trabajo de un estudiante de Grado, puede ser difícil de demostrar dicho perjuicio, al tratarse de trabajos no creados pensando en su explotación posterior. Pero en otras titulaciones, como el doctorado, tenemos ya en la jurisprudencia algún antecedente, castigando como delito el plagio de una

(1) El subrayado en cursiva es mío. La norma se contiene en el Título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), capítulo XI, sección 1, De los delitos contra la propiedad intelectual.

(2) A este respecto, *vid.* TOMÁS y VALIENTE LANUZA, C., «Delitos contra la propiedad intelectual», *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* [González Cussac (Dir.)], Tirant lo Blanch, 2015, 2.ª ed., pp. 808 y ss.

tesis doctoral. Por los mismos motivos que en ella se exponen, no sería complicado demostrar el perjuicio de tercero, en caso de plagio de trabajos de investigación creados por profesores. Me refiero a la SAP de Granada, (sección 1.ª) de 23 de febrero de 2018 (ARP/2018/777). Señala la AP en su Fundamento de Derecho tercero, que en el caso del título académico de doctor, existen claros beneficios indirectos que el título puede reportar a quien lo ostenta: supone el máximo grado académico que puede obtenerse en el sistema universitario; permite el acceso a puestos docentes a los que de otro modo le estaría vedado a quien lo ostente; ofrece una mejor cualificación profesional, lo que redundaría en mejores condiciones laborales y económicas posibles para el doctor. El perjuicio para tercero, según la AP, también ha quedado acreditado en este caso, «pues al inscribir la tesis en el Registro de la Propiedad Intelectual del Principado de Asturias, priva a los titulares intelectuales de la obra de poderla publicar ellos, pues el objetivo principal de un proyecto, según manifestaron todos es investigar para luego difundir el resultado... Emilio manifestó que si llega a tener publicado este trabajo hubiera tenido sexenios antes. Y Obdulio manifestó que él quería sacar publicaciones de este trabajo, y hubiese publicado algunos artículos y hubiera obtenido los tres puntos que le faltan para la acreditación a catedrático».

En consecuencia, si bien el derecho penal es la última ratio de nuestro sistema jurídico, el disvalor que toma en cuenta el legislador penal para tipificar el plagio también como delito (y no solo como ilícito civil), debe tenerse en cuenta desde 2015 en el ámbito universitario, en la medida en que pudiéramos encontrarlos directamente ante la comisión de un delito.

Dejando a un lado la vertiente penal, al constituir la copia de una obra ajena en la sustancial, el plagio constituye una actuación fraudulenta, al hacer pasar dicha creación intelectual ajena, protegida por el derecho de autor, como propia. De ahí que un elemento esencial del plagio, como veremos, es la usurpación de la condición de autor de la obra plagiada en la que incurre el plagiario, con la consiguiente lesión de su derecho moral de autor la paternidad, reconocido en el artículo 14.3 LPI, en cuya virtud, «El autor tiene derecho a exigir el reconocimiento de su condición (de autor) de la obra». La mera reproducción ilícita de una obra, si no va acompañada de la usurpación de la condición de autor, no es plagio. Es infracción del derecho patrimonial de reproducción (art. 18 LPI), pero no del derecho moral de autor, indispensable para encontrarnos ante esta figura (3). Sobre ambos derechos trataremos más adelante (4).

El antecedente etimológico del término plagio lo encontramos en el derecho romano, concretamente en el delito de *plagium* instituido en la Ley Fabia –siglo I a. C.–. Por tal se entendía el apoderamiento contra su voluntad de hombre

(3) Conforme al artículo 17 LPI, «Corresponde al autor, el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra, en cualquier forma, y en especial, su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley». A su vez, el artículo 18 LPI dispone que «Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias». Sobre estos preceptos, Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentarios a los artículos 17 y 18 LPI», *Comentarios a la LPI*, R. Bercovitz, coord., 4.ª ed., 2017, pp. 293 y ss.

(4) Vid., *infra*, II.3.

libre o esclavo ajeno (5). Comparte así el plagio con su antecedente etimológico romano, la idea de la indebida apropiación de lo ajeno, contra la voluntad de quien lo sufre.

En el ámbito universitario, el plagio constituye una actuación especialmente reprochable, causando un daño añadido a la vulneración de los derechos individuales del autor plagiado. Por decirlo de otro modo, el plagio sobrepasa el ámbito de la lesión de los derechos de propiedad intelectual del autor, al causar igualmente un daño a la propia administración universitaria, en la medida en que afecta a las funciones que tiene legalmente encomendadas en el artículo 1 de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante LOU): prestación del servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio.

Es por ello que el plagio en la universidad cobra una doble dimensión: la jurídico-privada y la jurídico-administrativa. A ambas me referiré en este trabajo. Más aún, existen supuestos en los que no existe plagio, y no por ello la actividad deja de ser jurídicamente reprochable, tanto desde el punto de vista de la tutela jurídico-civil de los derechos concernidos, como desde el punto de vista administrativo de vulneración de los códigos éticos o deontológicos establecidos en las universidades, y que vinculan a sus miembros.

Los problemas que plantea el plagio en el ámbito universitario, sin ser novedosos, se han visto intensificados en los últimos tiempos. Ello, básicamente, por cuatro razones. Por un lado, la mayor facilidad de copia, gracias al empleo generalizado de las nuevas tecnologías. Basta con «cortar y pegar» una obra, o un fragmento de la misma, pulsando simplemente una tecla del ordenador, para su reproducción literal. Plagiar es fácil, y está en la mano que cualquiera de los miembros de una comunidad universitaria hacerlo. Asimismo, se ha generalizado el acceso a las obras en formato digital, especialmente a través de internet. Ello, no solo en condiciones de licencia o autorización, como sucede con las revistas electrónicas, sino también, en supuestos de libre acceso a través de repositorios institucionales universitarios en abierto. Existe, por tanto, una enorme cantidad de obras científicas accesibles libremente a través de internet, mientras que los usuarios carecen en muchas ocasiones de información sobre el uso que pueden hacer de ellas para no infringir los derechos de sus autores. A esa mayor difusión de las creaciones científicas han contribuido los movimientos Open Access/Open Science, con el riesgo exponencial que ello ha supuesto de uso indebido de este tipo de creaciones (6). Por otro lado, los nuevos planes de estudios universitarios, tras la adaptación de nuestro sistema al Espacio Europeo de Educación Superior (conocido como «Plan Bolonia»), exigen que los estudiantes realicen más trabajos a lo largo de su formación académica, tanto en el Grado como en el Posgrado. Me refiero a los Trabajos Fin de Grado, Trabajos Fin de Máster, así como a las entregas de trabajos de seminarios en evaluación continua, a lo largo del curso. Ello multiplica las ocasiones en las que los miembros de una comunidad universitaria realizan creaciones intelectuales potencialmente protegibles por el derecho de autor, publican esas creacio-

(5) *Vid.*, referencia de la lex Fabia de plagiarii, en *Historia del derecho romano*, GOTTILIER HEINECIO, traducido al castellano por Fernández Arango y Rosón Lorenzano, Madrid, 1845, p. 75.

(6) *Vid.*, en relación con este movimiento y su regulación en España y otros países de nuestro entorno, CÁMARA ÁGUILA, P., «Open Access y derechos de autor. Titularidad y ejercicio de los derechos de autor de la obra científica», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020, pp. 26 y ss.

nes, y acceden igualmente a creaciones similares, disponibles en internet, aumentando el riesgo potencial de plagio de las mismas. Junto con estos trabajos académicos, también en los últimos años han ido aumentando el número de tesis doctorales leídas en las universidades españolas (tesis que, conforme al artículo 14 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, deben publicarse en repositorios en abierto), alcanzando una media de superior a las 11 mil al año, desde 2008 (7).

Finalmente, junto a la mayor facilidad y oportunidad de plagio que hemos señalado, existe una mayor facilidad para su detección, gracias a los programas informáticos antiplagio, cuyo uso se ha generalizado en los últimos años en las Universidades (Turnitin, Plagius, Viper...). En conclusión, se plagia más, pero también se puede detectar con mayor facilidad si se ha plagiado. Ello, sin duda permite su denuncia y su difusión en los medios de comunicación y redes sociales, para escarnio del plagiario, y a veces también, lamentablemente, para cuestionamiento de la institución universitaria en la que aquél es cometido.

II. CONCEPTO DE PLAGIO

En el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, la primera acepción de plagiar es: «Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias». Como veremos, esta es la definición que de plagio mantiene el Tribunal Supremo (sala primera), de forma constante. Así, como referente jurisprudencial en la materia, es de obligada cita la Sentencia del TS de 28 de enero de 1995 (RJ 387/1995) (8), en cuyo su Fundamento de Derecho tercero afirma: «por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales...». En el caso de autos, se

(7) La información aparece en una crónica de H. GARRIDO, el 15 de septiembre de 2018 en el diario *El Mundo*, bajo el título «Más del 80 por ciento de las tesis logran el *cum laude*».

(8) *Vid.*, entre otras muchas, SSTS de 17 de octubre de 1997 (RJ 1997/7468), 23 de marzo de 1999 (RJ 1999/2005), 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098), 18 de diciembre de 2008 (RJ 2009/534) y 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1407).

trataba de determinar si el proyecto arquitectónico de viviendas de protección oficial presentado por el demandante, había sido copiado por el demandado. El Tribunal, concluye que no existe plagio, en la medida en que las coincidencias entre ambos proyectos son accesorias o no trascendentales. Se apunta, en la Sentencia, el argumento empleado por el tribunal de apelación: «no ha resultado acreditado que los demandados «hayan copiado en lo sustancial la obra del autor», dadas las limitaciones de los proyectos de estas características respecto a dimensiones predeterminadas y con unos elementos básicos para los pisos a levantar, que vinculan a sus creadores y ejecutores, pues se trataba de la construcción sometida al régimen de Viviendas de Protección Oficial, con todo lo cual los hechos del recurrente no se vinieron a tener por acreditados y, consecuentemente, el pretendido plagio quedó vaciado de contenido y eficacia para su reconocimiento, a efectos de los resarcimientos económicos que se reclaman».

