

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

VOL. VI • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2015)

ISSN 1850-9371



LOS USOS CREATIVOS DE OBRAS ARTÍSTICAS FRENTE AL DERECHO DE AUTOR*

CREATIVE USES OF ARTISTIC WORKS AND COPYRIGHT

*Ezequiel Valicenti***

Resumen: El trabajo comenta un fallo sobre derechos de autor. El caso sirve para abordar la cuestión de los usos creativos de las obras artísticas y literarias, en particular los casos en que un creador utiliza para su composición una obra precedente. Este tipo de prácticas no son nuevas pero las nuevas tecnologías las ha potenciado, obligando así a repensar el rol que cumplirá el derecho frente a este nuevo contexto. El escenario actual presenta una tensión entre el mundo artístico, que legitima tales prácticas, y el mundo jurídico, que -como en el fallo en análisis- las condena. De allí que, sobre el final del trabajo, se propone una revisión de los postulados tradicionales del derecho de autor y se sugiere la incorporación de una nueva excepción al derecho de autor: la excepción de usos creativos.

Palabras-clave: Derecho de autor - Arte - Plagio - Excepciones al derecho de autor - Usos creativos.

Abstract: In the paper we comment a decision on copyright. The subject serves to approach the issue of creative uses of artistic and literary works, particularly where the creator use a previous work. Such practices are not new but the new technologies have boosted that, thereby forcing us to rethink the role of law in the new context. The current situation presents a tension between the art world, which legitimizes such practices, and the law world, who -was in the decision in analysis-, interdicted it. Hence, on the end of the paper, we propose a review of the traditional tenets of copyright, and we suggest the incorporation of a new exception to copyright: the exception of creative uses.

Keywords: Copyright - Art - Plagiarism - Exceptions of copyright - Creative uses.

* Trabajo presentado el 18 de mayo de 2015 y aprobado para su publicación el 30 de julio del mismo año.

** Abogado, becario doctoral CONICET. Jefe de trabajos prácticos de Derecho de los Contratos (Facultad de Derecho - UNCPBA). E-mail: ezequielvalicenti@gmail.com.

Sumario: I. Introducción.- II. Los hechos, el conflicto y las decisiones judiciales.- III. Los fundamentos de la Casación Penal.- IV. Los usos creativos, el centro del debate.- A. Prácticas artísticas de préstamo y resignificación.- B. Respuestas jurídicas del derecho argentino.- C. La propuesta de usos creativos como excepción.- D. La parodia: un caso de uso creativo.- V. Cierre.

I. Introducción

El caso (1) que pretendemos analizar en este comentario nos presenta la posibilidad de inmiscuirnos en la esencia del derecho de autor. La pretensión disciplinante del derecho, a menudo avasalla las particularidades propias sobre el fenómeno a regular. La norma jurídica se desprende de su sustento sociológico y adquiere dudosos perfiles de justicia. Este, nos parece, es uno de esos casos.

II. Los hechos, el conflicto y las decisiones judiciales

Hace apenas unos años, el escritor argentino Pablo Katchadjian tuvo una idea: ordenar alfabéticamente el *Martín Fierro*. Y así lo hizo (2). Luego, redobló la apuesta y engordó *El Aleph*, insuperable cuento de Jorge Luis Borges.

Casi sesenta años después de su primera publicación -hecha en 1945 en la Revista Sur (3)- Katchadjian tomó el texto del cuento y lo sometió a un novedoso proceso que consistió en adicionarle unas 5600 palabras, intercalándolas y fundiéndolas con la escritura de Borges. De acuerdo al mismo autor en la “*posdata del 1° de noviembre de 2008*” (4), “*el texto de Borges está intacto pero totalmente cruzado por el mío, de modo que, si alguien quisiera, podría volver al texto de Borges desde éste (...) los mejores momentos, me parece, son éstos en los que no se puede saber con certeza qué es de quién*”. El experimento literario se tituló *El Aleph engordado*, y fue editado en el año 2009 por IAP (Imprenta Argentina de Poesía) en una reducida edición de apenas 300 ejemplares que circularon principalmente entre conocidos y colegas del escritor y profesor universitario (5).

(1) Cam. Fed. Casación Penal, “*Katchadjian, Pablo s/recurso de casación*”, 15/09/14 (inédito).

(2) Ver un extracto en <http://www.imprentaargentinade.com.ar/katchadjian-mf.htm>, visitado el 11/03/15.

(3) Posteriormente el cuento dio nombre a uno de los más famosos libros de cuentos de Borges, *El Aleph* cuya primera edición se fecha en 1949.

(4) Recordemos que al texto original del cuento Borges había agregado ya una “*posdata del 1 de marzo de 1943*” (BORGES, J. L., “*El Aleph*”, en *Obras Completas*, Emece, Bs. As., 2008, 3° edición, Tomo I, p. 743).

(5) Dada la reducida tirada de la única edición de *El Aleph engordado* -unos 300 ejemplares- no hemos podido acceder a uno de sus ejemplares. Las referencias han sido extraídas de una versión *on-line* que circula en internet: <http://tallerdeexpresion1.sociales.uba.ar/files/2012/04/El-Aleph-Engordado.pdf>, visitado el 11/03/15.

Veamos brevemente una muestra del procedimiento. Transcribimos a continuación un pasaje de *El Aleph*, de Borges, y luego el mismo extracto correspondiente a *El Aleph engordado*, de Katchadjian:

“Arribo, ahora, al inefable centro de mi relato, empieza aquí, mi desesperación de escritor. Todo lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten; ¿cómo transmitir a los otros el infinito Aleph, que mi temerosa memoria apenas abarca? Los místicos, en análogo trance prodigan los emblemas: para significar la divinidad, un persa habla de un pájaro que de algún modo es todos los pájaros (...)” (6).

Arribo, ahora, al inefable centro de mi relato; empieza, aquí, mi desesperación de escritor, mi temor de no poder estar a la altura de las circunstancias. Todo lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten con otros interlocutores que a su vez comparten un pasado con otros, etc.; ¿cómo transmitir a los otros el infinito Aleph, que mi temerosa memoria apenas abarca? Memoria e infinito, los dos polos de la historia, se refutan el uno al otro. Los místicos, en análogo trance, prodigan los emblemas sagrados: para significar la divinidad, que es el rostro de todos los dioses, un persa habla de un pájaro que de algún modo es todos los pájaros, de su pico, sus alas, sus incontables plumas; (...)” (7).

