



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Comercial

**LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR MEDIANTE EL  
PLAGIO: BASES PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE  
CONDUCTAS PLAGIARIAS ELABORADAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

**Profesor Guía: Santiago Schuster Vergara**

**Alumno: Franco Orsi**

## Tabla de Contenido

|  |    |
|--|----|
| Introducción.....  | 6  |
| Resumen.....   | 10 |
| Capítulo I.....  | 11 |
| 1. : Nociones sobre el concepto de originalidad.....                         | 11 |
| 1.1. El objeto de protección de la propiedad intelectual.....                | 11 |
| 1.1.1. Actividad creativa humana.....  | 12 |
| 1.1.2. Exteriorización.....  | 12 |
| 1.1.3. Originalidad.....   | 13 |
| 1.2. La distinción entre originalidad objetiva y originalidad subjetiva..... | 14 |
| 1.2.1. La originalidad objetiva.....   | 14 |
| 1.2.2. La originalidad subjetiva.....  | 16 |
| 1.2.3. Teoría Ecléctica o Intermedia.....                                    | 17 |
| 1.3. Parámetros de originalidad.....   | 18 |
| 1.3.1. Parámetro contextual.....   | 18 |
| 1.3.2. Parámetro gradual.....  | 20 |
| 1.3.3. Parámetro cuantitativo.....   | 20 |
| 1.3.4. Ordenación de elementos preexistentes.....                            | 21 |
| 1.4. Parámetros irrelevantes en cuanto al análisis de originalidad.....      | 22 |
| 1.4.1. El criterio estético.....   | 22 |
| 1.4.2. La destinación de la obra.....  | 23 |
| 1.4.3. Su forma de expresión.....  | 24 |
| 1.5. La apreciación judicial de la originalidad.....                         | 24 |
| 1.5.1. La originalidad se presume.....                                       | 24 |

|                               |  |    |
|-------------------------------|--|----|
| 1.5.2.                        | Cuestión de hecho .....  | 25 |
| 1.5.3.                        | El umbral de originalidad.....   | 26 |
| 1.6.                          | Conclusiones.....  | 27 |
| Capítulo II.....              |  | 30 |
| 2.                            | El plagio como infracción.....   | 30 |
| a los derechos de autor ..... |  | 30 |
| 2.1.                          | Ideas sobre la copia y la imitación.....   | 30 |
| 2.1.1.                        | Definición de copia .....  | 30 |
| 2.1.2.                        | Copia imitativa y didáctica .....  | 31 |
| 2.1.3.                        | Copia fraudulenta .....  | 31 |
| 2.1.4.                        | Coincidencias creativas.....   | 33 |
|                               | .....  | 33 |
| 2.2.                          | Origen de la expresión “plagio” .....  | 34 |
| 2.3.                          | Definiciones de plagio .....   | 35 |
| 2.4.                          | Requisitos para la concurrencia de la conducta plagiaría.....  | 36 |
| 2.4.1.                        | La existencia de una obra original preexistente.....   | 36 |
| 2.4.2.                        | Acceso del sujeto activo a la obra ajena preexistente.....   | 37 |
| 2.4.3.                        | Reproducción no autorizada de la obra ajena y preexistente .....   | 37 |
| 2.4.4.                        | Apropiación de los elementos originales contenidos en la obra ajena,<br>desconociendo la paternidad de aquella. .... | 38 |
| 2.4.5.                        | Utilización de la obra plagiada por cualquier acto de explotación .....  | 40 |
| 2.4.6.                        | Dolo.....  | 41 |
| 2.5.                          | Los tipos de plagios.....  | 42 |
| 2.5.1.                        | Plagios burdos y elaborados .....  | 43 |

|                   |   |    |
|-------------------|---|----|
| 2.5.2.            | Plagios totales y parciales .....   | 43 |
| 2.6.              | Carácter pluriofensivo del plagio .....   | 44 |
| 2.7.              | El plagio como delito civil .....   | 47 |
| 2.8.              | El plagio como ilícito penal .....  | 49 |
| 2.9.              | Conclusiones.....   | 52 |
| Capítulo III..... |   | 54 |
| 3.                | Bases y propuestas para fallar casos de plagio inteligente o elaborado .....  | 54 |
| 3.1.              | Introducción .....  | 54 |
| 3.2.              | Principios generales para tener en consideración al momento de realizar un análisis de originalidad de una obra supuestamente plagaria .....              | 56 |
| 3.2.1.            | La apreciación de las obras se hace conforme a las semejanzas y no a las diferencias entre ambas:.....  | 56 |
| 3.2.2.            | Solo importarán las semejanzas que guarden relación con el objeto de protección de la propiedad intelectual, esto es, la forma de expresión original..... | 57 |
| 3.2.3.            | Se debe establecer que el plagario debe haber accedido o haber podido acceder a la obra plagiada antes de crear la obra plagaria.....                     | 58 |
| 3.2.4.            | Para que exista plagio, las semejanzas deben ser relevantes tanto cualitativa como cuantitativamente.....   | 59 |
| 3.2.5.            | Es necesario atender las características del tipo de obra que se alega haber infringido. 60   |    |
| 3.2.6.            | Es necesario observar que exista una dependencia de la obra plagaria por sobre la obra plagiada;.....   | 61 |
| 3.2.7.            | La importancia de la prueba pericial.....   | 61 |
| 3.3.              | Revisión de Jurisprudencia Chilena.....   | 63 |
| 3.3.1.            | Sfeir y Cardemil Con Universidad de Concepción y Serigráfica Chilena S.A.   |    |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 3.3.2. | Martínez Con Olmos .....   | 66 |
| 3.3.3. | Bravo Ortega Con Cervecera CCU Chile.....  | 69 |
| 3.3.4. | C/ Sergio Andrés Diaz Mora .....   | 70 |
| 3.3.5. | Conclusiones.....  | 72 |
| 3.4.   | La similitud sustancial como concepto para delimitar la existencia o inexistencia de plagio..... | 73 |
| 3.5.   | Las pruebas de similitud desarrolladas por el sistema norteamericano .....                       | 75 |
| 3.5.1. | Test del observador promedio:.....   | 75 |
| 3.5.4. | Test de abstracción, filtración y comparación .....  | 80 |
| 3.6.   | Conclusiones Finales.....  | 82 |
|        | Bibliografía.....  | 85 |

## Introducción

Aunque las expresiones de creatividad pueden ser sumamente variables, dentro del sinnúmero de creaciones existentes es posible visualizar ciertas similitudes, las cuales permiten categorizar obras intelectuales según el tipo de arte en que se expresan, así se distinguen obras literarias, dramáticas, cinematográficas, teatrales, musicales, etc. Dentro de cada una de estas artes se encuentran distintos géneros y subgéneros, así por ejemplo dentro de las obras musicales está la música clásica, u otros muy distintos como el rock, el blues, el bossa nova y un largo etcétera, todos con sus subgéneros internos que nutren de diversidad los distintos estilos de las artes que integran el mundo de las obras que produce la creatividad.

Naturalmente las obras que pertenecen a un mismo arte o se encuadran dentro de un mismo género y subgénero tienen características similares, lo que permite suponer que los artistas al momento de proponerse la creación de una obra están influenciados por toda la cantidad de obras a las cuales han accedido y apreciado a lo largo de su vida, posiblemente sin siquiera darse cuenta, ya que el proceso creativo ocurre dentro de nuestra imaginación que se nutre de experiencias anteriores. Sería sumamente difícil si no casi imposible un autor que cree obras intelectuales de la nada, sin alguna inspiración o elemento previo que le sirva como punto de partida, de lo contrario cada una de las obras deberían ser extremadamente revolucionarias, para así intentar no coincidir en punto alguno con las obras anteriores<sup>1</sup>.

Ahora bien, teniendo como punto de partida las similitudes e influencias normales del proceso creativo, es necesario mencionar la existencia de situaciones donde tal similitud alcanza proporciones inaceptables, esto es precisamente lo que sucede en los casos de plagio, pues en estas situaciones ya no existe un proceso creativo propio del autor nutrido de

---

<sup>1</sup> Claude Colombet, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado* (Editorial CSIC - CSIC Press, 1997).

experiencias ajenas, sino más bien lo que hay es una usurpación de un proceso creativo ajeno junto con una intención de hacerlo pasar por propio. Naturalmente tales conductas no son toleradas dentro de nuestra sociedad, lo que se evidencia en la sanción hacia las conductas plagiarias, tanto a nivel académico como a nivel civil como a nivel penal.

La línea divisoria entre inspiración, similitudes aceptables y plagio podrían generar conflictos dentro de la praxis judicial. En efecto, para que el juez sea capaz de resolver casos de esta naturaleza podría necesitará de herramientas apropiadas, podría ser una metodología, procedimientos especiales o ideas base que le permitan discernir en qué casos se encuentra ante una obra legítima y en qué casos se encuentra ante una obra plagiaria. Tal pauta debiese contener criterios que permitan cierta estabilidad y consistencia respecto a la forma de resolver cuestiones relativas a la determinación sobre la existencia de plagio en una obra para así cubrir nuestra necesidad de seguridad jurídica.

Para poder introducirse en el conocimiento de cómo se fallan este tipo de cuestiones resulta necesario clarificar que es lo que se protege en la obra por el derecho de autor, pues eso dará la medida de que es lo que puede o no puede ser reincorporado en obras posteriores sin que exista un daño hacia los titulares de derechos o los autores de las obras. En ese sentido será necesario profundizar acerca del concepto de originalidad y de qué manera se aprecia tal característica en las obras intelectuales

Es relevante tener en consideración que este juicio acerca de la originalidad recae en un sujeto que finalmente resolverá sobre la existencia o no de su concurrencia, que en última instancia será el juez. Esto aparentemente podría conducir a un juicio meramente subjetivo en la decisión.

Además de revisar el concepto de originalidad, será necesario revisar en que consiste el plagio como conducta, como se define, en que formas puede darse, que requisitos existen para que concurra esta conducta, de qué forma se regula y que daño produce a sus víctimas

Naturalmente existen ciertas conductas donde el límite entre una creación original y una no original se puede apreciar con facilidad. Por ejemplo, el hecho de tomar una investigación de internet, copiarla y pegarla íntegramente, suprimiendo el nombre del autor y poniendo el nombre propio constituye una conducta plagaria clara que no requiere mayor análisis, por lo tanto, debido a la claridad y facilidad con la que se aprecia la conducta ilícita en este tipo de conductas es que no será objeto de interés para efectos de la presente investigación.

Lo que se intentará dilucidar en concreto cual sería la procedencia de determinar si las similitudes entre obras resultan sustanciales y cuál sería la razón para elegir tal fundamentación por sobre otras que son consideradas de menor importancia por quien resuelve. Se buscará demostrar que es posible desarrollar una base de resolución que permita a los jueces determinar caso a caso una diferenciación entre una copia de obras intelectuales calificado como conducta plagaria elaborada, y una obra independiente que ha tenido inspiración en obras anteriores, a través de la proposición de distintas metodologías y principios bases para fallar este tipo de conflictos.

Para lo anterior, con el estudio de la doctrina y jurisprudencia pertinente, en el primer capítulo se irá definiendo a partir de fallos qué se ha entendido por “originalidad” de una obra, que diferencias y similitudes entre distintas creaciones se han considerado como relevantes para resolver este tipo de conflictos. Este concepto es importante para efectos de la investigación pues la concurrencia de originalidad es el fundamento de la protección de la obra.

En el segundo capítulo se revisará el concepto de plagio, su origen, que requisitos son necesarios para la concurrencia de la conducta plagaria, los tipos de plagio y el carácter pluriofensivo del mismo. Esto es necesario pues se trata del tema central de la investigación, particularmente se verá que en los casos de plagio elaborado se hace más evidente el problema investigativo.



En el tercer capítulo se esbozarán distintos principios bases para la resolución de casos en donde los jueces deban resolver acerca de la existencia de conductas plagiarias, se revisarán sentencias en las que se hayan tratado estos problemas en Chile y se propondrán diversas metodologías provenientes de la dogmática y jurisprudencia norteamericana que eventualmente podrían ser útiles para fallar estos conflictos jurídicos.

## Resumen

La originalidad es un concepto crucial dentro del derecho de autor de cuya concurrencia depende la protección de una obra. Este concepto resulta crucial respecto a la concurrencia de conductas plagiaras, pues justamente son los elementos originales de una obra los que son protegidos por el derecho de autor, no así las ideas subyacentes a ella ni su mérito artístico ni su belleza o gusto estético.

La conducta plagiaría resulta especialmente difícil de detectar en los casos de plagio inteligente o elaborado, por lo que resulta necesario desarrollar una base de resolución que sea satisfactoria considerando la diversidad y complejidad de las obras intelectuales.

Hasta ahora, pareciera más pertinente sostener que la infracción antes señalada se aprecia de mejor manera mediante el concepto de la copia sustancial de la obra original<sup>2</sup>, en virtud de la cual solo existiría infracción si se copia de una parte sustancial de la obra, que es la parte en virtud de la que se le otorgó la protección

---

<sup>2</sup> Paul Torremans, *Holyoak and Torremans intellectual property law*, 6th ed (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010). p261

# Capítulo I

## 1. : Nociones sobre el concepto de originalidad

### 1.1. El objeto de protección de la propiedad intelectual

Para que una creación goce de protección debe cumplir con distintos requisitos: debe ser producto de una actividad creativa humana<sup>3</sup> y debe ser exteriorizada mediante un soporte material como un lienzo, una grabación, una página, etc.<sup>4</sup> No obstante, no toda creación (o manifestación externa de una actividad intelectual) configura una obra intelectual, puesto que el factor decisivo adicional en cuanto al otorgamiento de protección a una manifestación intelectual reside en su **originalidad**, según Erdozain<sup>5</sup>:

*“El hecho de que un escritor piense una trama para su novela y luego la escriba implica, por sí mismo, un acto creativo en cuanto trascendente (en el sentido en que trasciende del mundo de las ideas al de la realidad formal), pero no necesariamente original, si acaso dicha novela no reúne las exigencias mínimas para ello”*

Para efectos de la presente investigación interesará profundizar sobre el concepto de originalidad como requisito de protección, sin embargo, antes es necesario advertir y

---

<sup>3</sup> La LPI protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión. (arr. 1 Ley 17.336)

<sup>4</sup> Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, 1. ed, Monografías Civitas (Madrid: Editorial Civitas, 1993)., p144

<sup>5</sup> José Carlos Erdozaín López, «El concepto de originalidad en el derecho de autor», *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, n.º 3 (1999): 55-94.

recordar que la originalidad es tan solo uno de los requisitos necesarios para la protección de la obra, pues, también será necesario que concurren otros dos requisitos:

#### 1.1.1. Actividad creativa humana

Para que una obra pueda ser protegida por el derecho de autor es necesario que sea producto de una actividad creativa humana. Por un lado, el que sea producto de una actividad humana conllevaría a privar de protección a manifestaciones creativas realizadas por un ordenador u otra máquina, además igualmente excluiría las manifestaciones provenientes de los animales como por ejemplo el canto de los pájaros.

Por otro lado, se requiere que sea una actividad creativa por contraposición a las actividades mecánicas que realizamos las personas, así por ejemplo una mera transcripción a partitura de una obra musical o bien una transcripción literal de un texto no podrían ser considerados obras intelectuales, puesto que ambos son resultado de una actividad mecánica no creativa.

No obstante lo anterior, una manifestación creativa podría protegerse aun usándose elementos u objetos de la naturaleza o lo producido por una máquina, siempre que el autor utilice tales elementos de forma consciente y exista un aporte creativo<sup>6</sup>.

#### 1.1.2. Exteriorización

Para que una manifestación creativa sea protegida debe, a su vez, expresarse de manera concreta, es necesario que la obra salga de la mente del autor a la luz por cualquier medio<sup>7</sup>. Esto surge de la necesidad de que los terceros sean capaces de percibir y reconocer la idea creadora, así como de dotar a la creación de un medio de transmisión que será el objeto de

---

<sup>6</sup> Tania García Sedano, «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la Ley de propiedad intelectual», *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 49 (2016): 251-74.

<sup>7</sup> Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, «Artículos 428 y 429», s. f. p. 760

protección, en este sentido si no se exterioriza se trataría de una mera idea la cual no puede ser objeto de tutela por el derecho de autor<sup>8</sup>.

### 1.1.3. Originalidad.

Por otro lado, el simple hecho de que una manifestación creativa trascienda del mundo de las ideas al de la realidad formal, no significa necesariamente que tal manifestación gozará de protección por el derecho de autor: si una actividad intelectual se exterioriza, pero no es original, entonces este esfuerzo físico e intelectual solo gozará de un derecho de propiedad común, no de propiedad intelectual.

En conformidad se ha pronunciado la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en donde se rechazó el registro de una obra titulada “CUCHARITA DE TÉ 510”, que constaba de una cuchara corriente y un plano con diferentes vistas de la misma.

*“Al respecto, cabe precisar que ni los números que indican las medidas exactas de la CUCHARITA DE TE, ni el dibujo del mismo resultan ser elementos que permitan identificar la personalidad del autor del plano en cuestión. En efecto, las medidas de los dibujos que se aprecian en el plano solo indican las dimensiones de la Cucharita de TÉ y están referidas a la forma de una cuchara sin rasgos originales....*

*En consecuencia, los elementos antes mencionados no constituyen elementos de carácter creativo que doten de originalidad al plano cuyo registro se pretende, ni en forma independiente ni en su conjunto”<sup>9</sup>*

Por lo tanto, en virtud de todo lo antes dicho, se entiende que para que haya alguna protección por el derecho de autor no basta con la existencia de una mera manifestación

---

<sup>8</sup> Sedano, «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la Ley de propiedad intelectual». p. 270

<sup>9</sup> Resolución 2418 – 2009/TPI - INDECOPI

creativa exteriorizada, sino que solo serán protegidas aquellas manifestaciones creativas de las que se pueda predicar su originalidad.

Ahora bien, existen distintas corrientes que explican de una u otra forma el concepto de originalidad, a continuación se tratarán las diversas teorías.

## 1.2. La distinción entre originalidad objetiva y originalidad subjetiva

Mayoritariamente se tiende a distinguir 2 tipos de originalidad: Por un lado está la originalidad objetiva, la que alude a los elementos novedosos que presenta una forma de expresión determinada, y por otro lado está la originalidad subjetiva, que alude a que la forma de expresión refleje la personalidad de su autor.<sup>10 11</sup>

### 1.2.1. La originalidad objetiva

1.2.1.1. *Novedad Absoluta*: Considera que la tutela bajo los derechos de autor se otorga a las creaciones humanas que sean objetivamente nuevas, lo que quiere decir que requiere la aportación al patrimonio cultural de algo nuevo, que con anterioridad no existía<sup>12</sup>. Se asemeja a la regulación de las patentes de invención en materia de propiedad industrial.

Los partidarios de esta teoría se cuestionan sobre el grado de novedad que debe tener una obra, si esta debiese ser absolutamente nueva, o bien basta con que sea relativamente nueva, según el criterio que se tome podría aumentar o disminuir considerablemente el número de obras que se encuentran protegidas por el

---

<sup>10</sup> López, «El concepto de originalidad en el derecho de autor». Op cit.

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 22 de noviembre de 2010

<sup>12</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, «Artículo 10.1.a)-h)», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2007*, ISBN 978-84-309-4640-2, págs. 151-185 (Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, 2007), 151-85, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5915824>. p161

derecho de autor; las obras con pocos elementos novedosos gozarían así de menor protección que las que contengan un mayor número de ellos.