En cualquier obra, especialmente en las obras de carácter científico o académico como son las que se crean en el seno de las universidades, es fundamental tomar en cuenta qué parte o partes de la misma están protegidas por el derecho de autor. Solo aquello sobre lo que recaiga la protección del derecho de autor es susceptible de ser plagiado, jurídicamente hablando. Lo señala la STS de 1995 a la que acabamos de referirnos: al afirmar que no constituye plagio «la mera confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos». En una sentencia anterior, de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992\1329), en el caso de un supuesto plagio de la obra «El románico en Zamora» por una ulterior del demandado titulada «El arte en la provincia de Zamora», en la que ambas empleaban un mismo tipo de edición –en cromos–, y trataban de los monumentos artísticos de la provincia, el TS señaló en su Fundamento de Derecho cuatro que «... si la materia a tratar es de una objetiva plasticidad como lo es el arte monumental y de una realidad sensitiva que sin embargo requiere para su descripción de una multiforme literatura producto en cada caso de la subjetiva apreciación del autor que lo describe, es patente que esa imaginación creativa y su traducción en palabras de la percepción sensitiva referida, no podrá nunca escapar de esos denominadores comunes como son el monumento en sí, el estilo a que corresponda y la terminología específica con que se denomina cada uno de los elementos físicos que lo componen y de ahí que si ambas producciones en confrontación tienen puntos comunes de exposición no puede argüirse que sean copia o plagio la producción artística de los demandados de la del actor; y no es de despreciar la idea de que en estas hipótesis, la excesiva o estricta apreciación de lo que supone copia de lo producido por otro, llevaría consigo un valladar que yugularía el acicate imaginativo que proyecta su diversidad en un enfoque y óptica distinta respecto de un mismo monumento u obra de arte, que obviamente es un objeto que escapa de la órbita patrimonial particular ya que están comprendidos dentro del acervo moral y sensitivo de la comunidad...».

Dos obras sobre una misma materia, deben tener necesariamente elemento en común. Lo importante para que exista plagio, es que esas coincidencias, no residan en los elementos que forman el acervo común de todos, sino en aquellos sobre los que recae el objeto de protección del derecho de autor, que no es otro que las formas de expresión. Así lo vino a señalar la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098). El pleito versaba sobre la existencia o no de plagio de una guía turística sobre Arcos de la Frontera, que el demandado alegaba, había copiado la suya. En la sen-

tencia dictada por el tribunal de apelación, se entendió que esas coincidencias derivaban de ese acervo común, al referirse a los monumentos de la ciudad: «con terminología que cualquier conocedor del arte forzosamente debe utilizar, eludiéndose totalmente los juicios y opiniones personales» (...) se trata de una descripción objetiva de la belleza arquitectónica de la ciudad, que difícil o imposible resulta expresarlo de otra forma». En cambio, el TS consideró que sí existía en este supuesto plagio, argumentando para ello lo siguiente: «... No importa la idea, ni si los datos históricos reflejados eran conocidos, o novedosos; lo relevante es la forma original de la expresión –exposición escrita–. Y así lo advierte, con pleno acierto, el juzgador de primera instancia al resaltar «el propio y personal sentido expositivo del autor». La Sentencia de 20 de febrero de 1992 no apreció la existencia de copia o plagio, pero no existía coincidencia –entre otros aspectos– en el texto literario. Esta apreciación no se corresponde con el asunto que se enjuicia, porque, más allá de esas circunstancias, existe un trabajo de creación literaria –forma de expresión formal de la palabra escrita–, personal y culto, que se copia literalmente».

1. El objeto de protección del derecho de autor: las particularidades de las obras científicas

Para poder comprender el concepto de plagio, como copia de una obra ajena en lo sustancial, es indispensable ahondar sobre los criterios mismos exigidos para alcanzar la protección del derecho de autor. La LPI establece en su artículo 10 que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiendo entre ellas la que a continuación se indican en la Ley, a modo de ejemplo. En primer lugar, el objeto de protección del derecho de autor requiere una forma expresiva, y que esa forma expresiva sea original. Como señalábamos anteriormente, quedan fuera del objeto de protección las ideas, datos, informaciones, teorías, métodos... Así lo reconoce expresamente el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derecho de autor de 1996, al establecer que «La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí». La misma disposición se encuentra recogida en el artículo 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC– de 1994 (9).

La exclusión de la protección de las ideas, los datos, las informaciones, en definitiva del conocimiento, es un principio de reconocimiento internacional, que encuentra su fundamento en el desarrollo social, económico y científico (10). Quizá por ello, el legislador español no entendió necesario señalarlo expresamente (11).

(9) El Acuerdo ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, de 15 de abril de 1994.

(10) Cfr. BERCOVITZ, R., «Comentario al artículo 10 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., p. 167. Vid., asimismo, BERCOVITZ, A., «Presentación», *La protección de las ideas*, Association Littéraire et Artistique Internationale, Sitges, 1992, p. 29.

(11) En cambio, la sección 102 B) del Copyright Act de EEUU de 19 de octubre de 1976, establece que «En ningún caso la protección del derecho de autor para una obra original de autoría se extiende a cualquier idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio

Ideas y conocimientos científicos comparten el mismo argumento para su exclusión. Una vez que la obra es divulgada, su contenido forma parte del dominio público o acervo común. En concreto, en el ámbito científico, cuando un autor expone los resultados fruto de su actividad investigadora a través de la creación de una obra, éste se basa en resultados preexistentes, esto es, en fundamentos científicos previos, sobre los cuales su trabajo supone una nueva aportación, que formará parte a partir de ese momento del conocimiento de todos (12). Es por ello que el poder exclusivo que confiere a su titular el derecho de autor (derecho a autorizar o prohibir la explotación de la obra) no alcanza a los contenidos de la creación, sino al continente.

Con todo, la distinción entre forma y contenido plantea problemas en algunas obras, donde ambas se confunden (*v. gr.* los formatos televisivos) (13). Igualmente, si una idea solo puede expresarse de una única forma, entonces esa forma expresiva no sería protegible en la medida en que equivaldría a conceder un monopolio sobre la propia idea (14). Se trata del llamado «test de la libre elección» (15). Donde no hay posibilidad de elección en la forma de expresión de una idea, no hay creación protegible (16). En los casos objeto de nuestro estudio, ello lleva a afirmar que si una tesis, teoría, gráfico, fórmulas, solo pueden expresarse de una forma determinada, esas formas no podrían ser protegidas por el derecho de autor, en la medida en que esa protección alcanzaría la idea, tesis, teoría, dato, en sí misma (17).

Las obras creadas en el ámbito universitario, de contenido científico o académico, corresponden normalmente a la categoría de obras del lenguaje [art. 10.1.a) LPI] o a la de las obras plásticas [art. 10.1.e), f) y g) LPI] (18). La importancia de la clasificación dentro de una categoría u otra de otra, radica principalmente en su forma de expresión, lo que determinará dónde habrá de recaer la originalidad para desencadenar la protección del derecho de autor.

Una cuestión esencial para determinar si existe o no protección del derecho de autor, es que la forma expresiva sea *original*. Tradicionalmente, la originalidad se ha venido entendiendo desde dos posibles concepciones: la concepción subjetiva o la concepción objetiva (19). De acuerdo con la primera, una forma expresiva es

o descubrimiento, independientemente de la forma en que se describa, explique, ilustre o incorpore en dicha obra».

(12) Cfr. STRUBEL, X., *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS ed., 1997, p 42.

(13) Sobre la dificultad de separar en ocasiones las ideas de las formas expresivas, *vid.* LUCAS, A., «La distinction entre la forme et l'idée en matière des droits d'auteur», *La protección de las ideas*, ALAI, *op. cit.*, p. 119.

(14) *Vid.*, a este respecto, GONZÁLEZ GOZALO, A., «La tutela de los formatos televisivos», *Pe. I, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 9, 2001, p. 38, nota 34.

(15) «Comentario al artículo 10 LPI», *Comentarios a la LPI... op. cit.*, p. 167.

(16) Así lo ha señalado el TJUE, en su sentencia de 1 de diciembre de 2011 –asunto C-145/10–, que resuelve el caso *Painer*. Se trataba en este caso de determinar si el retrato fotográfico de una niña, podía ser considerado obra fotográfica o mera fotografía.

(17) Sobre la crítica a que esto suceda en todas las obras científicas por definición, eliminando prácticamente su posible protección por el derecho de autor, *vid.* NORDEMAN, W., «Forma e idea en el derecho de autor», *La protección de las ideas*, ALAI *op. cit.*, pp. 70 y 71.

(18) Se trata de las esculturas, pinturas, dibujos, proyectos, planos, maquetas, diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, mapas, gráficos y diseños relativos, en general, a la ciencia.