La novedad llegó a oídos de María Kodama, viuda y heredera de los derechos autorales sobre la obra de Borges, quién en mayo de 2011 denunció penalmente a Katchadjian por la comisión de los delitos previstos en los artículos 171 y 172 de la ley de propiedad intelectual, ley 11723 -y desde la sanción de la ley que ordena el Digesto Jurídico Argentino, ley E-0175-, en adelante LPI.

El conflicto penal transitó ya tres instancias judiciales, con suerte diversa para Kodama: en primera instancia, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal N° 3 dictó el sobreseimiento de Katchadjian teniendo en cuenta para ello que éste había reconocido expresamente que el *El Aleph engordado* procedía directamente del cuento de Jorge Luis Borges, lo que impedía considerar al hecho literario como una ilícita atribución de paternidad de una obra ajena o de una falsificación. La Cámara de Apelaciones acabó confirmando este decisorio mediante resolución del 13/06/13.

Finalmente, el asunto llegó al conocimiento de la Cámara Federal de Casación Penal, cuya Sala IV dictó resolución el 15 de septiembre de 2014, disponiendo la revocación del auto que sobreseyó a Katchadjian por considerar que *“su accionar queda enmarcado en el tipo objetivo enunciado por el art. 72 de la mencionada ley al efectuar la acción típica de defraudar los derechos de autor”*. Analizaremos aquí los fundamentos de esta decisión.

(6) BORGES, J. L., “El Aleph”, cit.

(7) KATCHADJIAN, P., *El Aleph engordado*, cit. (ver nota 4 sobre la fuente utilizada).

III. Los fundamentos de la Casación Penal

Al revocar lo decidido en primera y segunda instancia, la Cámara de Casación Penal tuvo en cuenta, esencialmente, dos razones.

En primer lugar, consideró el denominado “derecho a la integridad de la obra”, de acuerdo al cual el autor puede oponerse a cualquier modificación o alteración provocada en su obra si ello no fue previamente autorizado. Recordando que dicha facultad -de naturaleza *extra patrimonial*, e imprecisamente conocida como *derecho moral*- se encuentra asegurada por el artículo 6 bis del Convenio de Berna (8), entendió que el derecho se transmitía *mortis causae* a sus sucesores y por lo tanto la accionante María Kodama podía invocar el respeto a la integridad de la obra (artículo 5, LPI).

Por otra parte, consideró que el caso no podía ser encuadrado bajo la *excepción de cita* que prevé el artículo 11 de la LPI (9), pues para ello debe respetarse estrictamente la extensión límite establecida -hasta 1000 palabras en el caso de una obra literaria- y debe cumplirse con la finalidad *científica* o *didáctica* que la habilita.

En función de ello, concluyó que el autor argentino denunciado había violado la protección de los derechos de autor, y en consecuencia, su conducta llenaba el tipo penal previsto “*art. 72 de la mencionada ley [de propiedad intelectual] al efectuar la acción típica de defraudar los derechos de autor*” (10), razón por la cual revocó el sobreseimiento y dispuso la continuación de las actuaciones.

IV. Los usos creativos, el centro del debate

La lectura del fallo y de la situación fáctica sobre la que se despliega el conflicto dispara una gran cantidad de temas para debatir. Aquí nos ocuparemos del que consideramos el centro de la cuestión: los “usos creativos” de las obras literarias y artísticas.

Ante todo, pensamos que la cuestión no puede analizarse unidimensionalmente desde la exclusiva perspectiva del *autor* -o en este caso, su sucesor-. Por el contrario, aun cuando el autor se encuentre en el *centro crítico* de la tutela jurídica -pues, frente al contexto vigente puede ser tenido como un *débil jurídico*-, pensamos que también existe una *esfera crítica* en la que se encuentra el resto de los miembros de la sociedad,

(8) Argentina aprobó el Convenio -en su última revisión según el “Acta de París” de 1971- mediante la ley 25140 (N-2329, según Digesto Jurídico Argentino).

(9) Seguimos la re-numeración de artículos producida por el Digesto Jurídico Argentino. El artículo 10 sobre cita es ahora artículo 11. En adelante mantenemos esta regla.

(10) Llama la atención la confusión que se efectúa entre el artículo 71 y el artículo 72 de la ley 11723, ahora re-enumerados respectivamente como artículos 72 y 73 de la ley E-0175. En el fallo se hace alusión a la figura general de “defraudación intelectual”, citando el artículo 72, cuando en realidad es el artículo 71 el que dispone dicho tipo penal -mientras que el artículo 72 establece algunos *supuesto especiales* de aquel tipo general-. No parece que los magistrados se estén refiriendo al articulado re-enumerado, de acuerdo al cual efectivamente cabe referirse al artículo 72 en reemplazo del viejo artículo 71, pues cuando se trata la *cita* se remite al artículo 10 y no al re-ordenado artículo 11.

en tanto titulares de *derechos culturales* que exigen que se asegure un adecuado acceso y participación en el desarrollo de su cultura (11).

Es decir, al resolver conflictos que involucran producciones culturales debemos pensar en ambos centros de interés y procurar soluciones que aseguren la mayor de las tutelas posibles a cada uno de ellos.

En otros términos, parece que aquí no sólo se debate la protección de la obra de Jorge Luis Borges -derechos titularizados por María Kodama- sino también la posibilidad de que otros autores accedan, re-elaboren y nutran la cultura de su comunidad.

Como se relata en el fallo, el denunciante sostiene que la maniobra del autor denunciado se correspondería con un caso de reproducción no autorizada de una obra ajena y, adicionalmente, de su deformación. Además, al editar *El Aleph engordado* como “de Pablo Katchadjian”, se habría ocultado que Borges es el verdadero autor de *El Aleph*. Como vimos, algunas de estas consideraciones son seguidas por los magistrados del fallo en análisis.