El problema de esta teoría en su vertiente de novedad objetiva radica en que supondría aceptar el concepto de originalidad como un sinónimo de la novedad en materia de patentes, cuando realmente los objetos defendidos por ambos criterios de protección son diferentes<sup>13</sup>

- 1.2.1.2. *Novedad Relativa*: Parte de la doctrina considera que la originalidad propiamente tal se identifica con su individualidad en el sentido que se trate de una creación que tenga características propias que la hagan distinguirse de otras de un mismo género, descartando de ese modo la posibilidad de existencia de copias. En este sentido, Erdozain López señala *“Debiese apostarse por un concepto básico de originalidad integrado por criterios o factores de reconocibilidad o diferenciación propios. (...) La originalidad de la creación permanece en el carácter distintivo, singular, específico de la obra por la especificidad que aporta al mundo de las formas expresivas. La singularidad en la expresión (en la creación) es lo que debe inclinar la balanza del lado del autor y no del mero ejecutor de una actividad genérica (...) La singularidad creativa lo que el observador debe advertir para decidir sobre el carácter original de una obra se prueba con dos tipos de argumentos, cuando menos: por un lado, el relativo a la necesaria atribución de una autoría al creador (cfr. artículo 14 LPI); por otro, el procedente del análisis de la obra derivada. Lo protegible es igualmente un grado mínimo de singularidad, de especificidad en las creaciones respectivas. Y esa singularidad no es otra cosa que la arbitrariedad artística elegida por el autor a través de una forma determinada”*<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Real Márquez, M. 2001. El requisito de la originalidad en los derechos de autor. [en línea] University of Alicante Intellectual Property & Information Technology.

<sup>14</sup> López, «El concepto de originalidad en el derecho de autor». Op cit.

1.2.1.3. *Novedad Subjetiva*<sup>15</sup>: La determinación de si una obra es original o no dependerá de una cuestión de hecho: supone que una obra sería original en la medida que no haya sido copiada y sea fruto de su propia inventiva, sin perjuicio de que existan otras obras similares, siempre y cuando el autor no haya querido copiar la obra ajena ya sea de forma consciente o inconsciente.

El problema de esta vertiente es que propicia la confusión y la incertidumbre, puesto que en cada caso tendría que probarse que no se copió la obra ajena a pesar de que una obra anterior y otra posterior sean idénticas. Esto llevaría a que el conflicto se llevara a si el autor de la obra posterior conoció o no la obra anterior antes de proponerse la realización de su obra, lo que aleja el debate de la originalidad visto desde la obra misma y lo centra en algo externo a ella<sup>16</sup>.

## 1.2.2. La originalidad subjetiva

Esta teoría se basa en la protección de la obra siempre y cuando ella refleje la personalidad de su autor, sin que eso signifique que necesariamente el autor deba ser identificable a través de sus obras para que estas sean protegidas.

La originalidad no se entiende como sinónimo de novedad, sino de esfuerzo intelectual por el medio del cual el autor concibe el mundo exterior y lo concreta y plasma en una obra imprimiéndoles su sello o impronta personal<sup>17</sup>. Este requerimiento de que exista alguna medida de esfuerzo intelectual impediría la posibilidad de que actos meramente mecánicos como una transcripción o una ejecución de instrucciones pudieran convertirse en una obra intelectual, puesto que no es posible que en este tipo de actos se refleje la personalidad del autor, ya que perfectamente podrían ser realizados por una máquina.

---

<sup>15</sup> La vertiente de la novedad subjetiva dentro del concepto doctrinario de la originalidad objetiva es distinta a la vertiente de la originalidad subjetiva, que se tratará a continuación

<sup>16</sup> Eva Valero Martín, *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant monografías 135 (Valencia [Spain]: Tirant lo Blanch, 2000), p142

<sup>17</sup> Wilson Rafael Ríos Ruiz, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009). p.27



Esta teoría ha sido criticada por diversas razones, Maraví señala que “*la búsqueda de la personalidad o individualidad del autor en la creación es un acto sumamente subjetivo que puede causar dos resultados*”<sup>18</sup>

Como señala Maraví, por un lado podría considerarse que si las obras son producto de una actividad o esfuerzo creativo humano, entonces toda obra es capaz de reflejar la personalidad y singularidad del autor, en consecuencia todas las obras serían originales, convirtiendo el requisito de originalidad en irrelevante<sup>19</sup>

El otro resultado posible sería restringir la cantidad de manifestaciones creativas que pueden ser protegidas si se elige considerar que la obra debe reflejar sin lugar a dudas la personalidad del autor, y entonces solo las personalidades más fuertes o renombradas se imprimirían en las creaciones artísticas<sup>20</sup>

Además de estas críticas, quienes defienden la teoría de la originalidad objetiva señalan que una concepción subjetiva de la originalidad otorgaría protección a las creaciones dobles, ya que el solo requisito de que la obra refleje la personalidad del autor no requiere a su vez que se haga algún aporte al patrimonio cultural existente<sup>21</sup>

### 1.2.3. Teoría Ecléctica o Intermedia

Dadas las consecuencias de las teorías que optan por la novedad y las que optan por la personalidad debido, como se advirtió anteriormente, a su excesiva restricción o amplitud, nace una teoría intermedia, la que propone que las obras deben reflejar la personalidad del autor y además no ser una copia de una obra anterior.

---

<sup>18</sup> Alfredo Maraví Contreras, *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, 2010). p. 21.

<sup>19</sup> Idem. p.21.

<sup>20</sup> Idem. p.21.

<sup>21</sup> Montserrat Real Márquez, «El requisito de la originalidad en los derechos de autor», accedido 3 de octubre de 2020, [http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974\\_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf](http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf). p.3.

Esta teoría, como señala Monserrat Real, afirma que los criterios objetivo y subjetivo son complementarios, ambos criterios confluyen dentro de la misma obra *“por un lado los criterios objetivos y subjetivos son complementarios, es decir, la impronta personal no está reñida con la actividad creativa, ambos aspectos confluyen en una misma obra. Ahora bien, en supuestos ambiguos uno debe ser prioritario de otro, es decir, atendiendo al espíritu de la protección otorgada por los derechos de autor, la originalidad subjetiva deberá primar frente a la originalidad objetiva. Y ello es así, porque en todo caso la originalidad subjetiva siempre permitirá dar cabida a nuevas obras dentro de la propiedad intelectual”*<sup>22</sup>

### **1.3. Parámetros de originalidad**

La delimitación de lo que resulta o no original no siempre es sencilla, pues dada la diversa naturaleza de las distintas obras del ingenio es que resulta complicado analizarlas todas bajo el mismo prisma y tomando las mismas consideraciones, es por eso que tanto jurisprudencial como doctrinalmente se han estudiado distintas maneras de dilucidar la existencia o inexistencia de originalidad en casos específicos, basándose en diversas consideraciones.

#### **1.3.1. Parámetro contextual**

Este parámetro contempla la posibilidad de dilucidar de distinta manera el requisito de originalidad de las diversas obras intelectuales en consideración de las características especiales del tipo de obra de la que se trate. De esta forma, como expresa Lipszyc *“La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras: en materia de obras científicas o*

---

<sup>22</sup> Montserrat Real Márquez. Op cit. p.9

*técnicas que en relación con las obras literarias de ficción; en composiciones de música popular que en otras obras sinfónicas; en obras originarias que en obras derivadas”*<sup>23</sup>

El Tribunal Supremo de Madrid apoya esta hipótesis señalando expresamente que la conceptualización de originalidad en el caso depende del tipo de obra en cuestión:

*“En este ámbito, por las **especiales características** de la obra arquitectónica y de los planos y proyectos que **sirven para desarrollar su concepción y permitir su ejecución**, prevalece una **conceptuación objetiva de la originalidad**, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, **dote a la obra arquitectónica de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes**”*<sup>24</sup>

En este fallo se estaría optando por un concepto de originalidad en función de las particularidades de un tipo de obra específico, pues se estipula que primará un concepto objetivo de originalidad (cuyo significado se verá más adelante) ya que se encuentran ante una obra arquitectónica, y dadas las particulares características de aquellas obras, es necesario que cuenten con un carácter novedoso.

De igual forma, en la Resolución 1370 del año 2011 del Tribunal de Propiedad Intelectual de INDECOPI<sup>25</sup> estipula *“La determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras.”*

---

<sup>23</sup> «Derecho de autor y derechos conexos Autor: Lipszyc, Delia», Praxis Juridica Libros, accedido 2 de octubre de 2020, <https://www.praxisjuridica.com.ar/cl/productos/derecho-de-autor-y-derechos-conexos-autor-lipszyc-delia/>. p. 66.

<sup>24</sup> Tribunal Supremo de Madrid, rol STS 1644 año 2017 (a propósito de la originalidad de las obras arquitectónicas)

<sup>25</sup> «Originalidad. Dibujo. Logotipo. Apreciación en concreto. Desestimación», *Cerlalc* (blog), accedido 29 de octubre de 2020, <https://cerlalc.org/jurisprudence/originalidad-dibujo-logotipo-apreciacion-en-concreto-desestimacion/>.

### 1.3.2. Parámetro gradual

Este parámetro indica que la originalidad es una característica apreciable gradualmente, de esta forma, como indica Otero Lastres “*ni todas las obras poseen, sin más, originalidad, ni todas las que son originales muestran el mismo grado*”<sup>26</sup>

Tomando en cuenta que la originalidad es gradual surge la interrogante de qué tanta originalidad es necesaria para otorgar protección. Emery señala que la obra se protegerá “*siempre que el trabajo implique un esfuerzo intelectual con un mínimo de expresión personal del autor, ya sea en su contenido, plan de desarrollo, presentación o en su recopilación*”<sup>27</sup>

### 1.3.3. Parámetro cuantitativo

Al igual que el parámetro gradual, este parámetro toma el concepto de la originalidad desde una perspectiva según la cual pueden existir obras más originales y obras menos originales que el resto, así, la medida de originalidad de la obra se da a partir de la cantidad de elementos distintivos de la obra en relación al resto de las obras intelectuales. En este sentido, la medida de la protección de la obra se daría en la medida o grado de originalidad<sup>28</sup>

Enrique Cavero explica este parámetro considerando la coexistencia dentro de una obra tanto de elementos originales como de elementos genéricos y comunes, los primeros son los que resultan de un aporte creativo del autor y los segundos son los elementos que ya pertenecen al patrimonio cultural común, y pone el siguiente ejemplo “*Si la obra tiene 80% de*

---

<sup>26</sup> José Manuel Otero Lastres, «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a : (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)*, 2008, ISBN 978-84-9749-318-5, págs. 73-102 (Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a : (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007), Servizo de Publicacións, 2008), 73-102, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2866677>. p.415

<sup>27</sup> «propiedad intelectual ley 723 comentada de emery miguel angel - Iberlibro», accedido 2 de octubre de 2020, <https://www.iberlibro.com/buscar-libro/titulo/propiedad-intelectual-ley-723-comentada/autor/emery-miguel-angel/>.

<sup>28</sup> Enrique Cavero Safra, «El concepto de originalidad en el derecho de autor peruano», *Forseti. Revista de derecho*, n.º 5 (2015): 113-27, <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i5.1145>. p 119.

*elementos genéricos, otros autores podrían crear obras que sean hasta 80% similares, pero el 20% que constituye el aporte creativo del autor le pertenece de forma exclusiva, por lo que otros autores no podrán reproducir la obra al 100%. Asimismo, ese 20% que constituye el aporte creativo, podrá ser, en determinadas circunstancias, protegible de forma separada, como obra independiente.”<sup>29</sup>*

Una manifestación de lo antes señalado se encuentra en el fallo *Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprises*<sup>30</sup>, un caso en donde la obra plagia copió 300 palabras de la obra plagiada, la que estaba compuesta por alrededor de 200.000 palabras, por lo que la copia se estima en un 0,1% de la cantidad de palabras de la obra total.

No obstante, la obra plagia tenía un número de 2.250 palabras, siendo el porcentaje de copia alrededor de un 13%. ¿Resultan las 300 palabras copiadas entonces una cantidad significativa? En este caso la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que no existía infracción, puesto que la cantidad copiada desde la óptica de la obra original era ínfima

Sin embargo, la opinión mayoritaria, desde la perspectiva de la obra plagiada, considera que la copia alcanza al menos un 13% de toda la obra (y que, además, tal extracto copiado es muy significativo cualitativamente en la obra)

#### 1.3.4. Ordenación de elementos preexistentes

Este parámetro dice relación con la posibilidad de proteger una obra que ha sido realizada únicamente con elementos genéricos o comunes pertenecientes al patrimonio cultural, siempre y cuando la ordenación de tales elementos sea distintiva. Con respecto a esto, Nordemann expresa “*el escritor no solo escribe en la lengua en la que fue educado, utiliza también guros e imágenes que otros ya han utilizado antes que él. Si no, los lectores no le entenderían. El compositor trabaja, al menos, generalmente, con los sistemas de notas, armonías u las frases usuales. Si no lo hace así, su música como máximo encontrará un pequeño círculo elitista de oyentes (de manera que) en cuanto a la*

---

<sup>29</sup> Idem. p. 120

<sup>30</sup> «*Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)», Justia Law, accedido 13 de marzo de 2020, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/>.

*forma exterior de la obra, su carácter creativo se encuentra casi siempre en combinaciones de elementos del dominio público que lleva a un nuevo conjunto (pues) otro autor elegiría otros elementos o los dispondría de otro modo en el conjunto”*<sup>31</sup>

Quizá en donde se evidencia con mayor claridad este parámetro es en el caso de las colecciones, cuya originalidad, como indica Antequera<sup>32</sup>, puede no encontrarse en la forma de expresión, sino en su composición, vale decir en la selección o disposición del material compilado

#### **1.4. Parámetros irrelevantes en cuanto al análisis de originalidad**

##### **1.4.1. El criterio estético**

La apreciación del valor artístico o estético que pueda tener una obra no es relevante en cuanto al análisis de la originalidad de la misma, como apunta Baylos “*lo mismo se protegen los versos ramplones que el poema genial*”<sup>33</sup>, puesto que dado el carácter personal y subjetivo que conlleva la apreciación estética o meritoria de las creaciones, los jueces podrían devenir en toda clase de arbitrariedades dependiendo de sus gustos como espectadores.

El hecho de rechazar el valor estético de la obra como criterio relevante para la protección de una obra evita que existan inconsistencias e incertezas en la resolución de casos. No sería posible concebir un sistema de protección que se base en algo tan subjetivo y variable como la apreciación personal de la belleza, de lo contrario se tendría un sistema de protección

---

<sup>31</sup> Wilhelm Nordemann, «Forma e Idea en el Derecho de Autor», *La protección de las ideas*, 1992. p. 67.

<sup>32</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos* (Santo Domingo, R.D.: Escuela Nacional de la Judicatura : Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, INDOTEL, 2001). p.99

<sup>33</sup> Hermenegildo Baylos Corroza y María Baylos Morales, *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (Madrid: Civitas, 2009).

impredecible debido a la posibilidad de no considerar que una obra está protegida solo por el hecho de no satisfacer su gusto artístico

*“Para el reconocimiento del derecho de autor, **poco importa que la obra revista de un valor literario o artístico** o que sea un éxito comercial o un fracaso total. Los jueces no son críticos del arte sino guardianes de la ley. Les incumbe pues, no apreciar si la obra se distingue desde un punto de vista estético o comercial, sino únicamente determinar si corresponde a la norma de originalidad.*

*No es fácil trazar una línea clara entre las creaciones que presentan justo bastante originalidad para ser admitidas a la protección del derecho de autor y las que simplemente carecen de originalidad.*

*A defecto de tales pruebas, se supone a menudo que una obra es original si presenta una **individualidad suficiente o si resulta del saber hacer**, del discernimiento o del trabajo del autor, pero.... Los jueces no siempre pueden evitar totalmente que se tomen en cuenta aspectos cualitativos o estéticos de una obra cuando tienen que determinar si la creación satisface el criterio de originalidad”<sup>34</sup>*

El criterio estético sería una alternativa inestable al momento de usarse para determinar la existencia de protección de una obra, con las nuevas formas artísticas contemporáneas queda evidenciado que lo que para unos es estético, bello y artístico, para otros no lo es, por esta razón resulta perjudicial para la certeza jurídica que los jueces se basen en un criterio estético al analizar obras intelectuales.

#### 1.4.2. La destinación de la obra

Asimismo, la propiedad intelectual es independiente el propósito de creación de la obra, no importa si la obra está hecha con fines pedagógicos, culturales, comerciales ni tampoco importa si la obra es o no divulgada. Todo se protege en la misma medida

---

<sup>34</sup> Van Gompel, Stef y Lavik, Erelend. *Calidad, Mérito, Estpética y Destino: Examen de la exclusión por el derecho de autor de la Unión Europea de criterios distintos de la originalidad*, Revue Internationale du droit d’ auteur, Abril 2013:

De esta forma se pronuncia igualmente la Guía del Convenio de Berna, la que aclara que *“resulta indiferente la forma de expresión, sea cual sea el procedimiento empleado para realizar la obra (...) otro tanto ocurre con el destino de esta última, que puede haber sido pronunciada con fines puramente utilitarios o comerciales, sin que ello constituya condición determinante de la protección”*<sup>35</sup>

#### 1.4.3. Su forma de expresión

De igual manera, tampoco importa si la obra está expresada por escrito o fijada en una cinta sonora, escrita en una partitura o pintada en un lienzo. Esto se desprende en el texto expreso de nuestra ley de propiedad intelectual en su artículo 1, que expresa que *“la presente ley protege los derechos que por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores.... cualquiera que sea su forma de expresión”*.

### 1.5. La apreciación judicial de la originalidad

#### 1.5.1. La originalidad se presume

Dado que, como se ha dicho, la originalidad resulta de un análisis de hecho realizado judicialmente<sup>36</sup>, no obstante, de acuerdo con el tenor del artículo 1 de la Ley 17.336, toda obra adquiere protección desde su creación, por tal razón la prueba de la falta de originalidad incumbe a la parte que la alega en juicio<sup>37</sup>, por lo tanto deberá probarse conforme a las similitudes que guarde la obra que se alega su falta de originalidad con respecto a una obra original anterior la que se alega estar usurpando.

---

<sup>35</sup> OMPI, Guía del Convenio de Berna. Op cit, p13.

<sup>36</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de derecho de autor y derechos afines* (Madrid: Reus, 2008). p 51-55

<sup>37</sup> Astudillo Gomez, Francisco, «El Plagio Intelectual», *Revista Propiedad Intelectual* V (diciembre de 2006): 242-70.



De esto resulta que la originalidad se presume, y sea trabajo de quien la niegue probar la falta de originalidad<sup>38</sup>, sin embargo autores como Antequera<sup>39</sup> sostienen que la ausencia de originalidad puede surgir, en algunos casos, de un hecho notorio, como en el caso en que se repitan proyectos arquitectónicos ya existentes, o se realice una melodía que consista simplemente en la sucesión de notas de afinación de una guitarra, o bien en el caso de la cucharita de té antes mencionado.

### 1.5.2. Cuestión de hecho

Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada están de acuerdo en afirmar que la apreciación de la originalidad de una obra es una cuestión de hecho que se aprecia judicialmente, en este sentido se ha pronunciado la primera sala de la Corte de Casación de Francia

*“La originalidad o falta de originalidad son apreciadas con soberanía por los jueces del fondo; con control del tribunal Supremo se limita a verificar que los hechos que están en base de esta apreciación no han sido desnaturalizados”<sup>40</sup>*

Lógicamente, dado la diversidad y complejidad de las obras intelectuales es que difícilmente podría ser de otra manera, tal como señala la INDECOPI “la originalidad no se puede apreciar de la misma manera en todas las obras”<sup>41</sup>.