(19) *Vid.*, por todos, DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3.ª ed., pp. 5 y ss.

original cuando sea reflejo de la personalidad de su autor (20). En cambio, la originalidad como novedad objetiva solo concede protección a las creaciones objetivamente nuevas. La distinción entre la originalidad subjetiva y objetiva (expresión de la personalidad del autor *versus* novedad) deriva de la contraposición entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial. A este respecto, H. Desbois señalaba que mientras la propiedad industrial concede el monopolio de explotación al inventor por el interés general en promover la generación de algo nuevo, el derecho de autor constituye una manifestación del respeto que es debido a las obras del espíritu y sus creadores. Ello justifica que la primera pivote sobre la exigencia de novedad objetiva, y la segunda sobre la expresión de la personalidad del autor (21). La concepción clásicamente admitida por el derecho francés es la que considera la originalidad desde un punto de vista subjetivo (22). Ello es además consecuencia lógica de la concepción personalista del derecho de autor, y del papel central que juega el derecho moral en la protección de sus intereses (23). Sin duda, esta concepción clásica de la originalidad centrada en la personalidad del autor podía admitirse en relación con las obras clásicas de la literatura, las artes plásticas, o la música. Pero esta empieza a declinar con la irrupción del arte contemporáneo, de las que se conocen como obras menores o «calderilla» (*petite monnaie* o *Kleine Münze*) y, sobre todo, de forma irreversible, con la llegada de la informática. A este respecto, existe un antes y un después en la crisis de la concepción subjetiva con la llegada de los programas de ordenador. Difícilmente puede apreciarse la personalidad del autor en este tipo de obras (24). De ahí que haya ido cobrando fuerza la tesis de la novedad objetiva. Esta es la tesis que ha venido manteniendo un importante sector de la doctrina española, influyendo sin duda en sus sentencias al TS, que viene desde los últimos años, de forma reiterada, a mantenerla (25). Conforme a este criterio, bien definido por los autores italianos P. Greco y P. Vercellone, solo ha de considerarse original la obra nueva, novedad que queda excluida tanto en el caso en que se pruebe la preexistencia de una obra sustancialmente idéntica, sino también cuando a causa de la banalidad de la obra misma, el juez pueda entender con base en su propia experiencia, que cualquier otra persona habría realizado una creación sustancialmente idéntica (26).

La originalidad, de por sí compleja en cuanto a su determinación, ha sido reconocida como concepto autónomo del derecho de la UE por parte del TJUE, a partir de su conocida sentencia de 16 de julio de 2009 –asunto C-5/08–, en el caso *Infopaq*, de manera que la definición que de dicho concepto nos da el Tribunal de Jus-

(20) La personalidad que debe traslucirse en la obra ha de entenderse como aquellos caracteres que diferencial al autor de otros; su sensibilidad, sus emociones, etc. No se trata de la expresión de la personalidad en términos psicológicos. *Vid.*, a este respecto, RABANT, T., *La notion d'oeuvre de l'esprit*, tesis, París, 2000, p. 83.

(21) DESBOIS, H., *op. cit.*, p. 7.

(22) De hecho, la primera sentencia del TS español sobre la originalidad, pronunciada tras la entrada en vigor de la LPI de 1987, tomaban en cuenta esta concepción subjetiva (STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992/8286)).

(23) Cfr. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, p. 66.

(24) *Vid.*, en este sentido, LUCAS, A.; LUCAS SCHLOETTER, A., y BERNAULT, C., *Traité sur la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5.ª ed., 2017, p. 141. Para un estudio de esta evolución, *vid.* RABANT, T., *La notion d'œuvre de l'esprit*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

(25) *Vid.*, por todos, BERCOVITZ, R., «Comentario al artículo 10.1 LPI», *op. cit.*, p. 163.

(26) *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Unione Tipografica Editrice Torinesi, 1974, p. 51.

tica es vinculante en todos los países de la Unión Europea. A partir de la sentencia *Infopaq*, el Tribunal define como original, toda «creación propia de su autor». Como reconocen la doctrina española y europea de forma unánime, ello significa que para que algo sea original desde el punto de vista del derecho de autor, no debe ser copiado: lo que es copiado de otro no es creación propia de su autor (27). Pero también significa que debe alejarse de lo que cualquiera hubiera hecho, de realizar ese tipo de creación: donde no hay libertad en la creación no hay originalidad. Así lo ha venido a entender el Tribunal de Justicia en sentencias posteriores relativas al concepto de originalidad, en las que ha ido perfilando la interpretación que cabe dar a este ambiguo concepto (28). En definitiva, el requisito de la originalidad se cumple, «si el autor ha podido expresar sus capacidades creativas al hilo de la realización de la obra, efectuando elecciones libres y creativas» (29). No se pronuncia, en cambio, el TJUE sobre si se requiere o no cierta altura creativa para alcanzar la protección. Curiosamente, nuestro TS, junto con el criterio ya apuntado de la novedad objetiva, ha venido a exigir en varias sentencias recientes que esa novedad alcance cierta altura. Con ello, el TS ha querido delimitar bien los supuestos en los que cabría la aplicación de otro régimen jurídico distinto al derecho de autor –como sucede con las fotografías, en relación con las obras fotográficas–, o en el caso de las obras arquitectónicas, para subrayar aquellos elementos que formarían parte del acervo común de la arquitectura, en definitiva, de aquellos elementos de una obra arquitectónica que no pueden ser originales (novedosos) porque cualquier arquitecto los hubiera incorporado igual (30).

En cambio, en pleitos que versaban sobre otras categorías de obras –del lenguaje, en concreto–, el requisito de la altura creativa no se ha tomado expresamente en consideración. A este respecto, resulta de interés, la primera Sentencia del alto tribunal que aborda un supuesto de posible plagio de una obra pedagógica (STS de 7 de junio de 1995 (RJ 1995\4628)). El titular de derechos sobre los «Problemas Rubio», demandó por plagio al titular de derechos de los «Cuadernos Sit-Set». En primer lugar, conforme al Fundamento de Derecho noveno, el Tribunal señala que la originalidad «estriba precisamente en la estructura y presentación de esos conocimientos». Con todo, afirma que «la originalidad no es grande, ni en lo científico... ni en lo artístico... ni en lo literario... pero el conjunto es original en tanto realización material compleja de varios elementos. Como bien ha señalado R. Bercovitz en relación con esta sentencia, cuanto más elevado es el grado de originalidad de una obra, mayor será su protección frente a otras que se le parezcan (31). A la inversa, si la originalidad es baja, cualquier creación parecida será considerada

(27) Cfr. BERCOVITZ, R., *Manual de propiedad intelectual*, R. Bercovitz (coord.), Tirant lo Blanch, 9.ª ed., 2019, p. 56.

(28) Así se exige en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 2011 –asunto C-45/10–, que resuelve el asunto *Painer*. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de originalidad, y su impacto en el derecho español, vid. CÁMARA ÁGUILA, P., «Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad», *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Cámara Águila, P., y Garrote Fernández Díez, I. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 47 a 93.

(29) *Vid.*, apartado 89 de la Sentencia *Painer*.

(30) Me refiero, respectivamente, a la SSTS de 5 de abril de 2011 (RJ 2011\3146) y de 26 de abril de 2017 (RJ 2017\1736).

(31) «La obra», *Manual de propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 58.

distinta, y en consecuencia protegible igualmente por el derecho de autor, con solo presentar algunas diferencias. En ámbitos como el académico, podemos encontrar muchas obras de escasa originalidad, pero la suficiente en la forma de expresión, composición, como para merecer la protección del derecho de autor, sin constituir un plagio de otras antecedentes. Estas obras menores son conocidas como «calderilla» o «kleine münze», en terminología empleada por la doctrina alemana (32). Téngase en cuenta, que el derecho de autor no protege las obras en función de su mayor o menor mérito: solo cuenta la originalidad en la forma expresiva, sin entrar a valorar su calidad (ni en su contenido, por supuesto, excluido de la protección (33). Así, desde el punto de vista del derecho de autor, un Trabajo Fin de Grado sobre un tema tradicional, en el que el estudiante no aporte ni siquiera ninguna idea nueva; no esté demasiado bien escrito, o demasiado bien estructurado; un examen de desarrollo, un trabajo de seminario, estarán protegidos por derecho de autor, incluso aunque obtenga una calificación de suspenso, si la forma de expresión es original en los términos que venimos señalando. Ciertamente, una calidad ínfima compromete la originalidad misma de la forma expresiva. Pero, insisto, salvo formulaciones expresivas muy básicas o banales, o que cualquiera hubiera empleado, en absoluto podemos descartar la existencia de obra protegible en estas creaciones del lenguaje.

Por razones de extensión, este estudio no puede abarcar todas las posibles obras creadas en el seno de la universidad. Pondré algunos ejemplos, pensando especialmente en las obras que puedan crearse en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas, que engloban los estudios impartidos por el profesorado de la Facultad de Derecho. Tanto los profesores en sus trabajos de investigación, o en sus tareas docentes a través de las explicaciones de cátedra, así como los estudiantes en los estudios de grado, posgrado y doctorado en nuestra Facultad, crean obras del literarias o del lenguaje [art. 10.1.a)]. De forma farragosa y confusa, el legislador se refiere a ellas como «Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos, alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza». Se trata de obras que se expresan a través del lenguaje. En el caso que nos ocupa serían obras del lenguaje, de contenido científico. La originalidad de este tipo de obras radica especialmente en la estructura, en la composición, y la expresión lingüística (34). Como se ha señalado en la doctrina, «el estudioso o investigador puede encontrarse pues con la sorpresa de que sus logros científicos carezcan de relevancia para el derecho de autor» (35). De ahí que resulte preciso, en primer lugar, descartar en una obra científica, qué se protege y qué no, por el derecho de autor, así como cuál podría ser en su caso la vía de protección de aquel que, pese a no ser plagiado, ve cómo otro se apropia de su esfuerzo.

(32) *Vid.*, por todos, BERCOVITZ, R., «Comentario al artículo 10 LPI...», *op. cit.*, p. 165.

(33) El artículo L 112-1 del Code de la Propriété Intellectuelle francés, establece que «Las disposiciones del presente código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras, cualquier que sea el género, la forma de expresión, el mérito o destino». En relación con este principio, *vid.* CARREAU, C., *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981.

(34) Cfr. BERCOVITZ, R., «La obra», *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, 9.^a ed., 2019, p. 64.

(35) BERCOVITZ, R., «La obra», *Manual, op. cit.*, p. 59.

2. Supuestos de copia que no constituyen plagio y su respuesta jurídica

Como señalaba, el hecho de que un litigio en el ámbito universitario no pueda prosperar por la vía de la protección del derecho de autor, en cuanto no se hayan copiado formas expresivas originales, no significa que estas conductas no merezcan reproche jurídico.