No bastan los conceptos jurídicos para comprender la complejidad del caso. Ante todo, no se trata de una reproducción *servil* de la obra de Borges. Como se sostiene incluso en el fallo, se ha producido una utilización que ha implicado una *modificación* de la obra. De acuerdo al criterio de Casación, dicha modificación atentaría contra el derecho a asegurar la integridad de la obra literaria y por lo tanto se habría producido una *defraudación* a derechos de autor en los términos del artículo 71 de la LPI. Aquí vamos a proponer una visión diferente.

a) Prácticas artísticas de préstamo y resignificación

La utilización o inclusión de obras ajenas de otros autores no es cuestión novedosa en el *mundo artístico*. Desde que Duchamp presentara en 1917 *Fountain* -el conocido urinario devenido obra de arte- nada fue igual en la escena artística. Lo que se conoció como *ready made* dio lugar a una inconmensurable apertura en las posibilidades creativas de los artistas. Ya no sólo se produciría arte con oleos, pinceles y bastidores, sino que el creador podría además *apropiarse* de cualquier objeto mundano y *resignificarlo* para convertirlo en arte. En la década del '60 del siglo pasado, el famoso artista estadounidense Andy Warhol llevó al máximo estas ideas y *apropiándose* de algunas de las imágenes icónicas de la cultura estadounidense realizó obras que hoy se cotizan en millones (12).

(11) Sobre las nociones de “centro crítico” y “esfera crítica”, CIURO CALDANI, M. A., “Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas”, en *Boletín del Centro* (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/506/416>, visitado el 11/03/15). Nos hemos aproximado a estas nociones en “Derechos Humanos y Derechos de Autor: panorama de las tensiones provocadas entre los derechos del artista y el acceso a la cultura”, en SLAVIN, P. (comp.), *Avances en la investigación de las ciencias jurídicas y sociales*, Umdp, Mar del Plata, 2012, p. 218.

(12) Tal “apropiación” no fue asunto fácil para el artista estadounidense, pues en varias ocasiones debió enfrentar demandas de los fotógrafos autores de las imágenes que se transformaba en

En el plano de la literatura, el propio Borges ha sido uno de los autores que ha retomado obras realizadas por otros escritores, entre ellos nada menos que el *Martín Fierro* de José Hernández. Así, en *El Fin* -relato publicado en *Ficciones* en 1944- y luego en *Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)* -aparecido, paradójicamente para este caso, en *El Aleph* en 1949-, retoma los destinos del gaucho Fierro y supone la biografía de Cruz.

La noción de *intertextualidad* puede ayudarnos a comprender estos procedimientos, que se encuentran plenamente legitimados por los ambientes literarios y artísticos. Con aquel término se alude, en general, a la presencia más o menos explícita de fragmentos de textos (obras) ajenos -propios o de otro creador- en el texto (obra) creado (13). La maniobra de “tomar prestados” otros textos se da de bruces con el derecho de autor, al menos en su versión tradicional. A menudo, los procedimientos intertextuales son señalados como *plagios*.

En el profundo estudio *Sobre el plagio*, Maurel-Indart delimita estrictamente la tradicional noción de *plagio* -entendida como la apropiación de todos o algunos elementos originales de la obra de otro autor y su posterior presentación como propios (14)- de otros muchas modos en que un autor recurre al *préstamo* de obras que no son de su autoría. En la tipología del préstamo se distingue la *adaptación*, la *traducción*, la *cita*, la *parodia*, el *pastiche*, el *collage*, la *alusión*, entre otras (15). En este complejo panorama, el derecho va delimitando la delgada línea que separa lo lícito de lo ilícito.

Con todo, en ocasiones derecho y prácticas artísticas chocan, sobre todo en casos en que desde el mundo artístico se reivindicán ciertas prácticas y *poéticas combinatorias*, que recogen cierta adhesión y legitimidad en el propio medio (16). Este tipo de

la *materia prima* de sus obras. Uno de los que ha trascendido y llega hasta nuestros días es el que involucró la serie de obras “Flowers” (1964), realizadas a partir de una fotografía firmada por Patricia Cumfield. Las disputas lograron zanjarse mediante un acuerdo, lo que evitó llevar el conflicto a los estrados judiciales. Se sabe que Warhol tuvo que pagar una importante suma de dinero para redimir su conducta *apropiacionista*.

Más aquí en el tiempo, el renombrado artista Jeff Koons debió afrontar una demanda judicial por su obra “*String of Puppies*”, a partir de la fotografía “*Puppies*” de Art Rogers, quién reclamó una elevada suma de dinero por su utilización sin autorización (United States Court of Appeals, Second Circuit, “Art Rogers v Jeff Koons”, 960 F.2d 301, en <http://openjurist.org/960/f2d/301/rogers-v-koons>, visitado el 11/03/15).

(13) Se trata de un concepto procedente de los estudios literarios y lingüísticos (Bajtín; Genette), que no obstante se utiliza para el análisis de temas como la autoría o el plagio (ver, PERROMAT, K., “Poéticas combinatorias, (re)producción fragmentaria y plagio”, en <http://www.crimic.paris-sorbonne.fr/actes/sal3/perromat.pdf>, visitado el 11/03/15).

(14) VILLALBA, C. - LIPSYC, D., *El derecho de autor en la Argentina*, La Ley, Bs. As., 2009, 2° edición actualizada, p. 495.

(15) MAUREL-INDART, H., *Sobre el plagio*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2014, p. 253 (Cap. VIII. “Una tipología del préstamo”).

(16) PERROMAT, K., “Poéticas combinatorias, (re)producción fragmentaria y plagio”, cit. Sobre el “apropiacionismo”, ver GUASCH, A. M., *El arte último del siglo XX. Del posminimalismo a lo multicultural*, Alianza Editorial, Madrid, “Cap. 13. El apropiacionismo”.

prácticas, que no son nuevas pero que las tecnologías han potenciado (17), obligan a repensar el rol que cumplirá el derecho en este nuevo contexto, si se mantendrá firme a sus postulados clásicos o si se *reinventará* para dar espacio a estas nuevas prácticas.

b) Respuestas jurídicas del derecho argentino

Al día de hoy, el derecho argentino presenta un sistema cerrado a este tipo de prácticas. Fundamentalmente ello se sostiene en la vigencia de dos facultades: por un lado, el *derecho de transformación* -según el cual, cualquier *obra derivada* requiere la expresa autorización del autor de la obra "originaria" (artículo 4, inciso c) LPI)-; por otra parte, el *derecho ("moral") de integridad* -que como ya hemos establecido, cierra cualquier modificación a la obra protegida-.

No discutimos la necesidad e importancia de estas facultades para el autor, pero advertimos que su vigencia irrestricta, sin distinguir allí donde la realidad manda a distinguir, puede dar lugar a excesos indeseados. Una cosa es que un editor, al publicar la obra literaria, introduzca modificaciones en el texto, y otra distinta es que, partiendo de una obra o retomando alguno de sus elementos, un escritor dé nacimiento a una nueva creación.