En ese orden de ideas, es entendible que distintas obras compartan elementos comunes, las que pueden evidenciar ciertas influencias ajenas que subyacen en la psiquis de los creadores de obras intelectuales al momento de proponerse la creación de una obra. Tales elementos

---

<sup>38</sup> Centro de Documentación judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Sentencia 292/2006. Recurso 515/2005

<sup>39</sup> Antequera Parilli, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. p58

<sup>40</sup> Texto del Fallo en *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)* No. 182. París. p186

<sup>41</sup> INDECOPI “*Compendio de Jurisprudencia. Sala de propiedad Intelectual*” (1996-1999). Tomo V. Lima, 2000, p 1036-1047

comunes que comparten distintas obras intelectuales podrían eventualmente tratarse de una forma de apropiación ilícita de una forma de expresión original de una obra ajena, lo que significaría que la obra en cuestión carece de originalidad, o bien, tales elementos comunes pudiesen tratarse de elementos parasitarios sin relevancia al momento de juzgar la originalidad de la obra, cabe entonces cuestionarse de qué forma debe ser realizada esta apreciación judicial, y poder identificar y discriminar los elementos esenciales que justifican la originalidad de una obra de los elementos parasitarios. Este tema será retomado con una mayor profundidad en los próximos capítulos.

### 1.5.3. El umbral de originalidad.

En la legislación y jurisprudencia estadounidense existe una visión binaria de la originalidad, la que es evidente en los fallos de tipo “umbral”, donde es necesario que la obra en cuestión supere cierto parámetro definido de originalidad para traspasar la barrera de exigencia que impone el copyright para otorgarle protección en relación a la cantidad de elementos que resultan novedosos de una obra en cuestión.

Existen varios fallos en donde se ha buscado establecer un “umbral de originalidad”<sup>42</sup>, en donde las obras que superen tal umbral serían dignas de protección, despreciando a todas aquellas creaciones que no puedan superarlo, estableciéndose así un catálogo no exhaustivo, sino que ejemplificador, de creaciones que no serían consideradas como originales y por lo tanto no gozarían de protección. En este sentido se ha pronunciado el fallo del caso William Darden vs Marybeth Peters:

*“La obra en cuestión debió haber sido **independientemente creada por el autor**, y esta debe poseer al menos **algún grado mínimo de creatividad**. El **nivel de umbral** requerido de creatividad*

---

<sup>42</sup> - Suprema Corte de Justicia de Canadá, Robertson vs Thompson Corp. Del 12 de Octubre del 2016

*para ser protegible es **bajo**, cuestión que hace que la vasta mayoría de obras cumplan este nivel fácilmente, como cuando ellas adquieren **algún grado o chispa de creatividad.**"<sup>43</sup>*

## 1.6. Conclusiones

Ya esbozadas diversas consideraciones y teorías que se han estudiado con respecto al concepto de originalidad en los apartados anteriores, ahora cabe analizarlas críticamente para tomar partido por un concepto propio de originalidad

Por un lado, las teorías explicativas de la originalidad tanto objetivas, subjetivas o mixtas tienen la función de mostrar en qué aspectos fijarse al momento de realizar un análisis de la originalidad de una obra, así, como se dijo, la teoría objetiva se fijaría en los aspectos distintivos de la obra, mientras que la teoría subjetiva se fijaría por su parte en la cualidad personal del proceso creativo que llevó al autor a crear su obra.

Esto también resulta interesante a partir del análisis de los diversos parámetros antes tratados para el análisis de la originalidad, pues pareciera ser que una interpretación más ligada a la teoría objetiva tendería a brindarle más importancia al parámetro cuantitativo, pues este parámetro es el que justamente se fija en la suma y cantidad de elementos distintivos de una obra en relación al resto del mismo género, cuestión que se condice de mejor forma desde un análisis objetivo de la obra intelectual, ya que justamente este tipo de teoría se centra o en el carácter novedoso de la obra intelectual, como es el caso de la teoría de la novedad absoluta, o bien en la individualidad de la obra y su distinción con las otras del mismo género como es el caso de la teoría de la novedad relativa antes enunciado.

---

<sup>43</sup> - United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, William Darden vs Marybeth Peters, del 24 de Mayo de 2007 :

Por otro lado, si uno intenta imaginarse qué configuraría uno de estos “elementos distintivos” de manera concreta en una obra intelectual es que la teoría objetiva perdería su fuerza, pues ¿En qué elementos se puede uno basar para determinar qué una obra es distinta al resto de las obras? ¿Podría ser una frase musical compuesta por una combinación de notas que nunca antes se haya hecho? ¿O unas pinceladas con colores que nunca antes se han usado? ¿O una historia que jamás haya sido contada?

Lo concreto es que el derecho de autor no es el instrumento indicado para otorgar protección a este tipo de innovaciones ni de distinciones, puesto que el presupuesto de protección de la obra es la originalidad, no la novedad ni la distintividad, a pesar de que algo original puede ser, a la vez, algo novedoso y distintivo.

No obstante aquello no significa que lo que haga novedoso y distintivo a una obra sea en efecto protegido por el derecho de autor. Maraví Contreras<sup>44</sup> ilustra este punto con el ejemplo de la empresa Papa John’s, quienes tuvieron una idea publicitaria innovadora que consistía en *“colocar en la mirilla de las puertas una imagen en un cartón doblado, de manera que, cuando alguien observara a través de la puerta, apreciaría la imagen de un repartidor de Papa John’s ofreciéndole una pizza con el número del servicio destacado en la caja del producto”*,

Esto no implicaría que todo el resto de las empresas estarían privadas de usar ese mismo tipo de idea para crear su propia publicidad, pues el derecho de autor no protege la idea sino la forma en la que tal idea se expresa. Maraví Contreras menciona que, en efecto, la Revista Otto de Alemania utilizó también la idea de adherir un cartón a las mirillas de las puertas para promocionar los nuevos catálogos de sus revistas.

Pareciera ser que la originalidad más bien reside no en los elementos distintivos, sino que en la combinación de diversos elementos comunes ya antes utilizados, pero que son re ordenados repetidas veces según la propia inventiva de cada uno de los autores, y así cada obra se distingue de la otra no por sus elementos, sino por la inventiva de sus autores quienes fusionan y crean nuevas formas de expresión a partir de lo que ya existía desde antes. Por

---

<sup>44</sup> Maraví Contreras, *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor*. p26

estas razones podría resultar más acorde adoptar una interpretación más cercana a la teoría subjetiva que a la objetiva en principio.

No obstante lo anterior, resulta necesario tomar en consideración que el derecho de autor protege un sinnúmero de formas de obras intelectuales tales como obras musicales, literarias, teatrales, plásticas, esculturales, audiovisuales, pictóricas y un largo etcétera, donde cada una de estas formas de expresión representan verdaderos mundos con toda una gama de diversidad artística, estilística, histórica y técnica.

Toda esta cantidad y diversidad de formas de expresión necesitan de una regulación que sea capaz de adaptarse a toda esta variedad de mundos distintos, por lo que pareciera ser que el parámetro contextual antes mencionado es el que cumple con la función de brindarle al concepto de originalidad la flexibilidad suficiente para adaptarse a todo tipo de obra.

Es por esta misma razón, a pesar de que una concepción subjetiva de la originalidad pareciera ser más convincente para la generalidad de los casos por las razones ya mencionadas, resulta a veces necesario optar por una concepción objetiva, en pos de una mejor adaptación del derecho de autor al caso en específico. Es por esta misma razón que Maraví Contreras<sup>45</sup> opta por la teoría intermedia, ya que este criterio permite inclinarse por la originalidad objetiva cuando la obra sí lo permita. Contreras estima que por ejemplo, en las obras de arte aplicado se aplicaría un criterio objetivo como el de la novedad relativa, pues aquellas obras resultan similares a los diseños industriales, los que utilizan un criterio de novedad.

---

<sup>45</sup> Idem p30

## Capítulo II

### 2. El plagio como infracción a los derechos de autor

#### 2.1. Ideas sobre la copia y la imitación

##### 2.1.1. Definición de copia

El concepto de “copia” es definido por la RAE como “acción de copiar”, definiendo “copiar” en los siguientes términos:

- 1. tr. Escribir en una parte lo que está escrito en otra.*
- 2. tr. Trasladar a un escrito lo que alguien dice de viva voz.*
- 3. tr. Reproducir textos, imágenes, sonidos u objetos.*
- 4. tr. Imitar la naturaleza en las obras de pintura y escultura.*
- 5. tr. Imitar servilmente a un autor, a un artista, una obra o su estilo.*
- 6. tr. Imitar o remedar a alguien.*
- 7. tr. En un ejercicio de examen escrito, ayudarse consultando subrepticamente el ejercicio de otro examinando, libros o apuntes.*
- 8. tr. poét. Hacer descripción o pintura de algo.*

De todas estas acepciones que entrega la RAE, en lo que respecta a la presente investigación la que se acerca más la definición de plagio se trata de la quinta definición, pues es la que hace referencia a las obras, lo que es el objeto de protección del derecho

de autor. No obstante, no toda copia es un plagio, para que exista plagio deben cumplirse con una serie de condiciones que se irán desarrollando a lo largo del presente capítulo. Pero antes de profundizar en los aspectos jurídicos del plagio resulta necesario realizar una distinción respecto a los tipos de copia existentes.

### 2.1.2. Copia imitativa y didáctica

Sin entrar todavía a los aspectos jurídicos de la copia, es importante tener en consideración en esta primera etapa la aparente neutralidad del término. Tal como resalta de la definición, “copiar” significa en tres de sus acepciones “imitar”, y la imitación resulta ser parte importante de nuestro aprendizaje, inclusive existiendo una rama de la psicología que estudia el aprendizaje mediante la observación e imitación del entorno<sup>46</sup>.

En tal sentido, la imitación como método de aprendizaje se ha aplicado de igual forma a las obras intelectuales desde la época greco-romana, pues como expresan Timal y Sánchez:

*“En la época greco-romana, se hablaba de la imitación de obras y de la emulación de modelos clásicos. Se entendía por “imitar” el acto de copiar, pues el aprendiz sólo podía adquirir conocimiento copiando las ideas, ejemplos y enseñanzas de sus maestros. Un aprendiz, al plasmar en un texto la idea de su maestro, estaba generando y transmitiendo conocimiento, de modo que el hecho de “imitar” a su profesor no podía ser una mala práctica. Por “emular” se entendía también el acto de imitar; pero se usaba en las obras teatrales y representaciones artísticas, no en textos. De modo que en esa época imitar y emular a los autores originales eran buenas prácticas”<sup>47</sup>*

### 2.1.3. Copia fraudulenta

Por otro lado, existe un tipo de copia reprochable y dañina hacia los derechos de autor, asemejable al término “plagio”, el que es definido por la RAE en los siguientes términos

---

<sup>46</sup> En relación Albert Bandura, *Teoría del aprendizaje social* (Madrid: Espasa-Calpe, 1987).

<sup>47</sup> Sandra Timal López y Francisco Sánchez Espinoza, «El plagio en el contexto del derecho de autor», *Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 42 (septiembre de 2017): 48-66.

*” Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”*

En la misma línea, en el glosario de la OMPI, se añade que puede consistir, además, en “*hacer accesible al público una obra que es una adaptación del contenido de obras de otros en nuevas formas de expresión artística o literaria, y transmitirla como si fuera una obra original propia*”<sup>48</sup>

El derecho chileno en la ley 17.336 inserta el concepto de copia como uno de los derechos patrimoniales que detenta el titular, el que consta en el acto de realizar cualquier tipo de reproducción de la obra por cualquier medio.

Por un lado, el plagio se configura como un acto de reproducción realizado por un plagiario quien actúa sin consentimiento del titular. Ya que se trata de un acto de copia fraudulenta de una obra ajena es que supone una vulneración al derecho de reproducción de tal obra. Por otro lado, el plagio se configura también como una atribución ilegítima de la autoría sobre una creación ajena<sup>49</sup>, pues el plagiario se apropia de los elementos originales de la obra, haciéndolos pasar como si tales elementos fuesen propios<sup>50</sup>.

Existen diversos tipos de plagio, puede ser tanto total como parcial, dependiendo de su extensión, y también puede ser burdo o elaborado, dependiendo de su calidad.

Considerando que en particular el concepto de plagio elaborado o inteligente se enfoca en aquellos casos en los que el plagiario viste su creación de ropajes o ardidés para hacerla pasar como una obra original, se dificulta la identificación de conductas plagiarias tomando en consideración la similitud de elementos que pueden guardar distintas obras entre sí. Por

---

<sup>48</sup> Esta concepción toma en consideración aspectos como la publicación de la obra, la transformación de la misma en nuevas formas de expresión y la falta de reconocimiento de la real autoría. Pareciera ser que en este renglón la OMPI trata de insertar en la definición a casos como el plagio que sucede al transformar una obra dramática a una obra literaria o cinematográfica, realizando una obra derivada sin consultar al autor de la obra original.

<sup>49</sup> Pedro Virgilio Balbuena, «El Plagio como Ilícito Penal», *Ventana Legal Revista*, s. f., Balbuena, P. V. (2003). El plagio como ilícito penal.

<sup>50</sup> Juan Carlos Monroy Rodríguez, *Derecho de autor y derechos conexos: legislación, doctrina y jurisprudencia concordada y comentada*, Segunda edición (Bogotá: RRA Formación, 2015).



ejemplo las novelas que nacen a partir de la misma idea o inspiración, o canciones que tienen la misma secuencia de acordes, o que cuentan con la misma instrumentación, todos estos elementos comunes antes mencionados no son protegidos por el derecho de autor, por lo tanto su copia no conlleva la existencia de una conducta plagaria.

El trabajo del juez, como se irá viendo, consiste en discernir si los elementos comunes entre las obras son objeto de protección por el derecho de autor, y así, para determinar la existencia de plagio, la copia de elementos debe recaer “en lo sustancial”, no obstante, como se irá desarrollando, la exigencia de sustancialidad dentro del plagio es un requisito que no siempre es fácil de apreciar.

#### 2.1.4. Coincidencias creativas

Aunque el plagio se trate de una conducta no siempre fácil de apreciar, hay que tomar en consideración también la existencia de coincidencias fortuitas que pueden darse entre 2 obras de distintos autores, en donde existen similitudes importantes, pero siguiendo procesos creativos independientes uno del otro, lo que puede explicarse por factores como los efectos de la moda, la pertenencia de los autores a una misma generación, o bien, porque han consultado las mismas fuentes<sup>51</sup>. Esta situación complejiza la penalización judicial del plagio, ya que resulta ser una buena excusa para el plagiador señalar que las similitudes entre su obra y la obra ajena se deben a una “reminiscencia inconsciente”.

Resulta de suma importancia para el derecho de autor la regulación y penalización de esta conducta, tal como señala Arenas, el plagio se trata de la figura delictual más característica respecto de la propiedad intelectual y en especial el llamado derecho de autor<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Nettel Díaz y Ana Laura, «Derecho de Autor y Plagio», *Alegatos*, n.º 83 (2013): 135-52.

<sup>52</sup> sergioarenasabogado, «El Delito de Plagio en el Derecho Chileno», *Sergio Arenas Benavides - Abogado de Familia en Linares* (blog), 26 de septiembre de 2017, <https://sergioarenasabogado.wordpress.com/2017/09/26/el-delito-de-plagio-en-el-derecho-chileno/>.

## 2.2. Origen de la expresión “plagio”

El plagio se identifica por la comunidad con una clara e indudable connotación negativa, el plagiario se ve como un usurpador o ladrón de la creatividad ajena quien busca obtener un mérito que no le corresponde realizando un daño a quien realmente corresponde el mérito de la creación de tal obra.

Siguiendo en esta línea a López y Espinoza en su investigación titulada “El Plagio en el Contexto del Derecho de Autor”, la expresión plagio tiene su origen en el derecho romano, donde no guardaba relación alguna con una infracción a la forma de expresión protegida por el actual derecho de autor, sino que se utilizaba para tipificar a quienes realizaban raptos de niños, luego de ello se usó para los raptos de hombres libres para posteriormente hacerlos pasar por esclavos<sup>53</sup>.

Hubo diversos artistas que usaron la expresión para referirse ya no al rapto de personas sino al rapto de sus ideas contenidas en sus textos, el primero de ellos fue el poeta Marco Valerio Marcial, quien usó el término “plagiario” para referirse a Fidentino de copiarle sus Epigramas.<sup>54</sup>

*El librito que lees en público, Fidentino, es mío: pero cuando lo lees mal, empieza a ser tuyo.* (Libro 1, 38).

*Corre el rumor, Fidentino, de que recitas en público mis versos, como si fueras tú su autor. Si quieres que pasen por míos, te los mando gratis. Si quieres que los tengan por tuyos, cómpralos, para que dejen de pertenecerme.* (Epigrama XXX: A Fidentino el Plagiario).

---

<sup>53</sup> López y Espinoza, «El plagio en el contexto del derecho de autor».

<sup>54</sup> López y Espinoza.

La etimología de la palabra plagio viene del griego “plagium” cuyo significado se asemeja al dolo.<sup>55</sup> El plagio desde siempre ha identificado una actividad que es rechazada por la comunidad en general, el plagiarlo se ve como un usurpador o ladrón de la creatividad ajena quien busca obtener un mérito que no le corresponde realizando un daño a quien realmente corresponde el mérito de la creación de tal obra. En el siglo xix se decía que el plagio es *“La máscara bajo la cual oculta su deformidad un ser repugnante y rastrero para poder figurar entre las gentes sin que estas hagan ascos a su fealdad y a sus miserias, o que el plagio constituye una falta literaria que entraña mayor inmoralidad, la más repugnante y la que debe considerarse como patente de incapacidad y símbolo de vergüenzas”*<sup>56</sup>

### 2.3. Definiciones de plagio

Las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales de lo que significa la palabra “plagio” son variadas, hay quienes solo consideran que el plagio se basa en un apoderamiento de la obra ajena, Gaviria Lodoño sostiene que *“el plagio no es más que el apoderamiento de la obra de otro autor o el dar por propia la creación ajena”* (Gaviria Lodoño 2003) en esta línea, Gonzales Gomez entiende el plagio como *“la apropiación indebida de la creación de otro”*<sup>57</sup>.

Otros autores como Concepción Carmona Salgado, añaden a la definición de plagio la característica de tratarse de un *“fraude doloso”*<sup>58</sup>. El Doctor Juan Carlos Monroy Rodríguez añade además un nexo de causalidad, definiéndolo como el *conocimiento del plagiarlo de la obra plagiada*<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Arturo Alessandri Besa, Rodrigo Velasco Santelices, y Marcos Morales Andrade, eds., *Estudios de derecho y propiedad intelectual: colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa* (Santiago de Chile: Alessandri & Compañía : Editorial Jurídica de Chile, 2009).

<sup>56</sup> López y Espinoza, «El plagio en el contexto del derecho de autor».

<sup>57</sup> Alejandro González Gómez, *El Tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: de la reforma de 1987 al código penal de 1995* (Madrid: Tecnos, 1998).

<sup>58</sup> Concha Carmona Salgado, *La nueva ley de propiedad intelectual: especial consideración al delito introducido en el Código penal tras la reforma de 1987* (Madrid: Montecorvo, 1988).

<sup>59</sup> Monroy Rodríguez, *Derecho de autor y derechos conexos*.

## 2.4. Requisitos para la concurrencia de la conducta plagiaría

La conducta plagiaría es una conducta compleja por varias razones, por un lado requiere la concurrencia de a lo menos 6 requisitos distintos para su concurrencia. Entre aquellos requisitos se encuentran:

### 2.4.1. La existencia de una obra original preexistente

Como presupuesto inicial es necesaria la concurrencia de una obra anterior que cuente con elementos originales y que goce de protección por el derecho de autor. La obra se trata del bien jurídico protegido por la propiedad intelectual, idea que tiene un claro correlato en la legislación chilena.

Nuestra constitución establece en su artículo 19 numeral 25 que

*“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...)*

*25° La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.”*

Asimismo, la ley 17.336 sobre la propiedad intelectual chilena establece en su artículo 1 que

*Artículo 1°- La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.*

*El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.*

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley transcrita.