A este respecto, cumple citar la conocida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.^a), de 23 de enero de 2004, en el caso conocido como «DNA antiguo» (36). Un becario miembro de un proyecto de investigación, utilizó sin conocimiento y consentimiento de los demás, los resultados que el resto del equipo había alcanzado en el laboratorio, al publicar un artículo en el que incorporaba dichos resultados, sin reconocer la participación de los demás en su obtención. En su Fundamento de Derecho segundo, la Audiencia entendió que la actuación del becario no infringía los derechos de propiedad intelectual del resto del equipo investigador. Tampoco éstos pretendieron tal reconocimiento de atribución de derechos de autor en su demanda, sino que ejercieron una acción merodeclarativa contra el demandado, a fin de que se reconociera la paternidad del contenido de la investigación científica. La Audiencia distingue bien que el caso de autos no debía resolverse con la aplicación de las normas sobre propiedad intelectual y la condición de coautores del resto del equipo, al afirmar «... los sujetos que dedican su trabajo a la creación o descubrimiento de contenidos tales no pueden invocar la protección que dispensa el derecho de autor respecto a la utilización que terceras personas realizan de los resultados de ese esfuerzo, salvo cuando la utilización de esos contenidos lo sea en la misma forma expresiva o en una derivada de la que aquéllos emplearon en su concreta formulación». No se cuestiona en este caso la existencia de un interés de los demandados en el ejercicio de la acción declarativa: ese interés no es otro que el reconocimiento de la comunidad científica al trabajo realizado por el resto del equipo investigador, en la obtención de dichos resultados.

En el Fundamento de Derecho noveno de la sentencia que venimos comentado, la AP de Barcelona argumenta lo siguiente: «Se solicitó, como medida del restablecimiento del prestigio en la comunidad académica a la que pertenecen los actores, la inserción de la sentencia en las mismas revistas que publicaron los artículos del demandado. El interés que justifica la tutela merodeclarativa, debidamente acreditado, es determinante de un empobrecimiento en la posición de los actores que jurídicamente no están obligados a soportar, al haber sido privados del reconocimiento que por su trabajo merecen ante la comunidad científica. Al mismo tiempo, el demandado, al atribuirse un trabajo de investigación que pertenece en común a un equipo de científicos, ha obtenido ante la comunidad científica un prestigio que es indebido en la medida que debe ser reconocido a todos ellos y no exclusivamente a aquél. La justa reparación, o más bien recuperación, sea por la vía del enriquecimiento injusto o como necesaria consecuencia de un proceder que, mediando culpa, lesiona el interés ajeno, será la medida de publicidad interesada, contraída al fallo de la presente Sentencia, por ser suficiente a tal finalidad».

El problema que plantea acudir al enriquecimiento injusto, como base del reproche jurídico en estos supuestos, es que dicho enriquecimiento debe ser proba-

(36) AC 2004/13.

do, y ha de tener dimensión patrimonial (37). El daño causado en este caso va referido al prestigio profesional de los coautores de la investigación, cuyo trabajo no ha sido debidamente reconocido en las publicaciones del demandado. Dicho daño encuentra cauce para su protección en la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: se trataría aquí de protección al honor, en su vertiente de protección del prestigio o fama profesional (38). En concreto, el artículo 7.7 de la LO 1/82 resultaría de aplicación, al reconocer como intromisión ilegítima «La imputación de hechos... a través de acciones... que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama...».

Por otro lado, pudiera ser que el supuesto, por el tipo de creación de que se trate, merezca protección por la vía de la propiedad industrial –si el resultado no merece la protección del derecho de autor– (imaginemos una patente, una marca, un diseño industrial) (39). O por el derecho de la competencia (40). El derecho de autor no agota las posibles vías de protección, en cuanto una creación o trabajo realizado en marco universitario, pueda no merecer, en el caso concreto, la sanción del derecho de autor (41).

También de interés nos resulta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), de 29 de noviembre de 2011 (42). El pleito versa en este caso sobre un posible plagio de un trabajo de investigación en el campo de la Historia (precisamente su tesis doctoral), que la demandante considera que la demandada había plagiado parcialmente. Las obras son coincidentes al abordar un mismo periodo histórico, y realizar un estudio de los mismos documentos. Así, el Fundamento de Derecho séptimo señala que «Es cierto, que quien por primera vez y con originalidad, estudia una materia y analiza unos documentos históricos que se

(37) Recuérdese, conforme a jurisprudencia constante del TS sobre el enriquecimiento injusto, que son requisitos esenciales los siguientes: «empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; correlativo aumento del patrimonio del demandado; falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio, y teniendo en cuenta, además, como síntesis de los apuntados requisitos, que la noción «sin causa» es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto, pues mediante ella se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, es decir, contrarias a la Ley.» –Fundamento de Derecho tercero, STS (sala 1.ª) de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5897).

(38) *Vid.*, CASAS VALLES, R., «La ciencia va al juzgado (el caso DNA Antiguo)», *Pe. I, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2004, pp. 113 y 114; BERCOVITZ, R., «La protección de la investigación», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20/2005 (*Westlaw*, BID 2005/2707).

(39) *Vid.*, en relación con ambos campos de protección, BERCOVITZ, A., «Algunas ideas preliminares sobre la relación entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Ed. Dykinson, 2016, pp. 65 y ss. Precisamente, una de las más recientes sentencias del TJUE hasta la fecha en materia de originalidad, hace referencia a si procede la protección del derecho de autor en unos modelos de prendas de vestir, o en cambio la vía de los dibujos o modelos: Sentencia de 12 de septiembre de 2019 (sala tercera) –asunto C-683/17–, que resuelve el caso COFEMEL.

(40) Así debió resolver el TS, en su conocida Sentencia de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002/6744), el pleito que enfrentaba a la editora del periódico «La Vanguardia», contra la editora de la revista Sol. Esta última reproducía todos los anuncios de oferta de empleo por palabras regularmente, publicados por la primera. El TS reconoció que los anuncios de oferta de empleo por palabras eran objeto de protección del derecho de autor, renunciado así a ninguna exigencia de originalidad. El caso, claramente, debería haberse planteado por la vía de la competencia desleal.

(41) En esta línea lo señala BERCOVITZ, R., «La obra», *Manual... op. cit.*, p. 59

(42) JUR\2012\133028.

encuentran en archivos públicos, dándolos a conocer a la comunidad científica, carece de un derecho de exclusiva que impida a otros volver a estudiar la materia o ese cuerpo documental sin su consentimiento... pero es lógico que por parte de los estudios posteriores se valore aquella primera aportación científica en su justa medida, y que el estudio venga acompañado de una cita a ese hecho... por honradez intelectual debería advertirlo, pues el mérito de la actora radicó en encontrarlos (esos documentos) y relacionarlos con la materia objeto de estudio. Pero la omisión de esta referencia es una cuestión académica y no propiamente jurídica». En este caso, no se demostró que existiera identidad de fragmentos entre una y otra obra –plagio–, si bien tanto las ideas, como informaciones de compleja búsqueda, así como las conclusiones, fueron tomadas del demandado. En el Fundamento de Derecho octavo, la AP señala «Por lo que respecta a las conclusiones, si realmente son las mismas, al margen del descrédito académico que supondría la falta de originalidad de un trabajo de investigación que concluye lo mismo que otro trabajo previo... tan solo tendría relevancia jurídica en la medida que conllevara una incorporación parcial de fragmentos (literal o disfrazada) y respecto de ellos pudiera apreciarse originalidad». En este punto se debe matizar que si existen normas que exijan originalidad en las ideas o contenidos en un trabajo académico, la vulneración de ese requisito sí tendría consecuencias jurídicas: las que estableciera la propia norma en caso de infracción. Es cierto que la sentencia versa sobre la existencia de plagio desde el punto de vista del derecho de autor, y no de infracciones académicas, que bien quedan al margen como reitera la Audiencia. Finalmente, la sentencia concluye, de la comparación de las obras litigiosas, que no existe copia de expresiones formales, sino de ideas, concluyendo que «la demandante toma continuas referencias e ideas de la obra de la actora, que en última instancia provienen de documentos históricos sacados a la luz pública por la actora, razón por la cual en ocasiones existen expresiones idénticas o similares, pues son transcripciones del documento original. Pero esta copia de ideas y de referencias, sin perjuicio de la desacreditación académica e intelectual de su autora, no llegan a constituir una reproducción ni siquiera parcial de la obra de la actora, y las pocas veces en que existe una reproducción literal o similar coincide con la transcripción de un fragmento de uno de los documentos históricos que constituyen fuente original del trabajo de la actora, y por lo tanto aquello no es original suyo».

En conclusión, basta con decir con expresiones gramaticales propias lo que otros opinan o descubren, para que el resultado no merezca ser considerado como plagio, y no exista por tanto reproche desde el punto de vista del derecho de autor (43).

Es en este punto en el que pueden entrar en juego los códigos éticos académicos o de la investigación de las Universidades, así como por supuesto la normativa que regula los derechos y deberes de los estudiantes, del personal en formación, o del personal docente e investigador universitario. Así, por ejemplo, el Código de Buenas Prácticas en la Investigación de la UAM, elaborado por el Comité de Ética en la Investigación y aprobado por su Consejo de Gobierno con fecha 8 de febrero de 2013, establece como deberes éticos del personal investigador, en todas sus

(43) Como señala TEMIÑO CENINEROS, I., aunque se escriba sobre el mismo tema, con ideas similares, ningún lingüista aceptará coincidencias al extremo de que haya identidad total –casual añadido yo–, entre ambas –*vid.*, *El plagio en el derecho de autor*, Citivas Thomson Reuters, 2015, p. 261.

categorías, que se conduzcan en su labor investigadora «cumpliendo los máximos estándares de rigor, honestidad y responsabilidad» (art. 1). Así, la exigencia de honestidad, conforme a su artículo 2.1, conlleva que «Los investigadores se atenderán a las pautas deontológicas generalmente aceptadas y reconocidas por la comunidad científica. La aceptación de dichas pautas se deberá extender a la totalidad de los trabajos llevados a cabo durante la investigación: formulación inicial de las hipótesis, diseño metodológico, compilación de la información, análisis de los datos, publicación de los resultados y reconocimiento de la contribución de otros investigadores a la actividad efectuada... En particular, los investigadores deberán respetar los derechos de propiedad intelectual sobre los trabajos realizados por otros investigadores. Este respeto implica evitar cualquier tipo de plagio y de manipulación». Por lo que respecta al rigor, el artículo 2.3 establece que «Los investigadores deberán llevar a cabo un riguroso proceso de obtención e interpretación de datos, lo cual requiere una revisión detallada de los resultados obtenidos antes de publicarlos. En caso de que se detecten errores tras la publicación, se hará una rectificación pública tan pronto como sea posible».