El conocido jurista Richard Posner, al tratar el concepto de plagio, ha señalado ya la diferencia entre *una copia esclava* -plagio que, en tanto fraude intelectual, existe toda vez que se produce una copia sin autorización, mediante la cual el *plagiario* pretende engañar al público tratando de que este crea que ha creado una obra nueva (18)- y una *copia creativa* -partiendo de la *imitación* se obtienen una obra auténticamente original-. Conocido es que Shakespeare recurrió en varias de sus más encumbradas obras a este procedimiento. Sin embargo, como el propio Posner advierte, en la actualidad las posibilidades de la *copia creativa* resultan severamente limitadas a partir de la vigencia de los derechos de autor (19) -siendo que además la duración de los derechos de propiedad intelectual tiende a incrementarse mediante sucesivas reformas legislativas- (20).

El caso de Katchadjian es apenas un ejemplo para el ambiente literario (21), pero el fenómeno se repite desde hace muchos años en las artes visuales -donde posiblemente

(17) Conf., por ejemplo, CARLÓN, M. - SCOLARI, C. (comps.), *Colabor_arte. Medios y artes en la era de la producción colaborativa*, Edit. La Crujía, Bs. As. 2012; KOZAK, C. (comp.), *Poéticas tecnológicas, transdisciplina y sociedad*, Exploratorio Ludió, Bs. As. 2011.

(18) POSNER, R., *El pequeño libro del plagio*, El hombre del Tres, Madrid, 2013, p. 99. Fiel al modelo jurídico anglosajón, el autor norteamericano edifica la noción de plagio sobre el fraude a las *expectativas* del público consumidor que genera el plagiario (ob. cit., p. 41 y sigs.).

(19) POSNER, R., *El pequeño libro del plagio*, cit., p. 71.

(20) En la primera legislación argentina (ley 7092), el plazo *post mortem* del que los sucesores disfrutaban con exclusividad de los derechos de autor era de 10 años. Con la sanción de la actual ley de propiedad intelectual, en el año 1933, ese plazo se amplió a 30 años. Luego, mediante posteriores reformas -la última en 1997- el plazo se elevó a 50 años primero, y 70 años después, plazo actualmente vigente.

(21) Algo similar ocurrió en Francia con el caso Los miserables de Victor Hugo y su continuación (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, C., "Los miserables", en *Anuario de Propiedad Intelectual*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 37).

exista mayor *legitimidad* en el uso de obras de autoría ajena-, y gracias a la afluencia de las nuevas tecnologías se avizora su masificación en la música -mediante el *remix* o el *sampling*- (22). Es indudable que las nuevas tecnologías han cambiado no solo la manera en que *circulan* las producciones culturales -un debate que excede este trabajo-, sino también el modo en ellas se *crean*.

De allí que pensamos que es necesario realizar una revisión de los postulados tradicionales del derecho de autor y otorgar nuevas respuestas al nuevo contexto. De nada sirve forzar la realidad para adaptarla al derecho vigente, pues la ceguera al cambio puede dar el resultado más indeseado: la puesta en riesgo de todo el sistema de derechos de autor (23).

c) La propuesta de usos creativos como excepción

Por ello, pensamos que debe consagrarse una nueva limitación al derecho de autor: la excepción referida a los *usos creativos*. Decimos *creativos* y no *gratuitos*, como suele pensarse este tipo de excepción. Nos explicamos: no se trata de si el uso es *no comercial* (o gratuito) o si implica una ganancia para quién utiliza de cualquier modo una obra bajo protección del derecho de autor sin contar con la autorización del titular de tal derecho. La noción de *usos no comerciales* en estas latitudes se debe a una (mala) importación de nociones foráneas, más concretamente del concepto de *fair use* del sistema anglosajón de *copyright* (24).

Preocupados únicamente por la cuestión económica, se ha olvidado la naturaleza creadora y expresiva de cualquier arte. Lo importante no es tanto el hecho de que quien utiliza la obra lo haga de manera *gratuita*, sin aprovecharse económicamente de la creación ajena, sino que la utilización sea *creativa*, es decir obedezca a una autentica necesidad de expresión del artista o escritor.

(22) BARTA, B., "Arte en regeneración", en GARCÍA CANCLINI, N. - VILLORO, J. (coords.). *La creatividad redistribuida*, Siglo XXI editores-Centro Cultural de España en México, México, 2013, pp. 228 y sigs.

(23) Situaciones como la de *El Aleph engordado*, en la cual los operadores jurídicos siguen dando viejas respuestas a nuevas realidades, se convierten en grandes argumentos para quienes plantean la revisión total del derecho de autor y su limitación a una mínima expresión, cuando no su desaparición. Nos referimos a conocidos movimientos como el de *Creative Commons* o el de *Copyleft*, a los cuales no hemos de adherir pues descuidan severamente la tutela del *autor*, máxime si consideramos que éste es un *débil jurídico*. No obstante, si los defensores del derecho de autor no se aprestan rápidamente a revisar sus conclusiones, lo único que lograrán es allanar el camino a sus detractores, quienes no tienen más que recolectar diariamente ejemplos -como el caso que analizamos- y disparar contra *todo* el sistema.

(24) La doctrina del *fair use* no es de aplicación en los países que, como Argentina, adhieren al sistema continental de derecho de autor. En Estados Unidos, la *Sección 107* del *Copyright Act* exige considerar cuatro requisitos: 1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro; 2) La naturaleza de la obra objeto de protección; 3) La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo; y 4) El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra (ANTEQUERA PARILLI, R., "Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital", documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2 del 26/10/05).

En otros términos, mediante la excepción de *usos creativos* se propone liberar del monopolio jurídico a aquellos usos que se efectúan para generar nuevas creaciones, en los cuales la obra precedente es incorporada como un elemento de la nueva obra, de manera que se *resignifique* su sentido original. Tal es lo que Duchamp hizo al agregarle bigotes a La Gioconda -en la obra L.H.O.O.Q. de 1919-, o lo que el mismo Borges hizo al imaginar en *El Fin* el destino del protagonista de la obra de José Hernández. Y, al fin, es lo que Katchadjian quiso lograr con su *El Aleph engordado*.