El plagio es una conducta ilícita dirigida hacia el elemento que es protegido en el derecho de autor, la obra, y en ese sentido, todo lo ajeno a la protección de la obra es apropiable, como lo pueden ser las ideas o los elementos provenientes del estilo o todo recurso que no incluya los elementos originales de la obra

#### 2.4.2. Acceso del sujeto activo a la obra ajena preexistente.

Este requisito es un presupuesto de la concurrencia de la conducta plagiaría, de no existir acceso no existiría el nexo causal que ligue al sujeto activo con el ilícito, pues no basta la simple similitud objetiva entre la obra preexistente y la obra plagiaría para determinar la existencia de plagio, ya que podrían también existir coincidencias creativas fortuitas entre 2 obras de distintos autores. Por aquello resulta necesario acreditar que el sujeto activo conoció o tuvo oportunidad de conocer la obra.<sup>60</sup>

#### 2.4.3. Reproducción no autorizada de la obra ajena y preexistente

El plagio supone un desconocimiento a los derechos patrimoniales del titular, en cuanto el plagiarío realiza una utilización de la obra ajena en desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 17.336.

En tanto el plagiarío infringe los derechos patrimoniales desconociendo la propiedad y exclusividad sobre ellos que tiene el titular, resulta responsable de su conducta por mera aplicación de las disposiciones generales de la ley 17.336. La fuente directa de la responsabilidad tanto civil como penal se encuentra en el artículo 19, que dispone: “*Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del*

---

<sup>60</sup> Ernesto Rengifo García, *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, 1. ed (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996).

*titular del derecho de autor. La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes.”*

Dentro de los derechos patrimoniales la reproducción se contempla en la letra B del artículo 18 antes mencionado. Por reproducción o copia se entiende “toda incorporación literal o simulada de todos o de algunos de los elementos originales de expresión que sean propios de una obra preexistente ajena – que puede ser inédita o publicada y de cualquier tipo- en una obra posterior que es atribuible al agente”<sup>61</sup> .

Esta definición, al referirse a la incorporación de elementos originales propios de una obra preexistente, podría estar haciendo referencia tanto a una concepción objetiva como subjetiva de la originalidad, pues, por un lado podría referirse a la incorporación de una forma particular de expresión, distinta e individual respecto a otras obras, o también puede referirse a la incorporación de la forma de expresión en la medida que denote o refleje una contribución creativa producto de un esfuerzo intelectual del autor <sup>62</sup>

Por otro lado, para configurar la conducta plagaria se requiere además que el acto de reproducción no se encuentre autorizado, ni por el titular de los derechos ni por la ley, pues, lógicamente, de existir autorización el acto de reproducción no se trataría de un acto punible.

La obra objeto del plagio además debe ser ajena y preexistente, lo que quiere decir que debe haber sido creada con anterioridad a la ejecución de la conducta plagaria y debe además haber sido creada por una persona distinta al sujeto activo o plagario.

#### 2.4.4. Apropiación de los elementos originales contenidos en la obra ajena, desconociendo la paternidad de aquella.

---

<sup>61</sup> María Alejandra Echavarría Arcila, «¿Qué es el plagio?. Propuesta conceptual del plagio punible», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 121 (2014): 699-720.

<sup>62</sup> Rengifo García, *Propiedad intelectual*.

**La auto atribución** alude al *apoderamiento o usurpación de la autoría de los elementos originales contenidos en la obra ajena, mediante la indicación de un autor diferente al verdadero, la mención incidental o genérica del legítimo creador o la omisión de su identificación con usurpación de la paternidad*.<sup>63</sup>

Esto implica un desconocimiento del derecho moral de paternidad que tiene el autor sobre su obra, reconocido por la ley 17.336 en su artículo 1 inciso segundo “El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”

Según Antequera, existirían tres modalidades distintas en las que podría configurarse esta conducta<sup>64</sup>:

- a) Indicación de un autor diferente: existe una suplantación directa de autoría, pues el sujeto activo manifiesta expresamente que la obra objeto del plagio es de su autoría, ya sea todo o parte de ella
- b) Mención incidental o genérica del verdadero creador: El sujeto activo se auto atribuye la autoría de la obra ya que no realiza una vinculación clara y concluyente entre el legítimo autor y su obra, lo que ocurre, por ejemplo, en las obras literarias de género académico, en donde se reproducen fragmentos de obras ajenas sin realizar una cita, pero incorporando el nombre del autor en la bibliografía, de forma que no hay claridad sobre la autoría de los fragmentos de la obra literaria).
- c) Omisión de paternidad con usurpación de autoría: el sujeto activo no menciona de manera expresa al autor del fragmento, dando a entender al público que la obra usurpada (o parte de ella) es de su propia autoría (Siguiendo con en ejemplo anterior de las obras literarias de género académico, aquí ni siquiera se mencionaría el nombre del autor dentro de la bibliografía)

---

<sup>63</sup> Ricardo Antequera Parilli, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, 2012, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=609733>.

<sup>64</sup> Idem

Pareciera ser que la utilidad de esta distinción que realiza Antequera reside en la distinción de la forma de imputación subjetiva penal. Al parecer la primera hipótesis se identifica de mejor forma con el dolo directo, pues en el caso del sujeto que activo manifiesta expresa y falsamente su autoría sobre la creación ajena, él tiene conocimiento del disvalor de su conducta y sus consecuencias y las asume, lo que indicaría que el sujeto activo realiza la conducta plagaria con un dolo directo.<sup>65</sup>

Tanto en la segunda como en la tercera hipótesis podría existir dolo eventual o culpa, pues dependerá si el sujeto activo en cuestión se representó la posibilidad de estar o no usurpando los derechos morales de otro autor y aprobó aquellas consecuencias negativas, o bien si el resultado se produjo producto de una conducta imprudente o negligente en la que el sujeto activo tuvo la voluntad de realizar un fin lícito (como crear una obra propia, sin darse cuenta de estarse apropiando de una obra ajena) pero violó un deber de cuidado<sup>66</sup>.

#### 2.4.5. Utilización de la obra plagada por cualquier acto de explotación

Esta utilización consiste en cualquier uso o acto de explotación de la obra, por cualquier medio o soporte y a través de cualquier procedimiento conocido o por conocer.

No existe relevancia en cuanto a la finalidad o las intenciones perseguidas por el plagario.

Se concreta en actos contenidos en los derechos patrimoniales concedidos al titular de los derechos, o bien en la inscripción en el registro oficial del país de los elementos originales copiados y apropiados. Tal utilización para que resulte relevante y lesiva para el titular de los derechos debe ser pública, lo que implica hacer accesible la obra a una pluralidad de

---

<sup>65</sup> Manrique Pérez y María Laura, «Acción, conocimiento y dolo eventual», *Isonomía*, n.º 31 (octubre de 2009): 177-201.

<sup>66</sup> Pérez, C, «El dolo eventual y la culpa consiente en los accidentes automovilísticos» 13 (s. f.): 213-32, <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.10>.



personas, pudiendo inclusive el acceso ser potencial y no efectivo. La explotación de la obra puede concretarse en actos tales como la publicación, divulgación, enajenación o inscripción de la obra en un registro oficial. Este supuesto de utilización es independiente del fin perseguido por el sujeto activo.

Rengifo estima que la utilización debe ser de carácter público, por fuera de la órbita privada, pues resulta necesario que la obra se haga accesible, ya sea de manera potencial o efectiva<sup>67</sup>.

#### 2.4.6. Dolo

El tipo subjetivo del delito de plagio requiere dolo para su configuración, no se exige un determinado tipo de dolo, así que podría darse inclusive con dolo eventual<sup>68</sup>.

No obstante, podría darse el supuesto en que concurran todos los otros requisitos de la conducta plagaria pero que no exista dolo, lo que podría pasar por ejemplo en los casos donde haya una reminiscencia inconsciente<sup>69</sup> de una obra ajena que haya influenciado la creación de una obra propia. En estos casos existiría una apropiación de los elementos originales de una obra ajena, pero sin la conciencia del hechor sobre la ilicitud de su acto.

Naturalmente, la excusa de la reminiscencia inconsciente es frecuentemente usada por algunos autores para eludir las acusaciones de plagio<sup>70</sup>, sobre esta problemática, Rosselot Jaramillo, en una publicación citada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones<sup>71</sup> de Santiago, estima que existe una presunción de intencionalidad (dolo) en la apropiación, presentación y utilización de material intelectual ajeno “*la apropiación, presentación y utilización de material intelectual ajeno, sin el debido reconocimiento de su fuente original. Constituye, por lo tanto, un acto fraudulento, en el cual existe presunción de intencionalidad, en el sentido de hacer aparecer un*

---

<sup>67</sup> Rengifo García, *Propiedad intelectual*.

<sup>68</sup> Gonzalo del Río Labarthe y Astocondor Valverde, «El Plagio: Delito contra el Derecho de Autor» 9 (2013): 329-36.

<sup>69</sup> Díaz y Laura, «Derecho de Autor y Plagio».

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Nahum con Pérez (s. f.).

*determinado conocimiento, labor o trabajo, como producto propio; y de desconocer la participación de otros en su generación, aplicación o en su perfeccionamiento*”<sup>72</sup>.

En esta definición se estipula que existe presunción de intencionalidad, en cuanto se estima que alguien que accede y copia la obra de otra persona lo hace con el ánimo de cometer un plagio, desconociendo la autoría de quien corresponde.

Un buen ejemplo de reminiscencia inconsciente que de todas formas terminó siendo condenado por plagio es el caso del músico George Harrison, ex integrante de la banda británica “The Beatles”. El músico fue acusado de plagio por su canción “My Sweet Lord”, puesto que aparentemente tendría similitudes sustanciales con la canción “He’s so fine”, de la banda “The Chiffons”<sup>73</sup>

En este caso la corte estimó que ambas canciones son sustancialmente similares, y que son básicamente la misma música con diferente letra<sup>74</sup>. La corte además habría advertido la gran probabilidad de que Harrison no haya tenido conciencia para cometer esta infracción al derecho de autor, pero como la canción “He is so fine” había sido un éxito en el pasado, es probable que Harrison la haya escuchado y copiado inconscientemente al momento de crear “My Sweet Lord”, a pesar de esto de todas formas Harrison fue condenado a pagar 500.000 dólares<sup>75</sup>.

## **2.5. Los tipos de plagios**

---

<sup>72</sup> Eduardo Rosselot Jaramillo et al., «En referencia al plagio intelectual. Documento de la Comisión de Ética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile», *Revista médica de Chile* 136, n.º 5 (mayo de 2008): 653-58, <https://doi.org/10.4067/S0034-98872008000500016>.

<sup>73</sup> Bright Tunes Music v. Harrisongs Music (Corte del Distrito de Nueva York 31 de agosto de 1976).

<sup>74</sup> Germán Flores, Sebastian Salazar, y Mayra Durán, «El concepto de plagio en la industria musical», s. f., 69-73.

<sup>75</sup> Idem. p 88.

Los plagios se pueden clasificar, por un lado, a través del parámetro de su extensión, y por otro lado a través de su calidad.

#### 2.5.1. Plagios burdos y elaborados

En cuanto a la distinción a partir de su calidad existen plagios burdos y plagios elaborados<sup>76</sup>, también llamados plagio servil y plagio inteligente:

Un plagio burdo se trata del tipo de plagio que resulta de tomar la obra ajena y auto atribuírsela sin que exista un maquillaje, es tomar la obra ajena íntegramente aludiendo a que uno es el creador realizando una apropiación textual que puede ser total o parcial, sin introducir modificaciones en relación con la creación original<sup>77</sup>, por estas características es que es fácilmente detectable.

El plagio elaborado en cambio se trata de una copia no evidente de una obra original, en donde se cambian o modifican ciertos elementos añadiendo variaciones, o más bien se añaden elementos sustanciales de una obra original ajena con el objeto de que la obra plagiada parezca original, aunque no lo sea. Por esta razón se trata de un plagio difícil de identificar en la práctica, ya no resulta ser evidente a los ojos de cualquier persona.

#### 2.5.2. Plagios totales y parciales

En cuanto a la distinción en virtud de su extensión existen plagios totales, que se entienden como una copia fiel e íntegra del contenido completo de una obra original ajena, por otro lado un plagio parcial se identifica con una copia de una o más partes de la obra original sin que llegue a ser una obra completa.

---

<sup>76</sup> Astudillo Gomez, Francisco, «El Plagio Intelectual».

<sup>77</sup> Diana Carolina Báez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica», *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 19 (25 de junio de 2015): 113, <https://doi.org/10.18601/16571959.n19.06>.

En palabras de Antequera Parilli, plagio total es el “*calcado íntegro de la obra primigenia por la usurpadora*” y el parcial se confina a una parte de la obra que contenga “*aspectos sustanciales o esenciales del ingenio*”, en una medida apreciable.<sup>78</sup>

## 2.6. Carácter pluriofensivo del plagio

Como se mencionó antes, la conducta plagaria se trata de una conducta compleja, esta complejidad se evidencia tanto desde el punto de vista del número de requisitos para su concurrencia como por la complejidad del daño causado en su ofensa a la víctima<sup>79</sup>.

El plagio por definición conlleva un desconocimiento y vulneración tanto de derechos morales del autor como de derechos patrimoniales del titular, los que, dependiendo de variados factores podrían variar la naturaleza del daño producido<sup>80</sup>. Es por esto que el plagio se trata de una conducta compleja y pluriofensiva, puesto que vulnera más de un derecho, y dependiendo del tipo de plagio que se trate, como haya sido su utilización y a qué tipo de obra se está dañando, pueden verse afectados distintos derechos, razón por la que resulta necesario un tratamiento ordenado, pertinente y sistemático para entender el modo en que la vulneración de derechos opera en la práctica.

Primero, dependiendo de cuál sea la obra de origen de la copia plagiada pueden darse distintos escenarios, en este sentido es importante distinguir entre obras del dominio público y obras de dominio privado. Esta distinción es importante ya que el plagio a las obras de dominio privado conlleva algo más que la sola lesión a los derechos morales del autor de la obra, sino que también ataca a los derechos patrimoniales, los cuales pueden ser de varios tipos, dependiendo de la utilización de la obra.

Por otro lado, como ya se vio, el plagio puede tener distintas calidades y extensiones, y también dirigirse a todo tipo de obras. Si se toma el punto de vista de su extensión el plagio,

---

<sup>78</sup> Parilli, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*.

<sup>79</sup> Arcila, «¿Qué es el plagio?»

<sup>80</sup> Arcila. p712.

este puede ser total o parcial, esto es, puede existir una reproducción del total de la obra plagiada o bien de solo una parte de ella. Entonces, dependiendo de la calidad del plagio pueden existir tanto plagios burdos como plagios elaborados, como se dijo, los primeros son una reproducción textual de la obra plagiaria sin arreglo alguno, los segundos se tratan de una reproducción camuflada o maquillada de la obra original, la que desprovista de sus ropajes salta a la luz su falta de originalidad.

Cada una de estas distintas modalidades en las que puede darse la conducta plagiaria configuran una distinta ofensa, lo que quiere decir que la naturaleza de la ofensa recibida por la víctima del plagio dependerá de la modalidad en la que concurra el mismo y del tipo de obra que se vea afectada. Así, no será lo mismo el daño que se produzca por un plagio burdo o servil que por un plagio elaborado, o el plagio de una obra perteneciente al dominio público que el plagio de una obra que aún no es del dominio público.

No obstante, desde el punto de vista del derecho moral de paternidad que podría definirse como “condición que adquiere el autor de ser el realizador de la obra y a que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la utilización o explotación de la obra”<sup>81</sup>. podría sostenerse que resulta indiferente de qué tipo de plagio se trate y a qué tipo de obra se dirija, pues este derecho siempre se verá afectado debido a la naturaleza que subyace a la conducta plagiaria, puesto que no podría concebirse un plagio sin que exista por ello una usurpación de paternidad de la obra original. Como se revisó en la configuración de la conducta plagiaria, es menester para ello que exista una apropiación de la propiedad intelectual ajena. Este daño a la paternidad estará presente en el plagio de todo tipo de obras, sean o no del dominio público, debido a la perpetuidad e irrenunciabilidad de los derechos morales.

Por otro lado, el derecho patrimonial de reproducción se define como “El derecho que tiene el titular a impedir que terceros hagan copias de su obra sin su autorización, es el derecho

---

<sup>81</sup> Idania Licea Jiménez, Yusneli Collazo Martínez, y Aimée Céspedes Vidal, «Algunas consideraciones en torno al derecho de autor», *ACIMED* 10, n.º 5 (octubre de 2002): 5-6.

fundamental amparado en la legislación de derecho de autor”<sup>82</sup> . Ahora bien, al igual que en la usurpación de paternidad, podría también señalarse que en todo tipo de plagio subyace una reproducción de la obra plagiada, pues como ya se dijo, es menester realizar una copia de la obra original ya sea total o parcial para configurar la conducta plagaria, no obstante esto no necesariamente debería suponer una vulneración al derecho patrimonial de reproducción del titular de los derechos de la obra, pues esta vulneración no existiría en el caso de los plagios de obras pertenecientes al dominio público, ya que en esos casos ya no habrían derechos patrimoniales sobre la obra.

Ahora bien, el derecho de inédito del autor podría eventualmente verse vulnerado por el plagio en el caso en que éste se dirija a una obra inédita, pues este derecho le reconoce al autor la potestad de decidir si poner la obra a disposición del público o mantenerla reservada en su intimidad<sup>83</sup>, pues a través de la utilización de la obra plagaria el plagiario podría poner la obra original en conocimiento del público.

También eventualmente podría verse afectado el derecho moral de integridad, el cual “Facilita al autor que su obra no sea modificada o desnaturalizada, es decir, que la obra se honre como se concibió por su autor.”<sup>84</sup> particularmente en los casos de plagio elaborado, pues en estos casos los ardides o ropajes que el plagiario introduce dentro de la obra original para hacerla pasar por suya, implican una modificación o alteración de la obra original que supone un perjuicio para los intereses del autor.

Dentro del plagio elaborado se ve afectado también el derecho patrimonial de adaptación de la obra, ya que en este tipo de plagios, el plagiario toma elementos originales de una obra ajena para realizar modificaciones insustanciales a tales elementos con el objetivo de hacer parecer su obra como original, como por ejemplo cambiando palabras por sinónimos en

---

<sup>82</sup> Organización Mundial de Propiedad Intelectual, «Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos», 2016, <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4081>. p 11

<sup>83</sup> Licea Jiménez, Collazo Martínez, y Céspedes Vidal, «Algunas consideraciones en torno al derecho de autor».

<sup>84</sup> Idem

una obra literaria, entonces, dado esta hipótesis también podría verse afectado el derecho de integridad en casos donde exista un plagio elaborado<sup>85</sup>.

La siguiente tabla pertenece a una investigación de Arcilla titulada “¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual de plagio punible”, y en ella grafica de qué manera las diversas conductas que configuran la conducta plagiaría (para Arcilla serán la copia, apropiación y utilización), afectan diversos derechos, ya sean morales o patrimoniales, y cómo dependiendo del dominio de la obra y del tipo de plagio que se trate se pueden vulnerar distintos derechos pertenecientes al plano moral y patrimonial de los titulares y autores.

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

86

No obstante lo anterior, es posible que existan reproducciones parciales de una obra ajena plasmándola íntegramente en una obra propia, sin que se dañe el derecho de paternidad del autor de la obra reproducida, solo si se realiza conforme a las exigencias para que concurra la autorización legal consagrada en el derecho de cita, siempre que no exista abuso y se cite correctamente la fuente originaria<sup>87</sup>.

## 2.7. El plagio como delito civil

<sup>85</sup> Arcilla, «¿Qué es el plagio?»

<sup>86</sup> Idem

<sup>87</sup> Celín Arce Gómez, «Plagio y derechos de autor», *El Foro*, n.º 10 (2009): 59-67.

Como “regla casi unánime”<sup>88</sup> se considera que la naturaleza de la responsabilidad civil en los casos de plagio es extracontractual, tal como señala Antequera difícilmente podría existir alguna especie de convención entre el autor y el plagiarlo.