En cuanto al Estatuto del Estudiante Universitario, aprobado por Real Decreto 1791/2010, de 30 diciembre, su artículo 7.1 establece, con carácter general, letra x) el derecho de los estudiantes «Al reconocimiento de la autoría de los trabajos elaborados durante sus estudios y a la protección de la propiedad intelectual de los mismos. Entre los derechos específicos de estudiantes de grado (art. 8 h) se reconoce del derecho «A contar con el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual del trabajo fin de grado y de los trabajos previos de investigación en los términos que se establecen en la legislación vigente sobre la materia». En cuanto a los derechos específicos de estudiantes de máster [art. 9.h)] se encuentra el «... contar con el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual del trabajo fin de máster y de los trabajos previos de investigación en los términos que se establecen en la legislación vigente sobre la materia». El artículo 10.f), relativo a los derechos específicos de estudiantes de doctorado, reconoce el que éstos tienen «A contar con el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual a partir de los resultados de la Tesis Doctoral y de los trabajos de investigación previos en los términos que se establecen en la legislación vigente sobre la materia». En artículo 13 en cambio, que recoge los deberes de los estudiantes, a lo más se dice en el apartado 2 d) es que deben «Abstenerse de la utilización o cooperación en procedimientos fraudulentos en las pruebas de evaluación, en los trabajos que se realicen o en documentos oficiales de la universidad». No hubiera estado mal, ya que se hace hincapié reiteradamente en los derechos de propiedad intelectual de los estudiantes por los trabajos realizados, en los términos previstos en la LPI, que se exigiera, como deber, el respetar los derechos de propiedad intelectual de otros. No todos los estudiantes relacionan los derechos de propiedad intelectual –patrimoniales, morales–, con el fraude. Pues, para empezar, la formación en propiedad intelectual es una mera optativa en la Facultad de Derecho (al menos en nuestra Universidad), imaginemos el conocimiento que de esta disciplina puedan tener, ya no el resto de estudiantes de Derecho que no la cursen, sino cualquier estudiante universitario en general.

Por lo que respecta al personal investigador predoctoral en formación Real Decreto 103/2019 de 1 de marzo por el que se regula su Estatuto, establece, entre los derechos específicos en materia de investigación, [art. 12.g)] «Ejercer los dere-

chos de propiedad intelectual y derechos de autor derivados de los resultados de las actividades formativas y de especialización y de acuerdo con su contribución, conforme a lo establecido en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y que se establecerán de conformidad con lo previsto en el artículo 14.1.i) de la Ley 14/2011, de 1 de junio...» A su vez, entre los deberes específicos en materia de investigación del personal investigador en formación, el artículo 13 c) prevé «... Evitar la duplicidad y falta de originalidad de los resultados y el plagio de todo tipo, y respetar el principio de la propiedad intelectual o industrial o de la propiedad conjunta de resultados y datos cuando la investigación se realice en colaboración con otro personal investigador». Como puede observarse, en este caso la norma se redacta a modo de recomendación, no como una norma de carácter imperativo, al ir precedida del verbo «evitar». Asimismo, su redacción denota la confusión en el ámbito científico en esta materia, que también se reproduce en la Ley 14/2011 de 1 junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante LCTI), a la que a continuación de referiré, al hablar de «respetar el principio de la propiedad intelectual o industrial o de la propiedad conjunta de resultados y datos cuando la investigación se realice en colaboración con otro personal investigador». La propiedad intelectual o industrial no son principios, son derechos. Por otro lado, se está refiriendo a resultados, datos, siendo que la propiedad intelectual como sabemos no protege más que las formas originales expresivas. En cuanto a lo dispuesto en la LCTI, su artículo 13 dispone que «Será considerado personal investigador el personal docente e investigador definido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras» En cuanto a los derechos del personal investigador, el artículo 14.1 dispone que «El personal investigador que preste servicios en Universidades públicas, en Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado o en Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas tendrá los siguientes derechos: c) A ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe». Se trata de autoría investigadora, no de autoría en términos LPI.

La investigación, como dice la Ley de la Ciencia, es una actividad que incrementa el volumen de conocimientos en una sociedad. La definición empleada en la LCTI corresponde con la prevista como tercera acepción en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: investigar es «Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia». De ahí que la acepción en la LCTI sobre investigación y autoría de la actividad investigadora esté ligada a un concepto deontológico de autoría (44). En esta regulación, el foco se pone sobre los resultados de la actividad científica o investigadora realizada, no en las formas expresivas en los que quedan plasmadas. Ello supone una importante diferencia con el bloque normativo destinado a la protección de los derechos de propiedad intelectual, que pone el acento en las formas de expresión de esos resultados, y no en los resultados en sí mismos. Por último, y en línea con lo que en materia de investigación científ-

(44) En esta línea, CAVANILLAS MÚGICA, «Propiedad Intelectual y Ciencia en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *Pe. I., Revista de Propiedad Intelectual* núm. 41, 2012, p. 20.

fica hemos visto que disponen otras normas, al tratar de los deberes del personal investigador en los términos de la presente Ley, el artículo 15.1 f) LCTI prevé el «Adoptar las medidas necesarias para evitar el plagio». Mejor, insisto, habría sido imponer el deber de no plagiar.

3. La copia de una obra ajena en lo sustancial como requisito del plagio

Como hemos señalado al comienzo de este trabajo, conforme a reiterada jurisprudencia del TS, por plagio hay que entender toda copia de una obra ajena en lo sustancial –*vid.*, por todos, STS 28 de enero de 1995–. Añade el TS (Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia 18 de diciembre de 2008 –RJ 2009/534–), que «El sentido general del plagio se centra en la copia sustancial como actividad meramente mecánica y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual, y no constituye plagio cuando son dos obras distintas y diferenciables aunque tengan puntos comunes de exposición y no se da un pleno calco y copia, aunque tengan múltiples e innegables coincidencias que se refiera, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino accesorias, añadidas, superpuestas, o no trascendentales».

Igualmente, en materia que nos resulta cercana por la temática que aborda, la AP de Madrid (sección 28), con fecha 12 de noviembre de 2012, considera en el pleito que enfrentó a la editorial Francis Lefebvre contra la Editorial Planeta por presunto plagio de sus «Mementos», que tal plagio no existía, en la medida en que, según el Fundamento de Derecho segundo «Perfilado en los términos indicados por nuestra jurisprudencia el concepto de plagio, del examen directo de las obras enfrentadas... cabe concluir que a pesar de las coincidencias impuestas por la común materia que se analiza en las distintas obras, no se aprecian coincidencias estructurales básicas y fundamentales, lo que conducirá a la confirmación de la sentencia apelada en este particular que rechazó la infracción de los derechos de autor» (45).

Entramos así en otro elemento central del plagio como es determinar cuándo se ha copiado una obra ajena en lo sustancial. Podemos empezar eliminando los supuestos en los que no cabría afirmar tal copia. En primer lugar, cuando la copia lo es de elementos accesorios o no trascendentales. Habrá podido percatarse el lector, de que el juicio de sustancialidad en la copia para afirmar o no la existencia de plagio, requiere un cotejo o comparación entre las obras en litigio. Sería imposible de otro modo determinar si existe o no copia en lo sustancial. De ahí el papel determinante que cumplen en los litigios de plagio, las pruebas periciales aportadas por las partes, sobre la copia de formas expresivas, por mucho que estas se hayan querido enmascarar. Por otro lado, y derivado de lo anterior, el plagio no exige que la copia de la obra ajena lo sea en su totalidad sino en su sustancialidad, cuestiones bien diferentes. En efecto, cabe el plagio parcial de una obra, como ya hemos apuntado en algún ejemplo jurisprudencial. De hecho, es frecuente que quien pla-

(45) AC 2013/126.

gie, lo haga en alguna parte o partes de la obra ajena y no de aquella en su conjunto, especialmente en el ámbito académico al que se orienta nuestro estudio.

En este sentido, resulta de interés traer a colación una sentencia relativamente reciente, de la Audiencia provincial de Madrid (sección 28.^a), de 6 de febrero de 2017 (46). Se trataba de un supuesto de plagio parcial de una obra del lenguaje (el autor de la obra «La peseta. Catálogo básico», publicada en 1997, demandó por plagio a Unidad Editorial y al director de la publicación, de la obra titulada «La peseta. Historia de una época»). Para apreciar plagio, el tribunal parte de la necesidad de hacer una comparativa de los fragmentos de ambas obras (la plagiada y la plagiaria), en los que se haya detectado copia. En el caso de autos, el tribunal comprueba la identidad de párrafos enteros coincidentes en una obra y otra, afirmando lo siguiente en su Fundamento de Derecho tercero: «...no siendo relevante a este respecto que algunas de las palabras del texto plagiado sean sustituidas por sinónimos, o que ocasionalmente se alteren los tiempos verbales, que se invierta el orden de las palabras componentes de algunas expresiones cortas, o en fin, que el texto plagiario intercale oraciones subordinadas no presentes en el plagiado... Lo importante no es la identidad exacta de todas y cada una de las palabras. Lo importante es la secuencia con que las palabras se encuentran imbricadas en la construcción de las oraciones, y hemos de decir que en los casos que acabamos de examinar es prácticamente la misma, considerando insignificante o nula la probabilidad estadística de que en el desarrollo autónomo de su cometido, los redactores de la obra (plagiaria) desarrollasen de forma azarosa unos textos cuya estructura sintáctica –así como la mayor parte de sus vocablos– es idéntica a la del texto preexistente».