En el caso analizado, no se trató de una servil copia del cuento; por el contrario, existió un complejo procedimiento de creación, que el mismo autor se ha encargado de explicitar al final de la obra. Es decir, lo importante es que se trata de una obra *nueva*, en el sentido de que ella tiene la *originalidad* que demanda el derecho de autor para otorgar protección jurídica a una creación (25).

Cuando se trata de incorporar o trabajar durante el proceso creativo con obras de otros artistas, no puede tener vigencia la facultad autoral que exige la previa autorización emanada del titular. Sobre todo si quién es el titular, no es el autor -distinción que se observa en el caso, pues Kodama no es la autora de *El Alpeh-* (26).

La propuesta encuentra fundamento en la *libertad de expresión artística*, la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido como integrante de la genérica *libertad de expresión* (27). Si la vigencia de la libertad de expresión exige que el Estado elimine o modifique aquellas normas que obstaculizan la plena vigencia y ejercicio

(25) “La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección; reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra” (VILLALBA, C. - LIPSZYC, D., *El derecho de autor en la Argentina* cit., p.38); “La originalidad de la obra, en el sentido del derecho de autor, apunta a su ‘individualidad’ (y no a la novedad stricto sensu)” (ANTEQUERA PARILLI, R., *Derecho de Autor*, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, 2° edición revisada y actualizada, p. 130) Ver además, RUIPÉREZ AZCÁRATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012.

El concepto de originalidad y autoría, aunque inmovible en el mundo jurídico, se encuentra fuertemente controvertido en otras áreas. Ver, no obstante, RAFFO, J., *Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2011.

(26) Aunque no tenemos espacio para desarrollarlo en este trabajo, pensamos que es necesario también poner en cuestión y repensar la extensión y los *límites* que tiene la transmisión *mortis causae* de los derechos de autor. Ello así pues creemos que con el paso de los años se ha olvidado la finalidad que originariamente poseía el instituto y se ha convertido en un severo obstáculo para el acceso y la dinamización de la cultura. De allí que no se justifique mantener hoy plazos *post mortem* tan extensos -donde la transmisión no abarca únicamente a la primera generación del autor, sino a varias sucesivas-, ni luce razonable la transmisión de *todas* las facultades -de manera que hoy el sucesor es *como* el autor-, sino que bastaría con asegurar *derechos de remuneración* y no facultades absolutas.

(27) CSJN, “Mallo, Daniel”, 10/05/1072, Fallos 282:392; CSJN, “Ignacio Colombres y otros v. Nación Argentina”, 29/06/76, Fallos 295:215. En el ámbito internacional, CIDH, “Olmedo Bustos y otros c. Chile”, 05/02/01, LL 2001-C, p. 135. Los tribunales inferiores argentinos también han sostenido la hipótesis: Cam. Contencioso Adm. y Tributario, Sala I, “Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, 27/12/2004, LL 2005-C, p. 709; Juz. Nac. Civ. N°89, “Dalbón, Gregorio J. c Responsables Crash-Extraños Placeres”, 28/11/1996, LL 1997-B, p. 546; entre otros.

del derecho a expresarse (28), es claro que, cuando ello se produce por medio de manifestaciones artísticas, la vigencia de ciertas facultades que concede el derecho de autor puede implicar un claro obstáculo a la libre expresión. Y ello es justamente lo que ocurre cuando un artista pretende recurrir, de buena fe, a otras obras amparadas por el derecho de autor, a partir de lo cual se hallará a merced de la autorización del autor, o lo que es peor, de sus herederos o cesionarios (29).

Por otra parte la excepción que proponemos cumple también con la conocida *regla de los tres pasos* de acuerdo a la cual todas las excepciones o limitaciones a los derechos intelectuales deben cumplir con tres condiciones acumulativas: a) deben estar circunscriptas a casos especiales; b) no deben atentar contra la *explotación normal de la obra*; c) y no deben causar un *perjuicio injustificado* (30).

La obra que incorpora otra obra no supone un atentado a la normal explotación, desde que no se trata de un típico caso de *falsificación* o de *plagio* o de *piratería*. Y tampoco se nos presenta evidente el *perjuicio injustificado* que pueda padecer el autor.

d) La parodia: un caso de uso creativo

Como prueba de que nuestra propuesta cumple con la regla de los tres pasos, tenemos en cuenta que en legislaciones extranjeras es posible reconocer una excepción que -a nuestro humilde parecer- anticipa la excepción de *usos creativos* a la que nos referimos. Se trata del caso de la *parodia*.

Si existe un *uso creativo* de una obra ajena que de algún modo pueda suponer un *perjuicio* para la obra o el autor, ese podría ser la parodia, desde que esta supone en ocasiones una *burla* o caricaturización de la obra creada por otro autor. No obstante, ello no ha sido un impedimento para que muchos derechos nacionales recepten la parodia como una tradicional *excepción* al derecho de autor (31).

Más aún, de haber existido en nuestro derecho la *excepción* vinculada a la parodia, probablemente el caso Katchdajian hubiera podido ser encuadrado en sus márgenes.

(28) Conf., CADH, “Kimel c/ Argentina”, 02/05/2008, LL 2008-D, p. 484. Sobre la estructura de los derechos fundamentales y el deber del Estado de remover obstáculos, ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 2ª edic., p. 393.

(29) Tengamos en cuenta además que, en el actual escenario de las *industrias del entretenimiento*, los derechos de autor sobre las obras suelen ser *cedidos* ilimitadamente por los autores o sus sucesores en favor de las grandes empresas productoras o intermediarias que monopolizan el mercado, en particular, en favor de las grandes productoras discográficas, los conglomerados editoriales y las productoras y distribuidoras audiovisuales.

(30) La fórmula aparece recogida en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, e igualmente en el artículo 10 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), el artículo 13 del AADPIC de la OMC. Ver, ANTEQUERA PARILLI, R., “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor”, en ROGEL VIDE, C. (coord.), *Los límites del Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2006, p. 54.

(31) Tal es el caso de Francia (artículo L 122-5-4º del *Code de la propriété intellectuelle*) y España (artículo 39, texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), entre otros.

En general, para que opere la *excepción* vinculada a la parodia, se requieren tres requisitos (32): a) que exista una modificación suficiente de la obra parodiada -es decir, que exista un esfuerzo intelectual serio y no meramente servil de quien parodia-; b) que exista una “intención satírica” o “crítica humorística” (33); c) que no se produzca el riesgo de “competencia desleal” con la obra parodiada o, en otros términos, que no exista “confusión” con la obra original (34).