En cuanto a los requisitos para la concurrencia de responsabilidad extracontractual en el plagio se aplican las reglas generales contenidas en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, de las que se deduce que el estatuto de responsabilidad extracontractual que rige en nuestro ordenamiento jurídico exige como requisito para que se produzca el deber de reparación, que exista una acción u omisión imputable a otro, un daño y nexo causal entre uno y otro.

En tal sentido y tal como señala el profesor Enrique Barros en su libro Tratado de Responsabilidad Extracontractual, la culpa importa la infracción de un deber de cuidado, conocida como la infracción de un deber preexistente, deber de cuidado que viene dado en el caso del plagio, por la obtención de la autorización para la utilización de la obra original<sup>89</sup>.

Esta misma apreciación en cuanto a la infracción a un deber de cuidado por no haberse obtenido la autorización del titular de los derechos es compartida por Sentencia del 12 Juzgado Civil de Santiago, en la causa caratulada “*Empresa periodística Díaz y otro*”

*“Que, establecida la infracción denunciada y con ello acreditado como se encuentra en autos la acción ilícita en que ha incurrido la parte demandada, es posible ilustrar que la negligencia o falta de cuidado debido de la demandada en la publicación del ‘Mapa Minero de Chile’ se configura por el hecho de no haber obtenido la autorización de la propietaria de dicha obra” “... , abunda en lo mismo el hecho que la conducta ilícita en que ha incurrido la demandada, configurada por la publicación y promoción del Mapa Minero de Chile sin la autorización del dueño de la obra resulta previsiblemente dañina para éste, más aún considerando que su deber de diligencia o cuidado se encuentra determinado por la Ley 17.336, Ley de Propiedad*

---

<sup>88</sup> Alessandri Besa, Velasco Santelices, y Morales Andrade, *Estudios de derecho y propiedad intelectual*.

<sup>89</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1. ed (Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006).



*Intelectual, de modo que no pudo menos que prever que con su actuar negligente irrogaría perjuicios a la empresa NORPRESS LTDA..”*

En el sentido antes enunciado, la realización de cualquiera de estas conductas por sobre una obra protegida por el derecho de autor, hecha además sin el consentimiento de su titular, configura un acto que infringe un deber de cuidado que se encuentra establecido en la misma ley, que sirve como un requisito esencial para determinar la existencia de responsabilidad extracontractual

## **2.8. El plagio como ilícito penal**

Esta conducta, además de conllevar consecuencias civiles dentro del área de la responsabilidad extracontractual, conlleva también consecuencias penales, en conformidad con el artículo 79 letra A de la Ley 17.336

*Artículo 79. Comete falta o delito contra la propiedad intelectual:*

*a). El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.*

Siguiendo en esta línea a Andrés Grunewald, en su obra titulada “Delitos contra el Derecho de autor en Chile” Este artículo es un ejemplo de ley penal en blanco<sup>90</sup>, mediante una referencia al artículo 18 antes tratado, le añade consecuencias penales a cualquier utilización de la obra protegida que no se encuentre autorizada por el titular. Ahora bien, esta

---

<sup>90</sup> Andrés Grunewaldt, «Delitos contra los derechos de autor en Chile», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2, n.º 2 (2013), <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2013.30311>. p. 139

autorización puede ser tanto legal como convencional, según Etcheverry<sup>91</sup>, la expresión “sin estar expresamente facultado para ello” es una redundancia ante el requisito de antijuricidad de todo delito, ya que, si el sujeto estuviese facultado, entonces su conducta estaría justificada conforme al artículo 10 numeral 10 del Código Penal.

Grunewald plantea un problema respecto a la misma expresión antes transcrita, ya que asegura de que, de existir autorización no se estaría ante conducta ilícita que se encuentra justificada, sino que se estaría a una conducta atípica. Lo anterior cobra relevancia para la determinación del error, ya que, si se considera la autorización como parte del tipo, entonces existiría un error de tipo, no obstante, si se considera como parte de la antijuricidad de la conducta, se estimaría que existe error de prohibición, con todo lo que implique aquello, Grunewald se inclina por concluir que la falta de autorización corresponde a un elemento del tipo, ya que se encuentra señalado dentro de la misma tipificación que hace el artículo.

El sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona, ya que la expresión “el que” no requiere distinción alguna con respecto a un tipo de sujeto activo en específico. Se protege toda obra de dominio ajeno, sin distinción de si se encuentre inédita o publicada

En cuanto a la esfera de la responsabilidad penal por la vulneración al derecho moral de paternidad se encuentra el artículo 79 bis de la Ley 17.336

*Artículo 79 bis.- El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.*

Mediante este artículo se protege el derecho moral de paternidad de la obra, el cual es desconocido por el plagiario al auto- atribuirse la autoría de la obra. Siguiendo a Grunewaldt,

---

<sup>91</sup> Alfredo Etcheberry, «Aspectos penales en materia de derechos de autor: ilícitos penales en la legislación chilena», VII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, OMPI, 1992. Citado en “Delitos contra los derechos de autor en Chile” p. 139

con respecto a los verbos rectores, en esta figura penal aparentemente existirían 2 hipótesis distintas; una de ellas se refiere a la primera parte del artículo que penaliza la falsificación de obras protegidas por la ley 17.336, y la segunda hipótesis sería aquella que se refiere a la vulneración de los derechos morales de la obra, en este caso la paternidad y la integridad de la misma, consagrados en el artículo 14 del mismo cuerpo legal. En opinión de Etcheberry *“su eventual falsedad sólo viene a surgir cuando se pretende engañar a alguien en particular o al público en general respecto de la paternidad, el origen, la manera en que se compuso, el verdadero autor, el verdadero editor, etc. [...] Aplicando este criterio a la figura que estudiamos, llegamos a la conclusión de que la primera hipótesis, la de simple falsificación a secas, carece de significación penal independiente, si se la desvincula de la segunda hipótesis”*<sup>92</sup>

Para Grunewaldt la primera hipótesis es confusa y redundante. puesto que sanciona la misma conducta descrita en el artículo 79 letra a en relación con el artículo 18 letra b, o sea, la vulneración al derecho patrimonial de reproducción de una obra protegida. Con respecto a la segunda hipótesis Grunewaldt critica la mención de ostentar falsamente el nombre del editor, puesto que no tiene derechos morales

El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el artículo utiliza la expresión indeterminada “el que”, por lo que hay sujeto activo común.

Con respecto a la forma de imputación subjetiva, podría estimarse que la expresión “alterado maliciosamente” significaría la concurrencia de dolo directo<sup>93</sup>. Bajo este supuesto podría ser que se descartara la responsabilidad penal de aquellas hipótesis de apropiación de los elementos originales antes visto, en particular a las que se refieren a menciones incidentales o genéricas del verdadero autor u a la omisión de paternidad con usurpación.

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Así lo habría determinado la Excelentísima Corte Suprema en fallo Rol 234-00 (s. f.). *“según sostiene correctamente el recurso, obrar maliciosamente significa tanto como hacerlo con dolo directo (la expresión dolo específico no tiene, por el contrario, significado aprovechable alguno), lo cual en el caso de autos supone saber que se va a usar una marca cuya titularidad pertenece a otro, que la ha registrado con arreglo a la ley, y querer hacerlo”* citado en Grunewaldt. Op, cit p 144

## 2.9. Conclusiones

Para constatar la concurrencia de una conducta plagaria son necesarios varios requisitos; primero debe existir una obra ajena que sea original, lo que es lo mismo que decir una obra protegida por el derecho de autor, lo segundo es que el supuesto plagario haya accedido o podido acceder a la obra primigenia, en tercer lugar es necesario que el supuesto plagario realice una reproducción de la obra primigenia, cuarto que se apropie de los elementos originales de la misma a través de la realización de una obra plagaria, en quinto lugar es necesario que realice cualquier acto de explotación de la obra plagaria, y por último es necesaria la concurrencia de dolo.

En relación con el primer requisito, resulta necesario para los jueces que fallen casos de acusaciones de plagio el tener en consideración todo lo antes mencionado en el primer capítulo sobre la existencia del requisito de originalidad, pues solo a partir de este concepto se puede delimitar que es lo que puede ser objeto de plagio y que no, excluyendo todo aquello que no guarde relación con el derecho de autor, como por ejemplo la copia de ideas subyacentes o la copia de elementos pertenecientes a un determinado estilo.

Por otro lado, los plagios son clasificables en burdos e inteligentes o elaborados, siendo los segundos mucho más difíciles de detectar debido a las modificaciones que realiza el plagario para maquillar su creación fraudulenta, haciéndola pasar por original, por otro lado los plagios se clasifican también en parciales y totales, dependiendo si se copia el total o solo parte de la obra. Naturalmente, existe una dificultad del juez de poder identificar los casos en donde existan plagios elaborados o inteligentes en contraste con las situaciones en donde existen inspiraciones comunes que produzcan similitudes sustanciales entre obras que no sean producto de una conducta plagaria. Dentro del próximo capítulo se desarrollarán pautas o recomendaciones para poder sobrellevar este problema

El plagio es una conducta compleja desde el punto de vista del daño que es capaz de producir, pues dependiendo del tipo de obra que se vea afectada, del tipo de plagio que se realice y de la utilización que se haga de la obra plagaria es que pueden verse afectados

distintos derechos tanto patrimoniales como morales, por lo que se hace necesario hacer una revisión caso a caso. En todo caso, todo plagio conlleva necesariamente una vulneración al derecho de paternidad del autor de la obra primigenia.

## Capítulo III

### 3. Bases y propuestas para fallar casos de plagio inteligente o elaborado

#### **3.1. Introducción**

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, existen distintas calificaciones de conductas plagiarias, una de ellas es la que distingue entre plagios serviles por un lado y plagios elaborados o inteligentes por otro lado. Esta distinción plantea en la práctica una diferencia en la dificultad de detección de la conducta plagiaria al constatar las similitudes entre dos obras intelectuales.

Por un lado, la tarea de constatar la existencia de un plagio servil o literal resulta sumamente sencilla, puesto que la forma de expresión es calcada íntegramente de la obra plagiada a la obra plagiaria, aquí la conducta ilícita es evidente ante cualquier juzgador y por lo tanto no es necesario realizar un mayor análisis de los componentes similares de ambas obras.

Por otro lado, la tarea de constatar la existencia de plagio en los casos de plagio elaborado es mucho más ardua, esto es así debido justamente a la intención del plagiario de que así sea, pues la mayor dificultad de detección es la característica principal de este tipo de plagios debido a las trabas o maquinaciones que pone el plagiario para no ser descubierto.

Tras una demanda de plagio, el juez deberá analizar las similitudes de ambas creaciones, tanto la obra primigenia como la que se alega ser plagiaria, para así constatar si sus semejanzas son suficientes para configurar la existencia de plagio. Para realizar tal actividad el juez debe tomar en consideración solamente los parámetros que resultan relevantes para el derecho de autor, obviando todo lo que sea ajeno a tal área, por lo tanto, no puede basar su decisión en parámetros tales como la finalidad o destinación de las obras, su mérito

artístico y todo aquello que no tenga que ver con los elementos que configuran la originalidad dentro de la forma de expresión de la obra.

Dentro de todo este panorama es necesario cuestionarse sobre como tendrían que ser tales similitudes para configurar la existencia de plagio, particularmente de qué forma podría considerarse como suficientes las similitudes entre dos obras para sustentar la existencia de una conducta plagiaría,

A pesar de la existencia de similitudes, de igual forma hay que tener en cuenta la posibilidad de que existan obras que se asemejen no por la existencia de una infracción hacia los derechos de autor, sino que por coincidencias creativas, inspiraciones comunes o reminiscencias inconscientes. En este sentido podría ser difuso el poder delimitar en la práctica los casos que corresponden a plagios elaborados o bien simplemente existe una inspiración común, no habiendo infracción alguna.

Un ejemplo en donde se evidencian estas dificultades se dio a propósito de la popular canción “Blurred Lines” del artista Pharrell Williams y Robin Thicke, por la cual fue acusado de plagio debido a las aparentes similitudes sustanciales que tenía con la canción “Got to Give it Up” del cantante Marvin Gaye<sup>94</sup>. En este caso Williams admitió a la Corte que al momento de componer “Blurred Lines” se inspiró en la música de Marvin Gaye, además que solía escuchar su música en su juventud. Finalmente se falló a favor del demandante y ambos artistas fueron condenados a pagar la suma de 5,3 millones de dólares. También ocurrió algo parecido con la célebre canción de la banda Led Zeppelin “Stairway to Heaven”<sup>95</sup>., quienes también fueron acusados de plagio por supuestas similitudes con la canción “Taurus” de la banda “Spirit”.

Dado este panorama, resulta necesario que los jueces cuenten con las herramientas necesarias para poder distinguir por un lado en qué elementos fijarse al momento de apreciar obras en el contexto de una demanda de plagio, y por otro lado también es necesario que cuenten con la capacidad de poder distinguir la concurrencia de plagio con otras figuras en

---

<sup>94</sup> Williams v. Gaye (Ninth Circuit of The United States of Appeals marzo de 2015).

<sup>95</sup> Skidmore v. Led Zeppelin (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit septiembre de 2018).

donde existen similitudes entre obras pero de forma legítima como en el caso de inspiración común, reminiscencia inconsciente o coincidencia creativa.

En el presente capítulo se buscará desarrollará una sugerencia a la forma en que podría enfocarse el análisis de los casos de plagio elaborado, y para llegar al objetivo de establecer la existencia o inexistencia de plagio en casos concretos.

### **3.2. Principios generales para tener en consideración al momento de realizar un análisis de originalidad de una obra supuestamente plagiaria**

#### **3.2.1. La apreciación de las obras se hace conforme a las semejanzas y no a las diferencias entre ambas:**

Ello se debe a una razón lógica, justamente por la naturaleza de los plagios elaborados, ya que en estos el plagiario realiza una serie de maquillajes a la obra plagiada con el solo objetivo de hacerla pasar por propia. Tales maquillajes no configuran en ningún caso una obra nueva y por lo tanto al analizar las diferencias entre ambas obras no se está realizando un ejercicio que resulte un aporte a la comparación de los elementos originales posiblemente usurpados.

Si las obras se analizaran conforme a sus diferencias, entonces sería sumamente fácil para la parte demandada por plagio escudarse en los maquillajes que haya realizado para argumentar que crearon una obra completamente distinta.

Es una situación común que los demandados se defiendan bajo argumentos tales como “no es un plagio, ya que en mi obra tengo ‘x’, mientras que en la obra ajena no hay ‘x’ sino que hay ‘y’”<sup>96</sup>. Por estas razones, el utilizar un modelo que analice las diferencias en desmedro de las semejanzas resultaría sumamente desbalanceado a favor de quien es acusado de plagio.

---

<sup>96</sup> Báez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica». op cit.



Esta forma de análisis es compartida por la Corte Suprema de Chile, la que estableció en la sentencia del caso caratulado “Sfeir y Otros con Universidad de Concepción”<sup>97</sup>

3.2.2. Solo importarán las semejanzas que guarden relación con el objeto de protección de la propiedad intelectual, esto es, la forma de expresión original.

Todo fallo que se base en una acusación de plagio debe solo tomar en consideración aspectos que tengan que ver únicamente con los que resulten relevantes para el derecho de autor.

En este sentido, no importará que las obras plagiaria y plagiada tengan determinada finalidad, se dirijan a determinados públicos, tengan determinado género ni tampoco si una tiene un mayor mérito artístico que la otra.

El único parámetro para tomar en consideración debiese ser la forma de expresión original de ambas obras y en este sentido, toda copia que guarde relación con otro tipo de elementos insustanciales, parasitarios, pertenecientes al dominio público o no originales es permisible<sup>98</sup>.

El concepto de similitud sustancial que se tratará y desarrollará a continuación dentro del presente capítulo se trata de un término representativo de cuando se realiza una copia en una cantidad y calidad considerable de una obra protegida por el derecho de autor<sup>99</sup>. El decir que dos obras son sustancialmente similares es otra forma de decir que ambas son

---

<sup>97</sup> Miguel Angel Sfeir Younis y Otros con Universidad De Concepción, No. Rol: 2240-1997 (Corte Suprema 6 de septiembre de 1999).

<sup>98</sup> Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23, 33–34 (2003); Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 547 (1985) (citing 17 U.S.C. § 102) (“[Ningún autor puede apropiarse de hechos o ideas. . . . El copyright esta reservado para aquellas expresiones que exhiben la estampa del sello personal del autor” (traducción propia) Newton v. Diamond, 388 F.3d 1189, 1193 (9th Cir. 2003) (Inclusive si se llega a la convicción de que existió copia, no existe infracción al copyright a menos que esa copia sea sustancial (traducción propia))

<sup>99</sup> See Shyamkrishna Balganesh, *The Normativity of Copying in Copyright Law*, 62 DUKE L.J. 203, 205, 208 (2012) (caracterizar la similitud sustancial como “una evaluación subjetiva de las distintas partes de dos obras “y de su contribución relativa al total de la obra de un modo tanto cualitativo como cualitativo (traducción propia))

tan parecidas la una con la otra que una de ellas es un plagio de la otra<sup>100</sup>. Esta idea seguirá siendo desarrollada más adelante cuando se desarrolle el concepto de similitud sustancial.

3.2.3. Se debe establecer que el plagario debe haber accedido o haber podido acceder a la obra plagiada antes de crear la obra plagiaria

Si el plagario no pudo haber tenido acceso a la obra anterior, mal entonces pudo haber usurpado los elementos originales de tal obra para insertarlos en su propia creación, por lo que no existiría plagio en tal caso.

La situación en la que existen semejanzas entre dos obras con un proceso creativo independiente la una de la otra se llama coincidencia creativa, y se trata de una defensa común de quienes son acusados de plagio.

En casos que las coincidencias creativas recaigan en aspectos sustanciales y originales de una obra anterior existirá una mayor sospecha de la existencia de plagio contra el autor posterior, mientras más similares sean tales elementos, más sospechoso será el proceso creativo del autor posterior.

Por otro lado, si se llegase a probar que el autor posterior tuvo o pudo haber tenido acceso a la obra anterior, más difícil será para el autor posterior alegar la existencia de una coincidencia creativa.

La copia puede ser probada ya sea directamente (o sea, probando que el demandado tuvo acceso efectivo a la obra) o indirectamente. La prueba indirecta consiste en que se pruebe el acceso del demandante a la obra argumentando que pudo haber tenido acceso a ella, y

---

<sup>100</sup> Kevin J. Hickey, *Reframing Similarity Analysis in Copyright*, 93 Wash. U. L. Rev. 681 (2016). Disponible en: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol93/iss3/6](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol93/iss3/6)

dado las similitudes entre la obra original y la obra del demandante se convence al juez de la conclusión que el demandado copió la obra original<sup>101</sup>.

En caso de que no se considerara el acceso a la obra plagiada como componente importante a la hora de determinar la existencia de plagio se estarían limitando las facultades creativas de los autores y condenando casos en donde pueda existir una coincidencia creativa fortuita.

Lo anterior conllevaría a un escenario en el que cada autor, de forma previa a proponerse la creación de una obra, debiese revisar todo el estado del arte que haya sido desarrollado para el tipo de obra que desee crear, y fijarse a su vez en que su próxima creación no coincida con ningún elemento original de ninguna obra que haya sido creada hasta ese momento.

Lógicamente el escenario antes descrito no resulta para nada eficiente en relación con el desarrollo del proceso creativo de los autores, no solamente no resulta eficiente, sino que tomando en consideración la cantidad en el número de obras existentes, es iluso entregarles a los autores la carga de acceder a todas las obras y considerar toda aquella masa al momento de proponerse crear una propia<sup>102</sup>.