Por otro lado, se clarifica del modo siguiente si existe copia sustancial, en un caso como el presente en el que se ha detectado plagio en varios párrafos de la obra, pero no en la obra en su totalidad. Señala la Audiencia a este respecto que «... La sustancialidad de la copia es una característica que se encuentra referida al examen del concreto fragmento o parte de la obra que en cada caso se examina dentro de su entorno natural, de tal suerte que pueda decirse que la copia de esa concreta porción ha sido relevante en lo que se refiere a la estructura y elementos de los que ese entorno se compone. No se refiere esa sustancialidad, en cambio, a una mera relación cuantitativa entre la extensión de lo copiado y la extensión total de la obra plagiada. De no entenderse ello así, nunca sería posible la apreciación de plagio parcial, figura comúnmente admitida, y solo en raras ocasiones resultaría posible apreciar la existencia de plagio como tal... el juicio de sustancialidad ha de ser necesariamente el resultado de un análisis de tipo contextual, y todo análisis contextual requiere un proceso comparativo entre dos elementos imprescindibles: el texto y el contexto...». Según la AP, «el texto serían cada uno de los fragmentos, pero más difícil resulta perfilar el contexto una vez que se ha descartado su identificación con la totalidad de la obra. Si nos encontrásemos en presencia de una obra donde cada uno de los textos examinados fuera una simple pieza del engranaje de un desarrollo argumental completo y más amplio, podríamos examinar tanto cuantitativa como cualitativamente el mayor o menor grado de relevancia del fragmento analizado en el seno del argumento integral del que formase parte y que operaría, a estos efectos, como contexto» (Fundamento de Derecho tercero).

(46) AC 2017/462.

Por tanto, la sustancialidad de la copia para apreciar plagio requiere un análisis comparativo desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Para ello debe tenerse en cuenta el texto y el contexto de los fragmentos supuestamente plagiados. Partiendo de que el plagio puede ser parcial (las coincidencias pueden darse en una parte de la obra, no en la obra completa), hay que analizar si los párrafos copiados son sustancialmente idénticos a los de la obra preexistente, tanto por el texto –las mismas palabras o prácticamente, la misma expresión gramatical–, como por el contexto: la relevancia del fragmento o fragmentos en el seno del argumento integral del que formasen parte.

Este test de sustancialidad, entiendo que es acertado como pauta que debe guiar la determinación o no de plagio, cuando éste no es total. De otro modo, sería dificultoso afirmar cuándo la copia de la obra ajena lo es o no en lo sustancial. Dentro de cada fragmento copiado –incluso copiado disimuladamente–, habrá que analizar su carácter sustancial en relación ya no solo con el texto de referencia, sino con el contexto en el que esos párrafos se insertan. No he vuelto a encontrar hasta la fecha sentencias que apliquen de este modo el test. La más reciente sentencia del Tribunal Supremo (sala 1.^a), relativa al plagio, dictada con fecha 16 de enero de 2020 –RJ 2020/665–, no lo aplica del modo que aparece reconocido en la sentencia de la AP de Madrid. El caso tiene especial interés para nosotros pues el origen del pleito se encuentra en una demanda presentada por un estudiante de doctorado frente al director del trabajo con el que obtuvo la suficiencia investigadora. El demandante alegaba que dicho trabajo, titulado «Las Leyes de Burgos, precedente del Derecho Internacional y del reconocimiento de los Derechos Humanos», había sido copiado en algunos fragmentos por su director, en varias obras que este había publicado: en concreto en una monografía y en un artículo científico sobre la materia. El origen del trabajo del demandante se encuentra en una conferencia dictada por él, a instancias del demandado, en un coloquio científico. Mientras el juzgado de primera instancia desestima la demanda, la AP de Burgos entiende que sí existe plagio del profesor. En el recurso de casación interpuesto por el demandado, éste alega que el trabajo del demandante no es original porque «no supone novedad alguna en el campo de la ciencia jurídica, ni desde el punto de vista de su contenido, ni desde el de la expresión de las ideas». Asimismo, alega que «falta el requisito de la autoría, en cuanto que la parte copiada no es creación intelectual del demandante. Los párrafos que se afirman copiados no son creación suya, sino que le habían sido proporcionados por el demandado para dictar la conferencia de 2009, y luego fueron incorporados al trabajo que se dice copiado». Para rebatir esta alegación, el TS señala lo siguiente en su Fundamento de Derecho tercero: «Como recordamos en la sentencia 647/2012, de 8 de noviembre, «las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido –ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos...– ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión». Es cierto que no cualquier texto escrito goza por sí solo de originalidad, pues se exige un mínimo de creatividad intelectual, de la que carecen, por ejemplo, lo «que es común e integra el acervo cultural generalizado o (...) los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos» (sentencia 12/1995, de 28 de enero); lo que «está anticipado y al alcance de todos», por ser datos que constan «en registros fiscales, laborales, mercantiles o en las guías publi-

cadadas por Telefónica» (sentencia 886/1997, 17 octubre); o un juego promocional de periódicos «concebido mediante la numeración de las publicaciones y un sorteo para la determinación del ganador del premio» (sentencia 542/2004, de 24 de junio). Pero esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacer los conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas. De tal modo que, al margen de que lo revelado en esos epígrafes 2 y 3 del trabajo del Sr. Miguel Ángel pudiera ser ya conocido en esa especialidad de la Historia del Derecho, lo verdaderamente relevante es que, sin perjuicio de las pertinentes citas de las fuentes de las que se tomó este conocimiento, *la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común*. En un caso como el presente en que la reproducción de los epígrafes se ha realizado de forma prácticamente literal, no cabe escudarse en que las ideas transmitidas constituirían un conocimiento común para negar originalidad a la obra parcialmente reproducida. El plagio se verifica con la reproducción literal del texto».

He subrayado la parte nuclear sobre la originalidad de la expresión del lenguaje, a la que hace referencia de la Sentencia. La referencia a que la forma en que se expuso difería de lo ya existente hace referencia a la novedad objetiva, como criterio para determinar la originalidad. ¿Qué significa que «no constituía un lugar común»? Debería referirse a que de haberse expuesto previamente, no tendría por qué haberse expuesto necesariamente así. Ciertamente, como vengo señalando, en una obra del lenguaje, nadie dice exactamente igual, con la misma construcción gramatical, una serie de ideas, opiniones, datos, aunque beba de las mismas fuentes, durante varias páginas, si no las copia. Ni siquiera nosotros mismos, de escribir dos veces el mismo trabajo, con las mismas fuentes de información, tesis, argumentos, lo haríamos sin variación alguna en la forma de expresión, salvo que nos copiemos a nosotros mismos. Es evidente, pues, que cuando alguien copia durante varias páginas el trabajo ajeno, existe plagio parcial como dice el TS en esta sentencia. Habríamos agradecido que nos dijera si era o no sustancial, en relación con el texto y el contexto. Quizá en este caso, al tratarse de la copia casi literal de varios epígrafes, se da por sentado el carácter sustancial de la copia. Pero habría de haberlo señalado, ya que solo es plagio la copia de obra ajena en lo sustancial. Por otro lado, resulta de interés acudir también a la sentencia dictada por la AP de Burgos, confirmada por el TS. En primera instancia, el juzgado había desestimado la demanda, por carecer la obra del demandante de la originalidad suficiente para alcanzar la protección del derecho de autor. Contrariamente, en sentencia de 17 de mayo de 2017, la sección tercera de la AP de Burgos, argumenta del modo siguiente para determinar la originalidad de los fragmentos copiados, concluyendo la existencia de plagio: «(cuando) el plagio consiste en disfrazar como propio lo que es una obra ajena, (...) dando al texto de la obra copiada una forma diferente para hacerlo pasar como propio, (...) es congruente exigir a la obra copiada un cierto grado de originalidad porque será esta la que permitirá distinguir el plagio a la vista de la comparación de dos textos que no son idénticos. A pesar de la falta de identidad, si se comprueba que hay estructuras, o formas de decir, o correlación de ideas que se repiten en ambas obras, y siendo una de ellas cronológicamente anterior a la otra, se podrá concluir con la existencia de plagio. «Sin embargo cuando el plagio consiste en reproducir de forma literal el

texto original más que de plagio habremos de concluir que lo que existe es una infracción del derecho de reproducción (...). En este caso ya no es necesario exigir una originalidad objetiva para determinar el plagio. Basta la originalidad subjetiva pues nadie puede discutir el carácter original de una obra que ha sido escrita por primera vez por un determinado autor. De esta forma cuando se fotocopia un manual universitario se produce una infracción del derecho del autor a la reproducción de su obra con independencia de la mayor o menor originalidad del manual en cuestión, porque la protección está ligada al derecho de propiedad del autor sobre aquello que ha escrito».

No he querido dejar pasar por alto la argumentación mantenida por la AP, recogida en el Fundamento de Derecho primero de la STS, como resumen de antecedentes. La Audiencia varía el concepto de originalidad, en función de que el plagio sea más o menos disimulado. Si el plagio es encubierto o disimulado, (...) es congruente exigir a la obra copiada un cierto grado de originalidad porque será esta la que permitirá distinguir el plagio a la vista de la comparación de dos textos que no son idénticos...». Esta argumentación es errónea en su formulación. El plagio, aunque encubierto, requiere copia de formas expresivas, que siempre a en pleitos de este tipo, requieren la intervención de peritos especialistas que ilustren al juez si las coincidencias en la expresión (escrita en este caso), son consecuencia de una copia, o no. El requisito de la originalidad se aplica a todas las obras igual. Lo que sucede es que, en función de cada tipo de obra, aquélla debe medirse en unos elementos o en otros, ya que no todas las creaciones intelectuales se expresan igual. Concluye su argumento en este punto la AP seguidamente, señalando que «A pesar de la falta de identidad, si se comprueba que hay estructuras, o formas de decir, o correlación de ideas que se repiten en ambas obras, y siendo una de ellas cronológicamente anterior a la otra, se podrá concluir con la existencia de plagio». Sobra decir que la mención a las ideas es de nuevo desacertada, y conlleva a confusión. Seguidamente, encontramos como continuación de las afirmaciones precedentes, la siguiente argumentación, derechamente equivocada –más aún, si cabe–. Dice así la AP: «Sin embargo cuando el plagio consiste en reproducir de forma literal el texto original más que de plagio habremos de concluir que lo que existe es una infracción del derecho de reproducción (...). En este caso ya no es necesario exigir una originalidad objetiva para determinar el plagio. Basta la originalidad subjetiva pues nadie puede discutir el carácter original de una obra que ha sido escrita por primera vez por un determinado autor. De esta forma cuando se fotocopia un manual universitario se produce una infracción del derecho del autor a la reproducción de su obra con independencia de la mayor o menor originalidad del manual en cuestión, porque la protección está ligada al derecho de propiedad del autor sobre aquello que ha escrito».