Advertimos que la parodia no significa necesariamente comicidad. Lo que se requiere es una deformación en el sentido -lo que hemos sostenido al hablar de *resignificación*-; se trata de una “transformación lúdica” en el nivel semántico, al decir de Gérard Genette (35). Este elemento transformador es el que evita la “confusión” para el público entre la obra parodiada y la propia parodia. En el caso de *El Aleph engordado* es claro que, teniendo en cuenta la trascendencia del cuento y de su autor y las modificaciones operadas en la obra original, no existe riesgo de confusión que genere un presunto perjuicio para el autor original.

Sin embargo, en nuestro país para *parodiar* la obra de otro autor es necesario contar con su autorización (artículo 26, LPI): ¿cuántos autores habrán de autorizar tal procedimiento?

Se ha dicho además que supeditar la parodia a la autorización del autor parodiado implica hacer ilusoria su efectiva realización (36).

En definitiva, pensamos que las consideraciones y conclusiones que se obtienen respecto de la parodia pueden amplificarse y extrapolarse al resto de las *intertextualidades*, y en general a los *usos creativos*.

V. Cierre

Llegamos así al final de este trabajo en el que, partiendo del “caso Katchadjian” y la reciente resolución de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal Federal, hemos pretendido reflexionar sobre alguno de los interrogantes que el conflicto plantea. De esta manera, evitando refugiarnos en las soluciones que de corriente se dan, hemos tratado de comprender las prácticas propias del *mundo artístico* y, desde allí, hacer notar que lo que allí se encuentra legitimado en el *mundo jurídico* no corre la misma suerte.

(32) Seguimos a MAUREL-INDART, H., *Sobre el plagio* cit., p. 257, con la advertencia de que cada regulación de derecho nacional puede incorporar variantes.

(33) ESPIN ALBA, I., “La parodia de obras divulgadas”, en ROGEL VIDE, C. (coord.), *Los límites del Derecho de Autor*, cit. pp. 275 y sigs.

(34) ESPIN ALBA, I., “La parodia de obras divulgadas”, cit. p. 288.

(35) Citado por MAUREL-INDART, H., *Sobre el plagio* cit., p. 257.

(36) Conf. las opiniones reseñadas en LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco-Cerlalc-Zavalía, París-Bogotá-Bs.As.1993, p. 118. Ver igualmente, ESPIN ALBA, I., “La parodia de obras divulgadas” cit., quien sostiene que “la estructura de la parodia encierra una auténtica paradoja, pues contiene la llave del frágil equilibrio entre valores y conceptos jurídicos en muchos casos indeterminados”.

Nuestras reflexiones parten de considerar que el derecho debe tratar de *comprender* las prácticas y los conceptos artísticos, y en definitiva, debe procurar *respetarlos* -o que, en lo general, exige la construcción de una rama jurídica *transversal*: el *Derecho del arte* (37)-. Por ello, frente a las nuevas realidades, y en concreto, frente a la mixtura de creaciones que utilizan efectivamente obras precedentes, es que sostenemos la necesidad de incorporar una nueva excepción al derecho de autor: la excepción de usos creativos.

De esta manera se evitará que el derecho se convierta en algo que no quiere ser: un obstáculo para el desarrollo de la cultura y su constante re-invencción.

SENTENCIA: CAUSA N° 192/2013 (Registro N° 1864/2014.4

Tribunal: Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal

Fecha: 14/09/2014

Asunto: “KATCHADJIAN, Pablo s/recurso de casación”

Magistrados: Gustavo M. Hornos como presidente y Juan Carlos Gemignani y Eduardo Rafael Riggi como vocales

En la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Eduardo Rafael Riggi como vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 137/156 vta. de la presente causa n° 192/2013 del registro de esta Sala, caratulada: “KATCHADJIAN, Pablo s/recurso de casación”; de la que

RESULTA:

I. Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad, en la causa N° 655/12 de su registro, con fecha 13 de junio de 2013 resolvió en lo que aquí interesa confirmar la resolución de Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 3, obrante a fs. 94/101 vta., en cuanto dispuso el sobreseimiento de Pablo Katchadjian (cfr. fs. 127/128).

II. Que contra dicha resolución, interpuso el recurso de casación bajo estudio, el doctor Fernando O. Soto, letrado apoderado de la Sra. María Kodama, parte querellante en autos (fs. 137/156 vta.), el que fue declarado inadmisibles a fs. 158, motivó la presentación en queja glosada a fs. 166/182 vta. y acogida finalmente de modo favorable por esta Sala a fs. 221/vta.

III. Que el recurrente encuadró su pretensión en las previsiones del art. 456 del C.P.P.N.

Se agravó por considerar que tanto la resolución del juzgado de instrucción como la decisión impugnada que confirmó aquella, contiene una incorrecta interpretación de las cuestiones de hecho del proceso y de la interpretación de los tipos punitivos de los arts. 71 y 72 de la ley 11.723.

(37) Esta construcción ha sido planteada y desarrollada en su generalidad en CIURO CALDANI, M. Á., “Derecho del Arte”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2009-II fascículo n°7 p. 3. Ver además, nuestro trabajo “Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. Reflexiones desde el derecho del arte”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, N° 35, FIJ, Rosario, 2014, p. 81; GALATI, E., “Notas jurídico-dikelógicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía”, en *Investigación y Docencia*, N° 43, FIJ, Rosario, 2010, p. 107 y ss.

Luego de discurrir respecto de la admisibilidad formal del remedio casatorio y sobre el interés de la querella en el presente caso, expuso los hechos que motivaron la resolución recurrida, y los argumentos brindados por el *a quo* para decidir la absolución de Katchadjian.