#### 3.2.4. Para que exista plagio, las semejanzas deben ser relevantes tanto cualitativa como cuantitativamente

No deben considerarse semejanzas accesorias al momento de indagar la existencia de un plagio al examinar 2 obras con elementos comunes. Tales elementos comunes deben ser elementos originales, y deben ser los suficientes en número y calidad para sustentar la existencia de plagio. En este sentido, tal como estima la Corte de Distrito Central de California “*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*”<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Ringgold v. Black Entm't Television, Inc., 126 F.3d 70, 74–75 (2d Cir. 1997)

<sup>102</sup> William M. Landes y Richard A. Posner, *The economic structure of intellectual property law* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2003).

<sup>103</sup> Barbara Chase-Riboud v. Dreamworks Inc y otro (Corte de Distrito del Distrito Central de California 1997).

Que exista copia es inevitable, inclusive se considera que la copia tiene un importante valor social y dentro de ciertos estilos la copia de determinados elementos no es mal vista, sino que estimulada<sup>104</sup>. Por ejemplo, dado la uniformidad de la estructura de las canciones del género blues, el músico blusero al momento de proponerse la creación de una canción copiará la armonía, instrumentación, ritmo y la expresión lírica de las otras canciones de blues, ya que tales elementos conforman parte de ese estilo musical<sup>105</sup>

### 3.2.5. Es necesario atender las características del tipo de obra que se alega haber infringido.

Ello guarda relación con los parámetros de originalidad ya tratados en el capítulo 1, pues es necesario recordar que la originalidad (que determina la protección de la obra) dependerá del tipo de obra en cuestión (parámetro contextual) y además dependerá de la extensión del margen de originalidad que pueda darse dentro de la obra (parámetro gradual). Pues es necesario tomar en consideración que existen materias generales de orden didáctico en los que se suelen abordar temas idénticos<sup>106</sup>, siendo el grado de libertad creativa del autor menor en este tipo de casos.

Un ejemplo de lo antes mencionado es lo que ocurre en las obras dedicadas a la topografía o geografía, pues en este tipo de obras el margen de originalidad posible es menor debido a la cantidad de elementos predeterminados que en ellas existen, y por ello sería mucho más sencillo que existan coincidencias creativas.

Otro ejemplo de lo antes mencionado podría darse en las obras musicales del género popular, ya que dadas las características del género suelen existir muchas coincidencias

---

<sup>104</sup> Se establece por la Corte Suprema de los Estados Unidos que “no obstante, no toda copia es una infracción de copyright” (traducción propia) *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service* (Supreme Court of the United States 27 de marzo de 1991).

<sup>105</sup> “Las canciones de tipo blues siguen una progresión armónica común de 12 compases, con instrumentos comunes como las guitarras, y tocan un Groove o ritmo común junto con una expresión lírica repetitiva dentro de una línea estática, repitiéndola y variándola, y repitiendo la variación inicial de nuevo” (traducción propia) Gabriel Godoy-Dalmau, «Substantial Similarity: Kohus Got it Right», *Mich. Bus. & Entrepreneurial L VI*, n.º Rev 231 (2017): 32.

<sup>106</sup> Miguel Ángel Iglesias Río, «El plagio en el marco de los delitos contra la Propiedad Intelectual», s. f., 32.

insustanciales entre distintas obras de este género. Esto se respalda según lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid que señala “*la pequeña similitud entre ambos pasajes melódicos obedece más bien a la utilización de giros muy utilizados en este tipo de música*” y que “*este supuesto está a la orden del día en la música ligera, y se pueden constatar muchos casos incluso en la música culta tonal*”<sup>107</sup>

3.2.6. Es necesario observar que exista una dependencia de la obra plagaria por sobre la obra plagiada;

Es esta dependencia de la obra plagaria la que la configura como tal, de tal forma, si se le quitan estos ardidés o ropajes al plagio salta a la vista su verdadera naturaleza, una usurpación a la creatividad ajena, cuyo producto es una creación carente de originalidad. Para que exista esta dependencia, como ya se dijo, la usurpación debe realizarse sobre elementos estructurales de la obra plagaria, de modo que sin tales elementos toda la estructura subyacente de la obra se desmorona.

Si la obra posterior comparte ciertas similitudes con la obra primigenia, pero no se llega al punto tal que la obra posterior, sin aquellas similitudes, carezca de originalidad, entonces bien podría estarse ante una obra original que fue inspirada en una obra ajena anterior, lo que no configura una vulneración (o al menos no de una forma clara y precisa) a los derechos del autor de la obra inspiradora.

3.2.7. La importancia de la prueba pericial

---

<sup>107</sup> Sentencia de la Sección 13<sup>o</sup> (30 de Junio de 2005) (s. f.). citado en Ricardo Antequera Parilli, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada* (Madrid: Reus, 2012)

El dictamen pericial se define como “*aquel que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimiento*”<sup>108</sup>

Especialmente en los casos en los que el plagio no resulte tan manifiesto será necesaria la asistencia técnica de especialistas sobre la materia en cuestión. Tal como se afirmaba con respecto al parámetro contextual de la originalidad, resulta necesario tener en consideración la gran variedad y complejidad de las diferentes disciplinas que desarrollan obras intelectuales y sus características propias.

Naturalmente la persona del juez por si misma difícilmente contará con todos los conocimientos técnicos para apreciar analíticamente los elementos originales de las diversas obras intelectuales pertenecientes a diversos tipos de manifestaciones artísticas, por lo que será razonable que haya asistencia de peritos<sup>109</sup>.

De esta manera, los informes de peritos dotarían al juez del conocimiento pertinente a la materia que le serviría como herramienta para poder valorar de mejor manera la prueba.

Baez<sup>110</sup> señala a modo de ejemplo un catálogo de obras que debido a su complejidad técnica podrían requerir asistencia pericial. Entre ellas se encuentran.

- Programas de ordenador o software
- Bases de datos
- Partituras musicales
- Obras arquitectónicas y diseños urbanísticos
- Obras audiovisuales

Este catálogo sería meramente ejemplificador, en términos generales Baez considera que el dictamen pericial en materia de derecho de autor resulta realmente pertinente cuando:”

---

<sup>108</sup> «Manual de Derecho Probatorio - Jairo Parra Quijano [ PDF ] « IlustraciónJurídica.com», accedido 24 de enero de 2021, <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/manual-de-derecho-probatorio-jairo-parra-quijano-pdf/>.

<sup>109</sup> Iglesias Rio, «El plagio en el marco de los delitos contra la Propiedad Intelectual».

<sup>110</sup> Báez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica». p 132

1. *La obra está expresada en un lenguaje complejo, como en aquellos casos mencionados anteriormente, y*
2. *Se está en presencia de un posible plagio inteligente o simulado, por cuanto en este evento la detección del mismo requiere de un examen más exhaustivo, ya que el plagiarlo busca disimular su actuar con cambios que aparentemente dotan a la obra presuntamente vulneradora de una originalidad que en realidad no tiene, o bien se apodera de algunos elementos sustanciales y originales de esa creación trasladándolos a la obra plagiaria, lo que hace que a simple vista no sea posible identificar la infracción”<sup>111</sup>*

Esto es de suma importancia, pues los jueces no son expertos en arte si no que guardianes de la ley, por lo que especialmente en los casos de plagio inteligente sobre obras complejas el juez requerirá consultar con un experto para valorar la prueba con conocimiento.

### **3.3. Revisión de Jurisprudencia Chilena**

Ya esbozadas estas ideas generales que configurarían, en principio, las directrices que deben seguir los jueces al momento de fallar casos de plagio, resulta necesario realizar una mirada a la jurisprudencia chilena, para así, a través de las ideas ya tratadas anteriormente, realizar un análisis en el modo en como los jueces sentencian casos de plagio en Chile, en particular que elementos consideran ellos como relevantes al momento de fallar, si existe algún tratamiento sistemático para determinar la existencia de conductas plagiarias.

Según palabras de Grunewaldt, no existiría jurisprudencia ni doctrina nacional que aborde de buena forma el problema sobre qué porcentaje de similitud es suficiente para estar frente a una infracción<sup>112</sup>. Sin perjuicio de esto, estima que la respuesta reside en el concepto de

---

<sup>111</sup> Idem

<sup>112</sup> Grunewaldt, «Delitos contra los derechos de autor en Chile». Op cit. p. 120

similitud sustancial proveniente de la doctrina norteamericana, el que puede resolverse mediante diversos test como el de abstracción o comparación<sup>113</sup> que se verán más adelante.

Resulta necesario entonces poner a prueba la hipótesis planteada por Grunewaldt, revisando diversos fallos nacionales a fin de evaluar la forma de resolución que plantean los jueces chilenos ante los desafíos que conllevan la resolución de casos de plagio. Para realizar aquella tarea, se deberá prestar especial atención a la valoración de la prueba y los hechos probados por el tribunal como la fundamentación del mismo.

### 3.3.1. Sfeir y Cardemil Con Universidad de Concepción y Serigráfica Chilena S.A.<sup>114</sup>

Este caso trata sobre un sistema computacional desarrollado por don Jorge Cardemil y Miguel Sfeir, quienes celebraron un contrato mediante su sociedad RACIMEC S.A. con Lotería de la Universidad de Concepción para que, por medio del sistema de computación, la Lotería iniciara un juego denominado Kino. Las partes cesaron su relación contractual luego de un año y medio, pero el juego Kino siguió funcionando, pues luego la Universidad de Concepción le encargó a su empresa filial denominada Serigráfica Chilena SA el desarrollo de un sistema computacional para continuar el juego Kino. Los señores Cardemil y Sfeir estiman que tal sistema es el mismo que ellos desarrollaron, por lo que deciden demandar a ambas empresas. Universidad de Concepción y Serigráfica por su parte estiman que no ha habido copia ni intención de imitar ningún programa computacional.

La sentencia de primera instancia determinó que el sistema computacional desarrollado por los demandantes era en efecto original pues así lo señalaron un funcionario de la Lotería de Concepción manifestó que “en su experiencia de muchos años de juego, no conocía antes

---

<sup>113</sup> Idem. p 121

<sup>114</sup> Sfeir y otros Con Universidad de Concepción, disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/510.pdf> (s. f).



de la presentación de los demandantes el juego KINO”, también señalaron lo mismo otros dos testigos, además de a ver sido corroborada por un informe pericial.

También determinó que existían similitudes sustanciales entre los sistemas computacionales desarrollados por los demandantes y demandados, pues así lo sustenta el informe pericial que indica “se desprende que diversos elementos de los programas computacionales creados por los demandantes son usados por aquellos que emplea la demandada”. El informe estima que existe similitud en los siguientes elementos:

- Organización de los sistemas en subsistemas es “aproximadamente la misma”
- Procedimientos administrativos
- Las “entradas y salidas” de los sistemas
- Definición del juego

Tras constatarse estas similitudes dentro de los sistemas, el tribunal determina que existe una utilización no autorizada de la obra de los demandantes. Las sentencias de primera y segunda instancia establecen que la demandada se apropió y comercializó el software de propiedad de la demandada sin que existiera autorización alguna de sus titulares. La demandada interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia, estimando, entre otras cosas, que el programa que aquellos explotaban era una obra distinta a la creada por la demandante.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Transcribo a continuación los considerandos vigesimoprimeros y vigesimosegundos, mediante los cuales la Corte Suprema reitera los argumentos del recurrente y resuelve la controversia, desestimando la pretensión de éste.

“El recurrente estima que la sentencia concurre en un error de derecho, en cuanto establecen que la utilización no autorizada de la creación intelectual o una copia de ella existe en la medida que lo usado sea la obra o una parte sustancial de la misma. Indica que, pese a tan claro mandato, la sentencia impugnada establece que ello se determina por las semejanzas entre la obra protegida y la utilizada y no por las diferencias entre ambas, lo cual se hace contra el dictamen del peritaje evacuado en autos, el cual informó que el programa inscrito por los actores y el actualmente utilizado por los demandados fueron hechos por personas distintas y sin acceso de un grupo con el otro.

Entonces, el error consistiría en decidir que, por existir algunas similitudes entre ambos programas, el patentado y el utilizado por la demandada, hay un uso indebido del primero por los demandados, en circunstancia que lo utilizado por ellos es una obra nueva y distinta. Manifiesta que este error de derecho es decisivo, por cuanto de determinar que los programas usados no son los mismos, se hubiere rechazado la demanda.

La corte estima respecto a esta alegación que deben diferenciarse como cosas distintas el proceso de razonamiento que se emplea para determinar si son lo mismo o sustancialmente lo mismo ambos programas, con la decisión final que al respecto se concluya.

En este sentido, los jueces de fondo, frente a las distintas alternativas de razonamiento, optaron por examinar las semejanzas entre los programas y no sus diferencias, y tal proceso es apto para el fin.

Los magistrados de la Corte Suprema estimaron que, ya que no se alegaron la existencia de vulneraciones a las normas reguladoras de la prueba, entonces los hechos son inamovibles, y uno de aquellos hechos indicaban que lo usado sin autorización es el sistema inscrito a favor de los demandantes.

### 3.3.2. Martínez Con Olmos<sup>116</sup>

La parte demandante solicita que se declare que la demandada plagió un proyecto para implementar una página web de su autoría, la que ayudaría a los alumnos en la preparación y orientación para rendir la prueba PSU, inscrito en el registro de PI como “Sistema de Postulación a Universidades”, el cual no pudo desarrollar en la práctica por falta de fondos. Acusa a la parte demandada de haber explotado y comercializado el mismo sistema que le habría sido plagiado bajo el nombre de “www.puntajenacional.cl”. Por otro lado, la parte demandada negó todos los hechos contenidos en la demanda, estipulando que no existiría vínculo alguno con la obra de la demandante. La parte demandante rindió prueba documental, testimonial, confesional y pericial para acreditar su pretensión.

La sentencia dio por acreditado que la demandante tiene inscrito el programa computacional y que efectivamente buscó financiamiento presentando el proyecto a la CORFO, pero su solicitud fue rechazada.

También dio por acreditado que “la demandada explota y comercializa el mismo sistema desarrollado por el demandante”, ya que consta en un seminario elaborado por el representante legal de la demandada, en donde propone la *“creación de una comunidad en internet, que tiene como fin ser una herramienta complementaria de preparación para la P.S.U. gratuita y de calidad*

---

Distinto sería que la decisión tomada sobre la base de la comparación y el análisis de las demás pruebas rendidas fuese contra lo informado por el perito. A juicio de la corte, esto último carece de relevancia, pues los hechos de la causa inamovibles fijados por los jueces de fondo, han sentado que lo usado sin autorización es el sistema inscrito a favor de los demandantes.”

<sup>116</sup> Martínez con Ingeniería de Sistema Open, No. C-22142-2016 (29 Juzgado Civil de Santiago 7 de julio de 2017).

*para todos los chilenos*”. El documento corresponde a un instrumento privado que no fue objetado por la contraria, por lo que hace plena prueba respecto de su contenido.<sup>117</sup>

Este considerando resulta curioso desde el punto de vista del objeto de protección del derecho de autor.

Por un lado, el fallo le otorga relevancia al hecho de si el proyecto se desarrolló en la práctica o no. Esto aparentemente contradice lo estipulado en el Capítulo 1 acerca de la originalidad, particularmente desde el punto de vista de qué parámetros resultan relevantes y cuales otros irrelevantes. En este sentido, se estipuló que las obras se protegen con independencia de su fin o destinación, y el proyecto inscrito por la demandante en sí mismo ya es una obra completa.

El considerando igualmente cae en una contradicción lógica, ya que estima que ambas obras se parecen, pero sus enfoques son distintos, sin embargo, establece en el párrafo siguiente que es imposible cotejar ambas obras para verificar la existencia de un plagio.

---

<sup>117</sup> El tribunal, a partir de la prueba documental, realiza la siguiente apreciación

“DUO DÉCIMO: Que, establecido lo anterior, del contexto del primer y segundo punto de prueba, no puede pasar inadvertido que si bien el demandado creó un proyecto, del cual inscribió su propiedad intelectual en el año 2003, para implementar en una plataforma web, no logró desarrollarlo en los hechos, por no contar con el financiamiento que buscó a lo menos en dos ocasiones.

Por otro lado, los demandados crearon un preuniversitario virtual, que nació producto de la idea de estos y que si bien se logra apreciar que ambos comparten el objetivo de ayudar a los alumnos en la preparación y orientación para la rendición de la prueba de selección universitaria y en algunos aspectos son similares, por el tipo de servicio ofrecido, no se logra acreditar el plagio reclamado por el actor, toda vez que su proyecto inscrito en el Registro de Propiedad solo corresponde a un proyecto de crear un sistema computacional con la finalidad de orientar a los alumnos en la postulación a las universidades del país, el cual, como ya se dijo, no desarrolló, y la plataforma web creada por los demandados entrega diversos servicios destinados a la preparación para rendir la prueba de selección, por lo que si bien se parecen, sus enfoques son distintos.”

A mayor abundamiento, el escrito de Sistema de Postulación a Universidades del País inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual contiene ideas generales y no detalladas de forma tal que se pueda comparar y poder indicar que efectivamente es igual en un porcentaje mayoritario a la plataforma virtual creada por los demandados, teniendo presente que ninguna de las partes rindió prueba necesaria para que esta magistratura tuviera acceso a [www.puntajenacional.cl](http://www.puntajenacional.cl). Por lo demás, como no se creó el sistema computacional propuesto por la demandante, es imposible cotejar para poder verificar la existencia de un plagio. En efecto, la única posibilidad sobre ése particular hubiera sido efectuar un peritaje al programa, para verificar si en sus códigos fuentes, existe algún indicio de similitud que supere el margen tolerado por el legislador, cosa que en la especie, no ocurrirá.”

No obstante, lo más curioso del caso tiene que ver con el hecho que se reconoce que ambas obras tienen aspectos similares, pero estima que no son suficientes para acreditar la existencia de un plagio, siendo el argumento para aquella afirmación que el proyecto nunca se desarrolló.

Aquí no se desarrolla en qué elementos ambas obras tienen aspectos similares, por lo que no es posible desglosar un análisis que estime por qué el tribunal no consideró esos aspectos similares como irrelevantes, insustanciales o insuficientes para dar por acreditado el plagio. Muy por el contrario, la sentencia toma en consideración el destino de la obra de la demandante para acreditar que no existe plagio, siendo que, como ya se mencionó, este elemento resulta irrelevante para efectos del derecho de autor.

En consideración a este punto, tribunal omite el pronunciamiento de los restantes puntos de prueba al estimar que no se ha acreditado infracción alguna. De todos modos, estima que el resto de la prueba rendida no altera lo resuelto anteriormente, por las siguientes razones:

No considera la prueba testimonial debido a que se trataban de testigos de oídas, siendo estos los únicos que se refieren al contenido del proyecto y su forma de expresión (lo que sí es objeto de protección por el derecho de autor) uno de aquellos testigos declara que leyó ambos proyectos y estima que tienen el mismo contenido, salvo diferencias puramente semánticas.

Tampoco considera el informe pericial informático realizado por un ingeniero especializado, no expone que es lo que tal informe contenía y solo dice que tal informe no dice relación con los puntos de controversia, sino con la validez de los documentos presentados, estima que excede el ámbito de la pericia, pues la valoración queda entregada al Juez.

Este fallo fue apelado por la demandante, pero la corte de apelaciones no alteró el fallo de primera instancia. Tampoco consideró el informe pericial porque no lo considera

concluyente para resolver el litigio, se admite la existencia de similitudes, atendiendo a que apuntan a un mismo fin, pero que ambos “no son iguales”.

A modo de crítica, el fallo de segunda instancia confunde y complejiza los requisitos para la concurrencia de plagio, ya que, como ya se ha dicho, no resulta necesario que las obras analizadas sean iguales, sino que guarden similitudes en aspectos sustanciales.

El fallo fue objeto de recurso de casación en la forma pero la Corte Suprema rechaza el recurso basándose en que los sentenciadores no incurrieron en conductas que transgredan las normas reguladoras de la prueba, las que se transgreden solo si se altera la carga probatoria, se desatienden pruebas que la ley admite o se aceptan las que rechazan y por último, cuando se desconoce el valor probatorio que la ley asigna de manera obligatoria a determinados medios de prueba. El problema se centra en la valoración de la prueba, pero la corte estima que aquel proceso es privativo de los sentenciadores y por lo tanto escapa al control del recurso de casación.