Este argumento es totalmente indefendible. La AP sigue vinculando la originalidad misma de la obra en un proceso de plagio, a si esta se ha copiado de forma literal o no. «Si la copia es literal, entonces es suficiente con la originalidad subjetiva, no hace falta originalidad objetiva: pues nadie puede cuestionar el carácter original de una obra que ha sido escrita por primera vez por un determinado autor». Como vimos, ha podido defenderse doctrinalmente que la originalidad pueda ser objetiva o subjetiva, inclinándose la más reciente jurisprudencia del TS

se inclina por la primera (47). Pero combinar ambas es algo que no tiene fundamento ni legal ni doctrinal. Ni en nuestro país ni en ninguno de nuestro entorno. Ni mucho menos en la interpretación del TJUE sobre el concepto de originalidad. Pero no para ahí el argumento, al afirmar: «cuando el plagio consiste en reproducir de forma literal el texto original más que plagio habremos que concluir que lo que existe es una infracción del derecho de reproducción». Sobre este tema me detendré más adelante al tratar con más detalle el derecho de reproducción. Pero como ya he afirmado, con el plagio se produce una infracción de dos derechos de autor: el patrimonial de reproducción y el moral a la paternidad. ¿Qué es el plagio sino infracción del derecho de reproducción en cuanto que existe copia? Y ya, el ejemplo que pone la AP, es de no haber comprendido absolutamente nada sobre los fundamentos del derecho de autor: «cuando se fotocopia un manual universitario se produce una infracción del derecho de autor a la reproducción de su obra, con independencia de la mayor o menor originalidad en cuestión...» ¿qué tiene que ver hacer una fotocopia de un manual protegido por derecho de autor en cuanto sea original, con el plagio? El plagio implica siempre, inexcusablemente, atribución de la paternidad de la obra ajena. La mera copia (a mano o a través de procedimientos mecánicos como la fotocopia), afecta solo al derecho exclusivo de reproducción. De hecho, el derecho de reproducción se encuentra sometido a distintos límites (arts. 31 y ss. LPI), entre los cuales se encuentra la cita (48). En ningún caso queda amparada –no podría serlo, por las características del derecho moral–, no solo una falta de indicación de la autoría, sino una usurpación de la condición de autor.

4. Derechos de autor infringidos en caso de plagio: especial mención al límite de la cita

Resultando el plagio la copia de una obra ajena en lo sustancial, los derechos de autor infringidos en todo caso son: el derecho patrimonial de reproducción y el derecho moral a la paternidad. Conforme al artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley».

Los derechos de carácter personal a los que se refiere la LPI son los derechos morales de autor, de los que se ocupa el artículo 14 LPI. Se trata de derechos personalísimos, que la Ley califica de irrenunciables e inalienables. Conforme al artículo 14.3 LPI, el autor tiene derecho irrenunciable e inalienable a «Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra». Se trata del conocido como derecho moral a la paternidad (49). En el ámbito internacional, este derecho está

(47) *Vid.*, *supra*, II.1.

(48) Dichos límites, se encuentran a su vez en una lista cerrada en la Directiva 29/2001, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

(49) Así se refleja en las Actas de la revisión de Roma de 1928, pp. 177 y 178. Sobre este precepto, *vid.*, CÁMARA ÁGUILA, P., «Comentario al artículo 6 bis del Convenio de Berna», *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, R. Bercovitz (coord.), Tecnos, 2013, p. 473.

reconocido en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y se introdujo en su revisión de 1928. España es parte desde su origen del citado Convenio, y ha ratificado todas sus revisiones posteriores. Cumple señalar, que este derecho ocupa el primer lugar entre los derechos morales reconocidos en dicho precepto, y que su redacción ha quedado invariada desde su propuesta inicial, por tratarse de un derecho «primario y elemental».

El derecho al reconocimiento de la condición de autor engloba tanto los supuestos en los que existe mera omisión de la paternidad de la obra, como en los casos de usurpación de la condición de autor. Esto último es lo que sucede en casos de plagio. No solo no se reconoce la condición del autor de la obra plagiada, sino que además se usurpa dicha condición, al ser atribuida al autor plagiario. De ahí que en todos los casos de plagio haya infracción del derecho a la paternidad de la obra (50).

Por su parte, de los derechos patrimoniales en exclusiva se ocupan los artículos 17 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual. Así, el artículo 17 dispone que «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley». A continuación, el artículo 18 se ocupa del derecho de reproducción, estableciendo a este respecto lo siguiente: «Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias». La actividad realizada por quien plagia, es de reproducción en los términos del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual (fijación de parte de una obra en este caso permanente, en forma escrita, que permite la obtención de copias y también en este caso su comunicación al público).

Para saber si una actividad de copia o reproducción queda amparada por algún límite a este derecho exclusivo, debemos acudir al listado de límites que ha incorporado a nuestro derecho interno el legislador español. Dichos límites, se encuentran a su vez en una lista cerrada en la Directiva 29/2001, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información. En concreto, de la cita se ocupa el artículo 5. 3 d), que reconoce que los Estados miembros podrán reconocer como límite a los derechos de reproducción y de comunicación pública, «cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido» (51).

(50) *Id.*, CÁMARA ÁGUILA, P., «El derecho moral de autor», *Manual de propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 132

(51) Sobre el límite de la cita en el derecho comunitario, *vid.* MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de la cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual. Evolución jurisprudencial», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*, pp. 399 y ss.

En estos supuestos, se permite realizar la actividad objeto del derecho exclusivo, sin previa autorización del titular de los derechos. Si la actividad de reproducción se realiza dentro del amparo del límite de la cita, entonces el plagio queda descartado. El precepto que lo incorpora a nuestro derecho interno es el artículo 32.1 LPI, que dispone que: «Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada». Como puede apreciarse, para que la copia en una obra propia de otra ajena quede cubierta por el límite de la cita, hacen falta los siguientes requisitos, que no se dan en el caso en caso de plagio: inclusión de un *fragmento* de obra ajena, en la *medida justificada por el fin de esa incorporación, indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada*. A diferencia de otras legislaciones, la norma española no hace mención expresa de la extensión del fragmento (así, por ejemplo, en el artículo L 122. 5.3.^a del Code de la propriété intellectuelle francés, se habla de « citas cortas »). Ello exige estar al caso concreto. Es ahí donde cobra relieve la exigencia de que el fragmento copiado lo sea en la medida justificada por el fin de esa incorporación. En la doctrina se ha apuntado como criterios a tomar en cuenta para valorar esta cuestión, la amplitud de la obra en la que se inserta la cita, la de la obra de la que se extrae el fragmento, o el fin mismo de la cita (52). En relación con la extensión del fragmento de la obra que puede incorporarse a título de cita, resulta de especial interés la sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria, de fecha 20 de abril de 1999 (sección 3.^a) (53). Un doctorando había incorporado en su tesis varios capítulos enteros de otros autores, sin hacer mención además a su condición de tales. La Audiencia considera que los fragmentos incorporados son de una extensión que va más allá de lo que estaría justificado con la finalidad perseguida (citar la obra ajena, comentarla o realizar un juicio crítico). De ahí que se entienda que el doctorando ha cometido un plagio. Dice así, literalmente, el Fundamento de Derecho segundo: «El caso de autos es un caso paradigmático de plagio parcial de una obra —en este caso de dos—, a la vista del cotejo de los distintos textos. El demandado en su texto no es que resulte influido por la obra de los autores, ni que padece de falta de originalidad en su forma de expresión de los hechos e ideas sobre los que se centra el trabajo en cuestión; no es que haya utilizado ideas preexistentes ni se haya limitado a transcribir al vuelo una frase ajena: es que ha copiado capítulos enteros y párrafos completos de un texto a otro; modificando únicamente y con muy leves variaciones el suyo propio respecto de los objetos de copia, llevando a efecto lo que en términos doctrinales se ha denominado *apropiación de la expresión formal de ideas ajenas*. Los límites contemplados en el artículo 32 LPI han sido rebasados».

(52) *Vid.*, entre otros, GÓMEZ LAPLAZA, «Comentario al artículo 32 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo y Díaz Alabart (dir.), Edersa, t. V, vol. 4 A, 1994, p. 555; LÓPEZ MAZA, «Comentario al artículo 32 LPI», *Comentarios a la LPI, op. cit.*, p. 627.

(53) AC\1999\754.

III. CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACIÓN CON LAS TESIS DOCTORALES

Tras el análisis realizado hasta aquí sobre el alcance del concepto de plagio, creo que merece hacer una mención aparte sobre las tesis doctorales. En efecto, hemos visto en este estudio algunos ejemplos jurisprudenciales relativos al plagio en estos trabajos de investigación. Llamo la atención ahora, sobre los requisitos jurídico-administrativos que debe tener una tesis doctoral para su validez. Las normas que resultan aplicables en este caso son, por un lado, el artículo 38 de la LOU, así como a la norma reglamentaria que actualmente viene a concretar su desarrollo, esto es el Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de posgrado. El artículo 38 LOU establece que «Los estudios de doctorado, conducentes a la obtención del correspondiente título de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, que tienen como finalidad la especialización del estudiante en su formación investigadora dentro de un ámbito del conocimiento científico, técnico, humanístico o artístico, se organizarán y realizarán en la forma que determinen los estatutos, de acuerdo con los criterios que para la obtención del título de Doctor apruebe el Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades. En todo caso, estos criterios incluirán la superación de un período de formación y *la elaboración, presentación y aprobación de un trabajo original de investigación*». Subrayo el inciso final de la norma, al constituir el elemento esencial que debe contener toda tesis doctoral. En efecto, la obtención del título de doctor requiere, en todo caso, la elaboración, presentación y aprobación de un trabajo original de investigación. ¿Significa que una tesis doctoral debe ser original solo en la forma, como exige la ley de propiedad intelectual para alcanzar la protección del derecho de autor, o también y especialmente, se está refiriendo a la originalidad del contenido? Sirve para resolver esta cuestión, lo dispuesto en el citado el Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de posgrado. En su preámbulo se señala al respecto que «El componente fundamental de la formación doctoral es el avance del conocimiento científico a través de la «investigación original». Además, se considera que en este tercer ciclo los participantes en programas de doctorado no son solo estudiantes sino investigadores en formación.». Así, el artículo 3.1 del Real Decreto dispone que «Los estudios de doctorado se organizarán a través de programas, en la forma que determinen los estatutos de las universidades y de acuerdo con los criterios establecidos en el presente Real Decreto. Dichos estudios finalizarán en todo caso con la elaboración y defensa de una tesis doctoral que incorpore *resultados originales* de investigación».

En mi opinión, se exige que una tesis doctoral conlleve un avance científico: aporte justo lo que es irrelevante para el derecho de autor, esto es, ideas, datos, informaciones, teorías. De este modo, una tesis doctoral es más exigente en el plano jurídico-administrativo, que una obra cualquiera (en el ámbito jurídico-privado de la propiedad intelectual), pues ese requiere novedad no solo en las formas de expresión sino también en los contenidos mismos que se expresan. Por tanto, cuando el legislador vincula las tesis doctorales a la originalidad, *lo hace en sentido más amplio* que el utilizado en el artículo 10 de la Ley de propiedad intelectual, cuando establece que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones lite-

rarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte. En consecuencia, una tesis doctoral que se limitara a expresar con las palabras de su autor las tesis, teorías, argumentaciones, datos, etc., obtenidos o ideados por otros, *sin ninguna otra aportación*, no debería valer como tesis doctoral, por más que su autor no hubiera incurrido en plagio. Por más, en consecuencia, que no se hubieran infringido los derechos de autor.

Dicho de otro modo, no podría admitirse como tesis doctoral, la que se limitara a exponer el estado de la ciencia en una materia determinada, sin aportar resultados novedosos. Como veremos a continuación, cuando existe un plagio –se copia una obra ajena en lo sustancial– tal actuación conlleva varias consecuencias jurídicas. En primer lugar, todo lo copiado no es original y no es objeto de protección por el derecho de autor (no es obra protegible). En segundo lugar, existe una infracción de derechos de autor del copiado –tanto patrimoniales como morales–. La forma de expresión es el ropaje que emplea una persona para expresar sus ideas. Cuando existe plagio, es decir, copia de una obra ajena, sin mención a su autor, atribuyéndose en definitiva una creación intelectual que es de otro, ni las tesis, teorías, ideas, informaciones que se expresan son originales, ni la forma en la que aquellas se expresan lo son.

En el ámbito docente o investigador, es evidente que las normas que vengan a regular la presentación de trabajos para la obtención de grados académicos no tienen por finalidad determinar los requisitos para que los mismos sean protegidos por el derecho de autor, ya que la ley especial que regula esa cuestión es la Ley de Propiedad Intelectual. Por tanto, el criterio de originalidad, como cualquier otro que aquellas normas vengan a imponer, no es coincidente (no tiene que serlo) con la legislación especial sobre propiedad intelectual, ya que el objeto de protección es distinto. Se trata, en definitiva, de demostrar unas capacidades y alcanzar unos resultados, que no son objeto de protección por el derecho de autor. Evidentemente, dichas normas complementan lo dispuesto por otras normas del ordenamiento jurídico, en este caso la legislación sobre propiedad intelectual.

Es por ello, que cuando se plantea la cuestión de la falta de originalidad por copia en el ámbito universitario, como señalé al inicio de este trabajo, hay dos vías complementarias que deben operar. La jurídico-administrativa, con sus propios requisitos y reglas, y la jurídico-civil (poniendo en juego la Ley de Propiedad Intelectual o la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen:). Sabiendo que, la actuación fraudulenta que constituye el plagio, no está cubierta en ningún modo –ni podría estarlo–, por el ámbito administrativo. Ambas vías refuerzan la posición del perjudicado, quien, por tanto, puede acudir a la vía civil (o incluso penal), como a la vez actuar en la vía administrativa, reclamando al menos la nulidad del acto administrativo que conlleva el otorgamiento de la titulación que carece de un requisito esencial. Así, conforme al artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son nulos de pleno derecho «los actos expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, a lo largo de este trabajo he pretendido exponer las dificultades para determinar, con carácter general, cuándo existe plagio, como infracción principalmente jurídico-civil, en base a la lesión de los derechos de autor de la obra plagiada. No es tan sencillo, en caso de similitud entre dos obras, que podamos concluir que existe plagio. Los pleitos en esta materia requieren sustancialmente de intervención pericial, ya que se trata en ellos de demostrar la copia de formas de expresión, pese a las similitudes o, casi más complicado aún, las diferencias, que alguien haya querido introducir para disimular la copia. En el ámbito universitario, por el contenido mismo de las obras creadas en su seno, su mayor valor se encuentra justamente en lo que el derecho de autor no protege: en las ideas, las teorías, argumentos, tesis, datos, informaciones, que es lo que puede demostrar o bien los conocimientos de los estudiantes para superar sus enseñanzas, o bien la capacidad de quien esos trabajos realizan, de análisis, investigación o juicio crítico, permitiendo avanzar a la comunidad académica o científica, mereciendo su calificación de docente o investigador. Es preciso que todos los miembros de la comunidad universitaria sean conscientes, tanto de las exigencias del derecho de autor, como de los códigos éticos que deben guiar su paso por la universidad, en cualquiera de sus etapas. Importante es, a este respecto, que más allá de las acciones que puedan emprender los perjudicados, en sus distintas vertientes (por la vía de la propiedad intelectual, si de plagio se trata; del honor o la propiedad industrial o el derecho de la competencia, en otros casos), dichas actuaciones, cometidas por miembros de la comunidad universitaria, tengan su consiguiente sanción administrativa, con los correspondientes expedientes sancionadores disciplinarios. Sobre este tema versará otro estudio dentro de esta obra, y queda por tanto al margen de mi análisis. Pero antes de reprimir, hay que concienciar a la comunidad universitaria, empezando por los estudiantes, de la importancia de la honradez y el rigor académico. Es algo que todos los miembros de la comunidad universitaria deberían saber al formar parte de ella. Ojalá este trabajo sirva para ayudar en esa indispensable tarea didáctica.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Presentación», *La protección de las ideas*, Association Littéraire et Artistique Internationale, Sitges, 1992.
- «Algunas ideas preliminares sobre la relación entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Ed. Dykinson, 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 10 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz (coord.), Tecnos, 2017, 4.ª ed.
- «La obra», *Manual de propiedad intelectual*, R. Bercovitz (coord.), Tirant lo Blanch, 9.ª ed., 2019.
- «La protección de la investigación», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20/2005 (*West-law*, BID 2005/2707).

- CÁMARA ÁGUILA, P., «Open Access y derechos de autor. Titularidad y ejercicio de los derechos de autor de la obra científica», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020.
- «Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad», *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, P. Cámara Águila e I. Garrote Fernández Díez (coords.), Tirant lo Blanch, 2019.
- «Comentario al artículo 6 bis del Convenio de Berna», *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, R. Bercovitz (coord.), Tecnos, 2013.
- «El derecho moral de autor», *Manual de propiedad intelectual*, R. Bercovitz (coord.), Tirant lo Blanch, 9.ª ed., 2019.
- CARON, C., *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006.
- CARREAU, C., *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981.
- CASAS VALLES, R., «La ciencia va al juzgado (el caso DNA Antiguo)», *Pe. I, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2004.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Propiedad Intelectual y Ciencia en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *Pe. I, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 41, 2012.
- DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3.ª ed., 1978.
- GÓMEZ LAPLAZA, «Comentario al artículo 32 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo y Díaz Alabart (dir.), Edersa, t. V, vol. 4 A, 1994.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., «La tutela de los formatos televisivos», *Pe. I, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 9, 2001.
- GRECO, P., y VERCELONE, P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, 1974.
- LÓPEZ MAZA, S., «Comentario al artículo 32 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ (coord.), 4.ª ed., 2017.
- LUCAS, A., «La distinction entre la forme et l'idée en matière des droits d'auteur», *La protection de las ideas, Association Littéraire et artistique Internationale*, Sitges, 1992.
- LUCAS, A.; LUCAS SCHLOETTER, A., y BERNAULT, C., *Traité sur la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5.ª ed., 2017.
- MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de la cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Ed. Dykinson, 2016.
- NORDEMAN, W., «Forma e idea en el derecho de autor», *La protección de las ideas, Association Littéraire et Artistique Internationale*, Sitges, 1992.
- RABANT, T., *La notion d'œuvre de l'esprit*, tesis, París, 2000.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentarios a los artículos 17 y 18 LP», *Comentarios a la LPI*, R. Bercovitz (coord.), 4.ª ed., 2017.
- STRUBEL, X., *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS ed., 1997.
- TEMIÑO CENINEROS, I., *El plagio en el derecho de autor*, Citivas Thomson Reuters, 2015.
- TOMÁS y VALIENTE LANUZA, C., «Delitos contra la propiedad intelectual», *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2015.