De esta manera, el recurrente afirmó que “[s]e ha inobservado la ley sustantiva porque sólo parece considerar como conducta típica de los delitos de la ley 11.723, la acción de plagio, ya que considera que si se reproduce una obra íntegra de otro sin autorización no habría delito si el agente ‘aclara’ en su reproducción que no es la obra propia sino obra ajena. Pero en el caso de autos la inobservancia de la ley sustantiva es más grave porque no sólo hubo una reproducción íntegra de la obra de otro, sino que encima se la bastardeó intercalándole texto ajeno (en más del doble que el original) e ilustraciones, reproduciéndolo como propio y vendiéndolo como propio” (fs. 146 vta./147). Es así que, insistió la parte querellante en que la conducta del denunciado es típica de la ley de propiedad intelectual, ya que “se reprodujo sin autorización (se la distribuyó en las librerías de Buenos Aires, y se vendió profusamente). Ello, sin duda alguna, es una acción típica de los delitos previsto en los arts. 71 y 72 de la ley 11.723” (fs. 147). Detalló que consideraba que los accionados han violado el art. 72, inc. a de la citada ley ya que “se ha editado, vendido o reproducido en una edición gráfica una obra publicada sin autorización de su autor o derechohabiente”. También manifestó que “se ha infringido el inciso c del mismo artículo, ya que se ha editado, vendido o reproducido una obra de Jorge Luis Borges suprimiendo y cambiando el nombre del autor, el título de la misma y alterando dolosamente su texto”. Concluyó que “las conductas desplegadas por los actuados son típicas de la norma impuesta por el art. 71 de la misma ley, que establece que será reprimido con la pena establecida en el art. 172 del CP el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual” (fs. 155 vta.).

Es así que, denunció que Katchadjian ha agregado cerca de 5.600 palabras al texto de Borges y alteró el texto original con palabras, comas, puntos y frases enteras. Además, denunció que “se ha suprimido y cambiado el nombre del autor, ya que en vez de aclararse que se trataba de la obra de Jorge Luis Borges, en la tapa de la obra denunciada se consignó ‘el Aleph Engordado de Pablo Katchadjian’” (fs. 151 vta.). Por ello, la querella consideró arbitrario lo sostenido por el *a quo* en cuanto a que en la obra denunciada se indicó el posible camino inverso de decodificación para volver al texto puro del cuento de Borges. De este modo, el querellante manifestó que “el texto de Borges estuvo lejos de quedar ‘intacto’” (fs. 147 vta.) y afirmó que para volver al texto original era necesario un experto por tratarse de una pericia (fs. 147 vta.).

Manifestó que, la obra de Katchadjian se trata de un texto falsificado: “Es falsificado porque el agente no creó una obra nueva, original, personal y novedosa, producto de su creatividad, sino que se apropió de una obra ajena, alterándola, o quizás al modo tan poco agradable que utilizó el imputado, engordándola” (fs. 149). Afirmó que dicho accionar es contrario al art. 17 de la C.N., al art. 27 de la D.U.D.H., al art. 15 inc. 1, del P.I.D.E.S.C., a la D.A.D.H. y a la ley 11.723.

Además, se agravó el querellante por considerar arbitrario que el *a quo* haya destacado que tanto el título de la obra de Katchadjian, como el haber mencionado al texto del autor original en diversas entrevistas, lo alejaba de toda intención de solapar u ocultar el autor original (fs. 148/ vta.). Por el contrario, el querellante afirmó que “la acción denunciada encaja perfectamente en los tipos penales de la ley 11.723” (fs. 153).

Por último, se quejó por la imposición de costas resuelta por el *a quo*. Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista por el art. 465, 4 primer párrafo y 466 del C.P.P.N., las partes no efectuaron presentaciones.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., la parte querellante y la defensa particular acompañaron breves notas que lucen agregadas a fs. 245/246 y 247, de lo que se dejó constancia en autos a fs. 248, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Eduardo Rafael Riggi, y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Llegan los autos a conocimiento de esta instancia, en orden a haber sido impugnado el decisorio del tribunal *a quo* que dispuso confirmar el sobreseimiento de los encartados por inexistencia de delito (art. 336, inc. 3° del C.P.P.N.).

II. Es así que, previo a ingresar al fondo de la cuestión habré de reseñar los argumentos dados por ambas instancias jurisdiccionales para sustentar el temperamento que aquí se impugna.

(A). El magistrado de la etapa de investigación realizó, en el auto confirmado por la resolución que se ataca, una reseña de los hechos denunciados en la presente causa. De este modo, afirmó que *“se inicia la presente en fecha 17 de mayo del año 2011, a raíz de la presentación formalizada (...) por el Dr. Fernando Soto, en nombre y representación de María Kodama (viuda de Jorge Luis Borges y exclusiva titular de la propiedad intelectual de toda su obra), oportunidad en que imputó a Pablo Katchadjian, la presunta comisión del delito de defraudación a la propiedad intelectual. Ello, en torno a la publicación de un libro titulado ‘El Aleph engordado’, editado por ‘Imprenta Argentina de Poesía’, en marzo del año 2009 en la Ciudad de Buenos Aires, bajo la autoría de Pablo Katchadjian, quien sin ningún tipo de autorización de la nombrada Kodama y motivado al parecer por una nueva modalidad o tipo de experimentación literaria, que consistiría en la reescritura de clásicos, reproduce íntegramente el cuento ‘El Aleph’ del célebre escritor argentino Jorge Luis Borges”* (fs. 94). Ahora bien, manifiesta el magistrado que, conforme el denunciante, dicho accionar fue realizado sin aclarar debidamente que está haciendo tal reproducción, ni que ella pertenece a la obra de Borges. Afirma que se modificó el texto original conforme el siguiente mecanismo: Por un lado, Katchadjian intercala y agrega al texto original reproducido, palabras, frases y oraciones completas, sin diferenciarlas a través de una tipografía distinta. Los agregados se extienden a lo largo de toda la obra, desde el principio (en donde fue incluida una cita de Shakespeare) hasta el final. Por otro lado, además de intercalar, explicó el denunciante que en algunos casos Katchadjian quitó palabras del texto original y directamente las sustituyó por otras.