La corte suprema reduce el problema que los recurrentes visualizan en la sentencia a que no se sustrajeron de la prueba las conclusiones que eran de su interés dentro del proceso de apreciación de la prueba.

### 3.3.3. Bravo Ortega Con Cervecera CCU Chile<sup>118</sup>

Este caso trata acerca de una alegación de plagio respecto a una obra titulada “Evento de conmemoración del abrazo de Maipú ligado a la música de Chile y Argentina. El abrazo del Rock Chile-Argentina” registrada ante el Departamento de derechos intelectuales a nombre de don Claudio Bravo Ortega, con respecto al festival denominado “El abrazo de Cristal en

---

<sup>118</sup> Bravo Ortega con Cervecera CCU Chile, Rol C-28513-2010 (s. f).

vivo” auspiciado por la empresa comercial CCU Chile, a desarrollarse el día 11 de Diciembre del año 2010, alegando que ambas obras son idénticas, pues contemplan los mismos artistas, el mismo género y que persigue fines de lucro. La empresa comercial por su parte estima que lo que el demandante presenta como fundamento para estimar la existencia de plagio no es más que una idea que no cuenta con protección por el derecho de autor.

La sentencia de primera instancia valora las pruebas que son en su mayoría instrumentos privados, lo que estima que sirven de base para una presunción judicial. El fallo toma en consideración la prueba del acceso para constatar la existencia de responsabilidad civil extracontractual, en el caso el actor no pudo comprobarla y el tribunal desestimó la pretensión de la actora. Aunque no se haya estipulado el acceso, de todas formas el tribunal analiza si la conducta de la demandada infringe los derechos de la demandante.

La sentencia falla a favor a la demandada al determinar que la similitud entre ambas obras es una idea en común, y por lo tanto, un elemento que no es protegido por el derecho de autor.

Este fallo fue objeto de recurso de casación en donde la Corte Suprema estimó que los hechos establecidos por la sentencia impugnada son inamovibles, los jueces no vulneraron las leyes reguladoras de la prueba ya que no se alteró su carga, ni se admitió un medio probatorio que la ley no acepta o se rechaza uno que se autoriza, ni se desconoce el valor probatorio fijado en las leyes. El caso presenta un problema de apreciación y no de valoración y por lo tanto, no se puede atacar mediante el recurso de casación en el fondo.

#### 3.3.4. C/ Sergio Andrés Díaz Mora<sup>119</sup>

En este caso los querellantes Alex Rivera y Marcelo Guajardo acusan la existencia de plagio en conformidad con el delito descrito en el artículo 79 letra a) en relación con el

---

<sup>119</sup> C/ Sergio Andrés Díaz Mora, RIT 163-2018, disponible en <http://www.dygachile.cl/wp-content/uploads/2018/07/Sentencia-Causa-RIT-N-163-2018-TERCER-TOP-DE-SANTIAGO.pdf> (s. f.).

artículo 18 letra c) de la ley 17.336, sobre un guion de teleserie titulado “Que hay de nuevo viejo” desarrollado por ellos en un taller de guionistas principiantes impartido por el área dramática y de ficción de canal 13. La acción la deducen en contra de Sergio Andrés Díaz Mora, jefe de guionistas del área dramática de canal 13, quien inscribió a su nombre el guion de teleserie llamado “Veinteañero a los cuarenta”, obra objeto de la acusación, la que fue producida y emitida televisivamente por canal 13.

En cuanto a los hechos acreditados por el tribunal se acreditó que la obra “Que hay de nuevo viejo” de autoría de los querellantes gozaría de protección por la Ley 17.336, gozando sus autores y titulares de los derechos patrimoniales y morales que la ley otorga. El tribunal acreditó también la circunstancia de que el querellado tenía conocimiento previo de la obra de los querellantes, pues declaraciones de testigos habrían confirmado que la obra de los querellantes fue desarrollada y presentada en el contexto del taller de guionistas de canal 13 en el que el querellado participaba como docente y los querellantes como alumnos.

En cuanto a las similitudes entre ambas obras el tribunal determinó que el querellante copió la obra del querellado, pero que efectuó ciertos arreglos que no modifican lo esencial. A modo de argumento el tribunal señaló que *“respecto de las similitudes entre ambas obras, se aprecian en relación con lo central del argumento, según también se desprende de la prueba incorporada, testimonial y documental, tanto de la parte acusadora como de la defensa, a saber: un hombre que se despierta de un coma a una edad similar, que es padre pero lo ignora; cuyo propio padre ha fallecido y debe enfrentarse a la transformación de un país diferente en lo social, con mayor desarrollo tecnológico y que en lo político ha transitado desde una dictadura a la democracia, con una presidenta mujer, además de otras circunstancias afectivas y familiares”*

Respecto al asunto de las similitudes existieron alegaciones de la defensa que postulaban la inexistencia del delito por sustentarse en la coincidencia de ideas genéricas o arquetípicas que se usan en variadas tramas de películas libros o teleseries, las que no son protegidas por el derecho de autor. El tribunal sobre este punto precisa que lo protegido por la norma es la forma de expresión en las que tales ideas arquetípicas y generales se manifiestan,

añadiendo que “*se trata de dos obras inspiradas en la idea arquetípica del “viaje del héroe” o el recurso del “pez fuera del agua”, advierte que las obras en cuestión, mantienen similitudes relevantes en la concreción de esas ideas, circunstancias vitales y de contexto, que no pueden desconocerse, máxime considerando que ambas obras inscritas fueron creadas con la finalidad de ser desarrolladas como guiones de teleserie”*”.

También la defensa realiza una alegación referente a una presunta insuficiencia probatoria para fundar la acusación la que finalmente no prospera argumentando que “*existe libertad probatoria, por lo que cualquier medio puede ser adecuado para acreditar los hechos con tal que no se vulneren los principios lógicos y las máximas de la experiencia”*”

### 3.3.5. Conclusiones

El problema de la determinación de la existencia de una copia sustancial se basa en la valoración de la prueba que realiza el juez al respecto de los medios probatorios que le brinden las partes, el juez es quien debe determinar si las semejanzas observadas tienen o no la cualidad de ser sustanciales, para tal proceso idealmente el juez debiese tomar en cuenta exclusivamente elementos que sean objeto de protección por el derecho de autor, y si no lo hace, entonces la valoración de la prueba realizada y los hechos tenidos por probados por tal valoración serán erróneos e impertinentes para efectos del objeto de protección del derecho de autor.

A partir de lo constatado en los fallos de materia civil, pareciera ser que el sistema de valoración de la prueba chileno transforma el conflicto en algo meramente formal, ya que conforme a las normas reguladoras de la prueba del Código de Procedimiento Civil, los medios probatorios aportados tendrán el valor probatorio que le da la ley<sup>120</sup>, lo que transforma todo este complejo conflicto de similitudes sustanciales en algo meramente

---

<sup>120</sup> Ricardo Padilla Parot, «ESE DOLOR DE CABEZA LLAMADO PRUEBA LEGAL TASADA: LA ANTICIPADA APLICACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL, QUE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA SE ENCUENTRAN LLEVANDO A CABO», *Revista chilena de derecho privado*, n.º 26 (julio de 2016): 401-10, <https://doi.org/10.4067/S0718-80722016000100016>.



formal; no importará así la pertinencia de la prueba aportada, sino que importará cuál es el medio probatorio aportado y el valor que la misma ley le asigna.

No obstante, tal como se demuestra en el caso de Sergio Díaz, esta situación no se replica respecto a los casos de plagio en materia penal, puesto que en materia penal rige la sana crítica como sistema de valoración de la prueba conforme al artículo 297 del Código de Procedimiento Penal “*Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema civil, esta mayor libertad del juez dentro de la valoración de la prueba dentro del sistema penal permitiría la posibilidad de que tenga a lugar el debate de fondo sobre la similitud sustancial de obras intelectuales.

### **3.4. La similitud sustancial como concepto para delimitar la existencia o inexistencia de plagio**

Como ya se dijo, el concepto de similitud sustancial busca realizar una separación entre un tipo de copia legítima y otro ilegítimo, usando parámetros tanto cualitativos como cuantitativos para determinar cuándo determinada copia es contraria a la ley.

Esta delimitación no siempre es evidente, puesto que dentro del proceso creativo mismo la copia es inevitable; primero el autor experiencia las obras de otros autores, a continuación, el autor se manifiesta tal expresión ya sea consciente o inconscientemente, luego el autor transforma esa manifestación en un producto derivado, y para culminar, el autor se expresa a si mismo a través de ese producto derivado.<sup>121 122</sup>

---

<sup>121</sup> Sobre el ciclo creativo de la copia que culmina en una expresión original Reynaldo Sanchez, «Unfair? The Unique Status of Sound Recordings under U.S. Copyright Law and its Impact on the Progress of Sample-Based Music», *Journal of the Music and Entertainment Industry Educators Association* 12, n.º 1 (2012): 13-41, <https://doi.org/10.25101/12.1>. citado en

<sup>122</sup> Godoy-Dalmau, «Substantial Similarity: Kohus Got it Right».

¿Cómo es que se discrimina entonces entre una copia legítima y otra ilegítima a partir de la similitud substancial? ¿De qué forma operan los parámetros cualitativos y cuantitativos para definir un límite? ¿Desde qué perspectiva se debiesen analizar tales similitudes entre las obras?

Si lo que se busca es la creación de un sistema que sea capaz de brindar seguridad jurídica y uniformidad a la resolución de casos que traten sobre plagio, entonces será necesario dar respuesta a todas estas preguntas.

De forma preliminar, dentro de la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos se han ido desarrollando distintos tipos de test cuya función es la de comparar y contrastar diferentes tipos de obras para así evaluar la calidad de las semejanzas sustanciales<sup>123</sup>. La aplicación de estos test busca de alguna manera la detección de coincidencias estructurales, básicas y fundamentales de una obra ajena<sup>124</sup>, entonces no cualquier coincidencia entre 2 obras podrán fundamentar la concurrencia de una conducta plagaria.

Para realizar el análisis de tales similitudes es necesario tomar en consideración solamente los criterios que tengan que ver con los elementos originales de la obra, o bien sobre la ordenación de tales elementos en la misma, por consiguiente, el análisis de semejanzas en aspectos tales como la ideas o la destinación de la obra serán irrelevantes para estos efectos.

También será irrelevante para estos efectos los elementos disímiles que tengan las obras entre si, pues como se mencionó con anterioridad, el análisis debe necesariamente enfocarse en los aspectos de similitud de las obras.

---

<sup>123</sup> Báez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica».op cit. p.11

<sup>124</sup> Idem

### 3.5. Las pruebas de similitud desarrolladas por el sistema norteamericano

En esta sección se desarrollará y explicarán algunos de las pruebas utilizadas en sentencias dentro de los Estados Unidos que buscan darle una cierta metodología al análisis de similitudes entre obras, experiencia que podría eventualmente aplicarse al sistema chileno para aportar profundidad al análisis de este tipo de casos.

Para establecer una vulneración al copyright, el demandante debe demostrar 4 puntos: “(1) La existencia de la obra protegida; (2) La titularidad de los derechos que fueron infringidos, en el momento en el que fueron infringidos; (3) la copia real o efectiva; y por último (4) Una cantidad substancial de copia en el modo de expresión”<sup>125</sup>

En la vasta experiencia norteamericana han existido en su historia distintos tipos de test para racionalizar y metodizar el problema de las similitudes substanciales, ha habido muchísimos test que varían uno del otro, por lo que su sistematización y análisis exhaustivo resulta sumamente complicado, no obstante, a continuación se presenta un breve resumen de los más paradigmáticos según la doctrina norteamericana<sup>126 127 128</sup>

#### 3.5.1. Test del observador promedio:

Es sumamente simple: basta con preguntarse si un observador promedio pudiese reconocer que el demandado copió la obra del demandante.

---

<sup>125</sup> WILLIAM F. PATRY, 3 PATRY COPYRIGHT ON § 9:114 (Westlaw 2016)

<sup>126</sup> Kevin Hickey, «Reframing Similarity Analysis in Copyright», *Washington University Law Review* 93, n.º 3 (1 de enero de 2016): 681-731.

<sup>127</sup> Báez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica».

<sup>128</sup> Godoy-Dalmau, «Substantial Similarity: Kohus Got it Right».

Existe de igual forma una variante que incluye un tipo de observador más perspicaz, usado en los casos en los que el demandado aparentemente copia elementos originales y no originales, para estos efectos el observador deberá ignorar aquella porción de copia que se refiera a elementos no protegidos o no originales. Francisca Ramón explica este tipo de test en los siguientes términos, respecto a una sentencia en España que se pronuncia sobre una acusación de plagio de una obra musical<sup>129</sup>. *No se refiere a un oyente especializado para determinar si hay o no originalidad, sino a un público habitual de ese tipo de composición, que subjetivamente determine la identidad y similitud entre las dos obras controvertidas. El oyente medio es considerado por la sentencia el público atento y perspicaz que puede percibir la obra como una composición musical original y diferente en los aspectos expresivos fundamentales respecto de la obra anterior. (...) Sigue insistiendo el tribunal en que además o junto a la comparación objetiva y técnica de los elementos que conforman la obra musical, como lo son la melodía, la armonía, el ritmo, la tonalidad, el carácter, la tímbrica y la letra, debe ser valorada la forma en que el consumidor medio, que no tiene conocimientos técnicos-musicales, a pesar de captar diferencias objetivas entre las dos obras, puede también apreciar las semejanzas. Y a la inversa, si es capaz de distinguir una obra de la otra, en orden a apreciar que es original respecto a la que se considera plagiada, y a través de esa apreciación determinar si es o no una copia sustancial*<sup>130</sup>

Una de las críticas que se le podría hacer a este test es que aparentemente no especifica en qué aspectos de ambas obras debiese fijarse el observador, ya que podría suceder que la conclusión a la que llegue sea influenciada por elementos que no son objeto de protección, como las ideas o los elementos del dominio público.

### 3.5.2. Test extrínseco e intrínseco

---

<sup>129</sup> Fallo del 21 de junio de 2011. Audiencia Provincial de Barcelona (s. f.).

<sup>130</sup> Francisca Ramón Fernández, «La originalidad en la música y la imagen: una aproximación y estudio de diversos supuestos en el Derecho Español», *Revista de la Propiedad Inmaterial* 25 (junio de 2018): 5-25.

Data de 1970 del noveno circuito. Su caso emblemático es el de Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc v. McDonald's Corp<sup>131</sup>. En este caso se Sid y Marty demandaron a McDonalds debido a una campaña publicitaria usada por la empresa en la que aparentemente se plagiaba el programa de televisión infantil “*HR Pufnsuf*”, producido por los demandantes en una campaña publicitaria de la cadena de comida rápida denominada “*McDonaldland*”, alegando la existencia de una similitud sustancial en ambos proyectos.

El test empleado por el tribunal constó de dos etapas:

- 1) El test extrínseco: Este test busca analizar la similitud en las ideas que subyacen ambas obras, tales como el estilo de arte, los materiales o instrumentos utilizados, el tópico y la puesta en escena. En esta etapa se utiliza el testimonio de expertos en la materia. La idea es realizar una evaluación objetiva de todos los elementos comunes entre las dos obras. El juez no debe realizar apreciaciones subjetivas, solo debe comparar ambas creaciones y constatar sus similitudes, al principio no importaba si el análisis recaía respecto de aquellos elementos que son objeto de protección por el derecho de autor, el test se fue reformulando y ahora si importa<sup>132133</sup>

Con respecto al caso, se encontraron varias similitudes entre las obras de la demandante y a demandada. Entre aquellas similitudes se mencionan por Baez Jimenez<sup>134</sup>:

“

- a) *Living Island (el mundo en el que se desarrollaba la obra de la demandante HR Pufnsuf) y McDonaldland son mundos imaginarios habitados por criaturas de fantasía*
- b) *En ambos existen plantas y animales antropomórficos parlantes*

---

<sup>131</sup> «Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid & Marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-Appellants, v. McDonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc., Defendants- Appellees. Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid & Marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-Appellees, v. McDonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc., Defendants- Appellants, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977)», Justia Law, accedido 13 de marzo de 2020, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/562/1157/293262/>.

<sup>132</sup> Baez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica». op cit. p 148

<sup>133</sup> Hickey, «Reframing Similarity Analysis in Copyright».

<sup>134</sup> Idem. p 151

- c) *Las características topográficas dominantes son las mismas, por cuanto usan árboles, cuevas, un estanque, un camino y un castillo.*
- d) *Ambas obras presentan científicos locos sorprendentemente similares y una criatura malvada con múltiples brazos.*
- e) *En ambas existen alcaldes con cabezas desproporcionadamente grandes y con una anatomía particular caracterizada por bocas anchas y largas, que son asistidos por unos policías.”*

2) El test intrínseco: Se realiza únicamente si después de aplicado el test intrínseco se hayan constatado similitudes. Ahora un “observador promedio” aprecia la similitud dentro de la forma de expresión de las obras realizando una evaluación subjetiva acerca de si “*el concepto y tono o sensación de las dos obras son sustancialmente similares*”<sup>135</sup>. Algunos circuitos le añaden a este test la exigencia de que el observador promedio sea en cuenta a la audiencia a la cual es dirigida la obra.

Dentro del caso se estimó que ambas obras eran sustancialmente similares, puesto que el “concept and feel” era el mismo. A los niños les producía la misma impresión los personajes de la campaña publicitaria de “McDonaldland” en relación a los personajes de “HR Pufnstuf”, pues no podían evidenciar fácilmente los detalles que los distinguen<sup>136</sup>

Una de las críticas iniciales que tenía en sus inicios era que el test extrínseco se fija también en las ideas que subyacen en las obras, lo que resulta completamente contraproducente a razón de que el derecho de autor no protege las ideas, sino que la forma en que ellas se expresan.<sup>137</sup> No obstante, el noveno circuito hizo el avance de entrar a reformular el test intrínseco, aplicándolo ya no para analizar las ideas, sino que su forma de expresión desde que se realizó una modificación del test a partir del caso *Shaw v Lindheim*<sup>138</sup>. “*De acuerdo*

---

<sup>135</sup> Idem

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Hickey, «Reframing Similarity Analysis in Copyright». Op cit.

<sup>138</sup> *Shaw v. Lindheim* (s. f.).

*con Shaw, en lugar de esforzarse para comparar las ideas de las dos obras, los juzgados debían listar los elementos de los trabajos y determinar si hay similitudes en la expresión de estos elementos.”*<sup>139</sup>

A propósito de este caso, David Gomez menciona algunos elementos que aparentemente tendrían que ver con la forma de expresión. Así por ejemplo en el caso de los trabajos literarios los elementos serían “*la trama, los temas, el diálogo, el tono, la determinación, el ritmo, la secuencia de los acontecimientos y los personajes*”, para las obras artísticas visuales serían “*las formas, los colores, la disposición, el tipo de obra, los materiales empleados, el tema y el escenario*”<sup>140</sup>.

Al parecer este test cuenta con un esquema más elaborado que el del observador promedio antes visto, puesto que cuenta con una etapa adicional en la que participa un experto quien es el que filtra elementos no protegibles ajenos al concepto de originalidad. No obstante el test sigue basándose en la percepción subjetiva del observador promedio para delimitar la existencia de similitudes sustanciales.

### 3.5.3. Test del concepto total y sentido.

Su caso paradigmático es *Roth Greeting Cards v. United Card Co*<sup>141</sup>. En tal caso, el demandado copió dentro de una de sus tarjetas de agradecimiento las frases de las tarjetas de agradecimiento del demandante: “*I miss you already*” en la portada de la tarjeta, junto con la frase “*You Haven’t even Left*” en el interior de la tarjeta, no obstante, las imágenes de ambas tarjetas eran distintas

La corte del distrito determinó que no hubo infracción ya que determinó que el texto copiado no estaba protegido, pues era demasiado pequeño para ser una creación original.

---

<sup>139</sup> David Gómez, *El plagio cinematográfico: Un método para su detección*, Publicaciones y Divulgación Científica. (Universidad de Málaga, s. f.). p 143

<sup>140</sup> Idem

<sup>141</sup> «*Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, (429 F.2d 1106)», accedido 13 de marzo de 2020, [http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/legalaspects\\_ukraine/copyright/cases/roth\\_v\\_united.html](http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/legalaspects_ukraine/copyright/cases/roth_v_united.html).

No obstante, la corte del noveno circuito determinó que existe una similitud suficiente considerando el “Total Concept and Feel” de las tarjetas

El test del concepto total y sentido es un test subjetivo en el que un observador promedio evalúa la similitud de las obras teniendo especial atención acerca del tono o la sensación que producen de las obras.

Según indica Baez Jimenez, en este caso la decisión se basó en los “*personajes dibujados, el estado de ánimo representado en las tarjetas, la combinación de la representación de un estado de ánimo particular con un mensaje singular para la situación, la disposición de las paragrafas en las tarjetas de felicitaciones*” y por último “*la tipografía de las expresiones*”<sup>142143</sup>. Finalmente, el tribunal determinó basándose en la aplicación del Total Concept and Feel que el demandado había copiado la obra del demandante.

Desde este caso en adelante, este test se ha convertido en un test común dentro de los casos de similitudes sustanciales.

Tal como pasa en los test anteriores, este test adolece del defecto de que elementos que no son protegibles tales como las ideas o el género de las obras tengan incidencia en la determinación de la existencia de similitudes sustanciales entre obras<sup>144</sup>

#### 3.5.4. Test de abstracción, filtración y comparación

---

<sup>142</sup> “It appears to us that in total concept and feel the cards of United are the same as the copyrighted cards of Roth. With the possible exception of one United card (exhibit 6), the characters depicted in the art work, the mood they portrayed, the combination of art work conveying a particular mood with a particular message, and the arrangement of the words on the greeting card are substantially the same as in Roth’s cards. In several instances the lettering is also very similar”: «Roth Greeting Cards v. United Card Co., (429 F.2d 1106)». citado en Baez Jiménez, «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica». op cit. p 143

<sup>144</sup> Hickey, «Reframing Similarity Analysis in Copyright».



Este test surgió a partir de la dificultad de evaluar las similitudes entre softwares. Consta de un simple sistema de 3 etapas para filtrar aquellos elementos que no están protegidos por el copyright al momento de comparar las obras

1° Etapa de Abstracción: Busca realizar un examen de la obra del demandante analizando e identificando todos sus diferentes elementos

2° Etapa de Filtración: Consta en separar aquellos elementos que correspondan a ideas generales u cualquier otro elemento que no goce de protección de aquellos elementos que si lo hagan

3° Etapa de Comparación: Una vez separados aquellos elementos parasitarios, se realiza la comparación entre ambas obras usando solo los elementos protegidos.

La mayoría de los circuitos aplica este test solo en casos de software, no obstante, en el décimo circuito se aplica a todo tipo de obras

Este test tiene la ventaja de aplicar un énfasis sobre la distinción entre elementos protegidos y elementos no protegidos o parasitarios

De todas formas, no ha estado exento de críticas. Por ejemplo, el profesor William Patry considera que este test resulta ser “el más complicado test de copyright alguna vez hecho”, además que priva de elementos holísticos que podrían resultar importantes también, debido a su “desección brutal” del análisis conjunto de elementos”<sup>145</sup>

Entendiendo que este test deriva de la dificultad de realizar análisis comparativos entre softwares, y tomando en consideración la crítica antes planteada, quizá la utilidad de este

---

<sup>145</sup> William F. Patry, *Patry on Copyright* (Thomson/West, 2010).

test está limitada a los softwares, debido a las características especiales de este tipo de obras<sup>146</sup>

### **3.6. Conclusiones Finales**

La determinación judicial de la existencia de conductas plagiarias en los casos de plagio elaborado cuenta con varias dificultades, como ya se dijo, por la naturaleza misma del plagio elaborado se dificulta de forma intencional esta labor de determinación, pues el plagiario introduce modificaciones insustanciales a la obra primigenia con el solo objetivo de hacerla pasar por propia.

Otra complicación es la naturaleza variable del concepto de originalidad de las obras intelectuales, la que impide que la originalidad de cada obra sea apreciada de forma similar en todas ellas, así por ejemplo no se podría realizar un análisis de la originalidad de una pieza musical de la misma forma que una obra literaria, pues los elementos relevantes para el análisis serán diversos. Esto complicaría de igual forma la determinación judicial de los casos de plagio debido a que la originalidad, como se señaló en el primer capítulo, es uno de los presupuestos que otorga protección a la obra intelectual, además, según lo señalado en el capítulo dos, la originalidad de la obra primigenia es también uno de los requisitos para la concurrencia de la conducta plagiaria.

Además, es necesario considerar la variabilidad de la conducta plagiaria, pues como se señaló en el capítulo 2, puede darse en distintas modalidades y tener variadas magnitudes. También dependiendo de la obra a la que se dirija, la modalidad y las circunstancias del hecho pueden configurarse distintas hipótesis de daño a los derechos del titular y del autor, debido al carácter pluriofensivo del plagio.

---

<sup>146</sup> Jon O. Newman, *New Lyrics for an Old Melody: The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age* (Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, 1999).

Sumado a esto es necesario considerar la naturalidad con la que se pueden dar legítimamente similitudes entre obras intelectuales, pues es necesario considerar la posibilidad de que puedan darse coincidencias creativas o reminiscencias inconscientes, o bien es perfectamente normal y posible que los autores puedan tener inspiraciones comunes respecto a hechos o circunstancias que motivan la realización de obras intelectuales, tal inspiración para crear obras propias podría también venir justamente de obras desarrolladas por otros autores. Inclusive genios como Mozart reconocían inspirarse en obras ajenas, pues escribió en una carta a su padre señalándoselo *“Para practicar también he instrumentado el aria “non so d’onde viene” que tan bellamente fue compuesta por Bach, como conozco tan bien el estilo de Bach y me gusta tanto, y puesto que anda siempre dándome vueltas por la cabeza, quise ver si, a pesar de todo esto, era capaz de escribir un aria totalmente distinta. Y, en efecto, la mía no se parece en nada a la suya”*<sup>147</sup>

Estas circunstancias naturalmente podrían generar problemas desde el punto de vista de los límites de la conducta plagaria y la mera inspiración y parecido entre obras.

El problema investigativo que buscaba solucionar la investigación estaba centrado en solventar las dificultades antes señaladas para así al momento de analizar dos obras similares poder determinar en qué casos existe plagio y en que casos la similitud es tolerable. En efecto, el encargado de decidir este tipo de cuestiones será el juez, por lo que resulta necesario que cuente con una metodología y herramientas necesarias para poder solucionar casos complejos de plagio.

En síntesis, lo que se buscó lograr en este capítulo es plantear por una parte lineamientos bases para la resolución de casos de plagio elaborado teniendo en cuenta las particularidades del derecho de autor, especialmente respecto de la existencia o inexistencia de similitudes sustanciales entre obras.

Además, se buscó realizar un diagnóstico de la forma en que los tribunales chilenos fallan en este tipo de casos, particularmente de qué forma realizan la valoración de la prueba tanto en casos civiles como en casos penales y de qué forma argumentan la existencia o

---

<sup>147</sup> Charles Rosen, «Influence, Plagiarism and Inspiration», *University of California Press*, Nineteenth-Century Music, 1980. p 1

inexistencia de plagio. En este sentido, se llegó a la conclusión de que, por la diversa naturaleza de las formas de valoración de la prueba existente, la búsqueda de similitudes sustanciales entre las obras tendrá más cabida dentro de nuestro sistema penal por el sistema de valoración de la sana crítica. Por otro lado, la determinación de similitudes sustanciales no tendrá tanta importancia en materia civil, pues el valor probatorio depende principalmente de la naturaleza del medio de prueba aportado, ya que rige el sistema de valoración de la prueba legal o tasada

Finalmente, se revisaron diversos test provenientes de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, el fin de esto fue el de plantear diversas metodologías que puedan ser de utilidad tomando en consideración la diversidad de casos distintos que pueden darse respecto al plagio, o la diversa naturaleza de las obras objeto de la acusación.

Lo cierto, es que, a pesar de las complicaciones de este tipo de casos, es deseable para la sociedad y especialmente para los artistas creadores de obras intelectuales que exista certeza jurídica respecto de la resolución de casos de plagio. Para lograr aquello es necesario que se desarrollen fundamentaciones, criterios y metodologías que puedan brindar al sistema jurídico resolver este tipo de cuestiones de una forma consistente y razonable.

## **Bibliografía**

- Alessandri Besa, Arturo, Rodrigo Velasco Santelices, y Marcos Morales Andrade, eds. *Estudios de derecho y propiedad intelectual: colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa*. Santiago de Chile: Alessandri & Compañía : Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2008.
- . *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*. Santo Domingo, R.D.: Escuela Nacional de la Judicatura : Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, INDOTEL, 2001.
- Arcila, Maria Alejandra Echavarría. «¿Qué es el plagio?. Propuesta conceptual del plagio punible». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 121 (2014): 699-720.
- Astudillo Gomez, Francisco. «El Plagio Intelectual». *Revista Propiedad Intelectual V* (diciembre de 2006): 242-70.
- Báez Jiménez, Diana Carolina. «El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica». *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 19 (25 de junio de 2015): 113. <https://doi.org/10.18601/16571959.n19.06>.
- Bandura, Albert. *Teoría del aprendizaje social*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- Barbara Chase-Riboud v. Dreamworks Inc y otro (Corte de Distrito del Distrito Central de California 1997).
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1. ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- Baylos Corroza, Hermenegildo, y María Baylos Morales. *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Madrid: Civitas, 2009.
- Bravo Ortega con Cervecera CCU Chile, Rol C-28513-2010 (s. f.).
- Bright Tunes Music v. Harrisongs Music (Corte del Distrito de Nueva York 31 de agosto de 1976).

- C/ Sergio Andrés Díaz Mora, RIT 163-2018, disponible en <http://www.dygachile.cl/wp-content/uploads/2018/07/Sentencia-Causa-RIT-N-163-2018-TERCER-TOP-DE-SANTIAGO.pdf> (s. f.).
- Carmona Salgado, Concha. *La nueva ley de propiedad intelectual: especial consideración al delito introducido en el Código penal tras la reforma de 1987*. Madrid: Montecorvo, 1988.
- Colombet, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. Editorial CSIC - CSIC Press, 1997.
- Praxis Juridica Libros. «Derecho de autor y derechos conexos Autor: Lipszyc, Delia». Accedido 2 de octubre de 2020. <https://www.praxisjuridica.com.ar/cl/productos/derecho-de-autor-y-derechos-conexos-autor-lipszyc-delia/>.
- Díaz, Nettel, y Ana Laura. «Derecho de Autor y Plagio». *Alegatos*, n.º 83 (2013): 135-52.
- Etcheberry, Alfredo. «Aspectos penales en materia de derechos de autor: ilícitos penales en la legislación chilena». *VII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales*, OMPI, 1992.
- Fallo del 21 de junio de 2011. Audiencia Provincial de Barcelona (s. f.).
- Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service (Supreme Court of the United States 27 de marzo de 1991).
- Flores, Germán, Sebastian Salazar, y Mayra Durán. «El concepto de plagio en la industria musical», s. f., 69-73.
- Godoy-Dalmau, Gabriel. «Substantial Similarity: Kohus Got it Right». *Mich. Bus. & Entrepreneurial L VI*, n.º Rev 231 (2017): 32.
- Gómez, Celin Arce. «Plagio y derechos de autor». *El Foro*, n.º 10 (2009): 59-67.
- Gómez, David. *El plagio cinematográfico: Un método para su detección*. Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga, s. f.
- González Gómez, Alejandro. *El Tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: de la reforma de 1987 al código penal de 1995*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Grunewaldt, Andrés. «Delitos contra los derechos de autor en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2, n.º 2 (2013). <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2013.30311>.

- Justia Law. «Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)». Accedido 13 de marzo de 2020. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/>.
- Hickey, Kevin. «Reframing Similarity Analysis in Copyright». *Washington University Law Review* 93, n.º 3 (1 de enero de 2016): 681-731.
- Iglesias Río, Miguel Ángel. «El plagio en el marco de los delitos contra la Propiedad Intelectual», s. f., 32.
- Labarthe, Gonzalo del Río, y Astocondor Valverde. «El Plagio: Delito contra el Derecho de Autor» 9 (2013): 329-36.
- Landes, William M., y Richard A. Posner. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2003.
- Lastres, José Manuel Otero. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías». En *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a: (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)*, 2008, ISBN 978-84-9749-318-5, págs. 73-102, 73-102. Servizo de Publicacións, 2008. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2866677>.
- Licea Jiménez, Idania, Yusneli Collazo Martínez, y Aimée Céspedes Vidal. «Algunas consideraciones en torno al derecho de autor». *ACIMED* 10, n.º 5 (octubre de 2002): 5-6.
- López, José Carlos Erdozaín. «El concepto de originalidad en el derecho de autor». *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, n.º 3 (1999): 55-94.
- López, Sandra Timal, y Francisco Sánchez Espinoza. «El plagio en el contexto del derecho de autor». *Revista de Ciencias Spscoañes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 42 (septiembre de 2017): 48-66.
- «Manual de Derecho Probatorio - Jairo Parra Quijano [ PDF ] «IlustraciónJurídica.com»». Accedido 24 de enero de 2021. <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/manual-de-derecho-probatorio-jairo-parra-quijsano-pdf/>.

- Maraví Contreras, Alfredo. *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, 2010.
- Martínez con Ingeniería de Sistema Open, No. C-22142-2016 (29 Juzgado Civil de Santiago 7 de julio de 2017).
- Miguel Ángel Sfeir Younis y Otros con Universidad De Concepción, No. Rol: 2240-1997 (Corte Suprema 6 de septiembre de 1999).
- Monroy Rodríguez, Juan Carlos. *Derecho de autor y derechos conexos: legislación, doctrina y jurisprudencia concordada y comentada*. Segunda edición. Bogotá: RRA Formación, 2015.
- Montserrat Real Márquez. «El requisito de la originalidad en los derechos de autor». Accedido 3 de octubre de 2020. [http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974\\_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf](http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf).
- Nahum con Pérez (s. f.).
- Newman, Jon O. *New Lyrics for an Old Melody: The Idea/Expression Dichotomy in the Computer Age*. Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, 1999.
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. «Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos», 2016. <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4081>.
- Cerlalc. «Originalidad. Dibujo. Logotipo. Apreciación en concreto. Desestimación». Accedido 29 de octubre de 2020. <https://cerlalc.org/jurisprudence/originalidad-dibujo-logotipo-apreciacion-en-concreto-desestimacion/>.
- Padilla Parot, Ricardo. «ESE DOLOR DE CABEZA LLAMADO PRUEBA LEGAL TASADA: LA ANTICIPADA APLICACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL, QUE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA SE ENCUENTRAN LLEVANDO A CABO». *Revista chilena de derecho privado*, n.º 26 (julio de 2016): 401-10. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722016000100016>.
- Parilli, Ricardo Antequera. *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, 2012. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=609733>.



- Patry, William F. *Patry on Copyright*. Thomson/West, 2010.
- Pedro Virgilio Balbuena. «El Plagio como Ilícito Penal». *Ventana Legal Revista*, s. f. Balbuena, P. V. (2003). El plagio como ilícito penal.
- Peña, Manuel, y Bernaldo de Quirós. «Artículos 428 y 429», s. f.
- Pérez, C. «El dolo eventual y la culpa consiente en los accidentes automovilísticos» 13 (s. f.): 213-32. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.10>.
- Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen. *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*. 1. ed. Monografías Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- Pérez, Manrique, y María Laura. «Acción, conocimiento y dolo eventual». *Isonomía*, n.º 31 (octubre de 2009): 177-201.
- «propiedad intelectual ley 723 comentada de emery miguel angel - Iberlibro». Accedido 2 de octubre de 2020. <https://www.iberlibro.com/buscar-libro/titulo/propiedad-intelectual-ley-723-comentada/autor/emery-miguel-angel/>.
- Ramón Fernández, Francisca. «La originalidad en la música y la imagen: una aproximación y estudio de diversos supuestos en el Derecho Español». *Revista de la Propiedad Inmaterial* 25 (junio de 2018): 5-25.
- Rengifo García, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Ríos Ruiz, Wilson Rafael. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
- Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz. «Artículo 10.1.a)-h)». En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2007, ISBN 978-84-309-4640-2, págs. 151-185*, 151-85. Tecnos, 2007. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5915824>.
- Rol 234-00 (s. f.).
- Rosen, Charles. «Influence, Plagiarism and Inspiration». *University of California Press, Nineteenth-Century Music*, 1980.
- Rosselot Jaramillo, Eduardo, Mireya Bravo Lechat, Miguel Kottow Lang, Carlos Valenzuela Yuraidini, Miguel O’Ryan Gallardo, Sergio Thambo Becker, Nina Horwitz Campos, Irene Acevedo Pérez, Laura Rueda Castro, y María Angélica Sotomayor. «En

- referencia al plagio intelectual. Documento de la Comisión de Ética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile». *Revista médica de Chile* 136, n.º 5 (mayo de 2008): 653-58. <https://doi.org/10.4067/S0034-98872008000500016>.
- «Roth Greeting Cards v. United Card Co., (429 F.2d 1106)». Accedido 13 de marzo de 2020. [http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/legalaspects\\_ukraine/copyright/cases/roth\\_v\\_united.html](http://www.kentlaw.edu/faculty/rwarner/classes/legalaspects_ukraine/copyright/cases/roth_v_united.html).
- Safra, Enrique Cavero. «El concepto de originalidad en el derecho de autor peruano». *Forseti. Revista de derecho*, n.º 5 (2015): 113-27. <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i5.1145>.
- Sanchez, Reynaldo. «Unfair? The Unique Status of Sound Recordings under U.S. Copyright Law and its Impact on the Progress of Sample-Based Music». *Journal of the Music and Entertainment Industry Educators Association* 12, n.º 1 (2012): 13-41. <https://doi.org/10.25101/12.1>.
- Sedano, Tania García. «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la Ley de propiedad intelectual». *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 49 (2016): 251-74.
- Sentencia de la Sección 13º (30 de Junio de 2005) (s. f.).
- sergioarenasabogado. «El Delito de Plagio en el Derecho Chileno». *Sergio Arenas Benavides - Abogado de Familia en Linares* (blog), 26 de septiembre de 2017. <https://sergioarenasabogado.wordpress.com/2017/09/26/el-delito-de-plagio-en-el-derecho-chileno/>.
- Sfeir y otros Con Universidad de Concepción, disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/510.pdf> (s. f.).
- Shaw v. Lindheim (s. f.).
- Justia Law. «Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid & Marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-Appellants, v. McDonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc., Defendants- Appellees. Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid & Marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-Appellees, v. McDonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc., Defendants-

Appellants, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977)». Accedido 13 de marzo de 2020.  
<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/562/1157/293262/>.

Skidmore v. Led Zeppelin (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit septiembre de 2018).

Torremans, Paul. *Holyoak and Torremans intellectual property law*. 6th ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.

Valero Martín, Eva. *Obras fotográficas y meras fotografías*. Tirant monografías 135. Valencia [Spain]: Tirant lo Blanch, 2000.

Wilhelm Nordemann. «Forma e Idea en el Derecho de Autor». *La protección de las ideas*, 1992.

Williams v. Gaye (Ninth Circuit of The United States of Appeals marzo de 2015).