Luego, el sentenciante reproduce la defensa de Katchadjian, quien niega la existencia de un ilícito y destaca las palabras de la representante del Ministerio Público quien reconoció que *“no es cierto que no haya ninguna aclaración al lector de que se trata del cuento de Borges. En la parte final de la obra cuestionada, Katchadjian sí la hace, aunque sin la centralidad formal que debiera. Al terminar la obra, que en Borges termina con una ‘Posdata’, Katchadjian le agrega otra posdata...”* y es en aquella última posdata en donde se aclaró expresamente quien era el autor original y cuál es el procedimiento del libro. Asimismo, la defensa destacó que Katchadjian es un profesor universitario que no pretendió obtener un libro con los doscientos ejemplares que editó a su costa y que en su mayoría regalo, y que sin duda no puede decirse que eso implicó un perjuicio económico para la querellante. Alegó que no es cierto que se hubiera suprimido el nombre del autor o el título o que hubiera alterado, mutilado o modificado el cuento de Borges. Así, la defensa destacó que la autoría de *“El Aleph”* es un hecho público y notorio. La defensa concluyó que si se tiene en cuenta que *“El Aleph engordado”, por su circulación, tirada y distribución estaba destinado a un público que conoce la materia y que, además, ante la menor duda podía consultar al texto original, es claro que nadie pudo confundirse. Es así que afirmó “... como se advierte, no hubo en la conducta de mi defendido dolo, disposición subjetiva que constituye un requisito típico de las figuras de que se trata. Se trata de un escritor y profesor universitario que practicó un experimento literario (...que tiene antecedentes en la Roma clásica). Procedimiento que se funda en las teorías acerca de la intertextualidad y el ready-made (...) queda claro, asimismo, que se trata de una obra nueva, que como tal recibida, que nadie confundió el*

texto de Katchadjian con el texto original de Borges y que al autor de El Aleph Engordado no lo animó afán de ilícito lucro ni voluntad de engañar a nadie. Y si no hubo engaño -si no hubo ardid- no puede haber defraudación de ninguna clase. Todo ello lleva a concluir que (...) lo cierto es que es imposible atribuirle dolo a su proceder” (fs. 96/vta.).

Luego, el sentenciante se adentró al análisis sobre la situación procesal de Pablo Katchadjian, que concluyó con el sobreseimiento. Ello, debido a que la posdata incluida al final de la obra puede traducirse en “*el reconocimiento expreso del imputado de la paternidad de la obra que el autor (Borges) tiene sobre aquella” (fs. 98 vta.).* Por lo tanto, el magistrado afirmó que “*de manera alguna se verifica que Pablo Katchadjian pretendiera disfrazar su realización artística y hacer pasar como propio el cuento ‘El Aleph.’ Así tampoco, que haya ocultado deliberadamente que su realización artística fuera el resultado de un experimento literario llevado a término sobre el cuento ‘El Aleph’ del escritor Jorge Luis Borges. Por el contrario, se cercioró en resaltar tal circunstancia y el expreso reconocimiento de la creación intelectual de Borges, como así también de explicar al lector como había sido el proceso de ‘engordamiento’ del texto original” (fs. 99).* Además, advirtió el magistrado que no solo existió una posdata sino que, sumado a ello, el denunciado se ocupó de relatar en varias entrevistas, el experimento literario que había realizado (fs. 99).

Así las cosas, culminó el magistrado con la aseveración de que la conducta de Katchadjian no pudo haber sido encuadrado en ningún tipo penal. Ello, ya que “*lo apuntado permite descartar la intencionalidad (voluntad-dolo) del imputado, en defraudar los derechos de propiedad intelectual tutelados en el art. 72 de la ley 11.723” (fs. 99).* Por último, diferenció la acción penal de la civil y afirmó que el accionante tendrá la posibilidad de ocurrir ante la sede judicial pertinente.

Con tales fundamentos, fundó el archivo definitivo de las actuaciones, y el sobreseimiento de Pablo Katchadjian respecto al hecho por el que fuera imputado, en virtud de lo dispuesto por el art. 336, inc.3º del C.P.P.N.

- (B).** A su turno, a fs. 127/128, el tribunal de alzada manifestó compartir los argumentos y la solución adoptados por el juez de la primera instancia, en cuanto a la atipicidad de los hechos investigados.

El órgano colegiado descartó que la resolución recurrida pudiera ser tachada de arbitrariedad. Manifestó que la decisión trató todas las cuestiones planteadas conforme a las constancias sumariales y bajo las reglas de la sana crítica.

En lo atinente a la exigencia dolosa correspondiente a todas las figuras incluidas en los artículos 71 y 72 de la ley 11.723, afirmó el *a quo* que en el presente caso es posible desechar “*cualquier rasgo de engaño o de ve[d]ada apropiación de un texto ajeno” (fs. 127 vta.).*

Así, concluyó que el temperamento desvinculante adoptado por el juez de primera instancia resultaba acertado y ajustado a derecho, y confirmó el auto que lo protocolizaba.

III. Ahora bien, corresponde adentrarse en el análisis de las previsiones pertinentes de la ley 11.723 para analizar si se verifica la existencia de un delito en las presentes actuaciones.

El art. 72 de la Ley de Propiedad Intelectual (publicada en el B.O. el 30/09/1933), dispone que “*Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley”.* Es así que, será necesario apelar a aquellas normas complementarias, para comprender los alcances de este tipo penal de carácter genérico, pues “*defraudar equivale, en el caso, a quitar, turbar, entorpecer, violar, menoscabar o lesionar los derechos de autor reconocidos por la norma especial (...) y basta para tipificar la conducta que el agente asuma, sin autorización prerrogativas reservadas exclusivamente, por ley especial, al titular” (cfr. D’ Alessio, Andrés J. -Director-, Divito, Mauro*

-Coordinador-, "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", T° III, Parte Especial, segunda edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2023, pág. 28 y ss.).

Ahora bien, por un lado, en relación a la modificación del texto cuya propiedad intelectual se busca preservar, cabe recordar que mediante la ley 11.251, el congreso aprobó la adhesión a la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas", firmada el 9 de septiembre de 1886. Dicha convención establece en su art. 6 bis que, "*Independientemente de los derechos patrimoniales de autor, y aun después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva, durante toda su vida, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor o su reputación*" (el destacado me pertenece).

Es así que, como consecuencia del derecho a la propiedad intelectual de la obra, el autor posee el derecho a la integridad de la obra, razón por la que podrá oponerse a toda modificación, deformación o utilización que de su obra pueda hacer un tercero. Ello, pues el autor tiene derecho a que su obra se exhiba, represente, ejecute en forma íntegra y tal como él la concibió, por lo tanto, cualquier modificación o alteración debe contar con su previa aprobación. Esta facultad puede ser ejercida aún después de la muerte del autor de la obra, por sus herederos, conforme lo dispuesto en el art. 5 de la ley 11.723, "*La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de la muerte del autor*".

Fortalece el planteo de la querrela considerar que aun cuando nuestra legislación prevé el derecho de cita en la obra literaria, existen pautas para regular el extracto de una obra literaria o artística. La convención ya mencionada se regula el derecho a cita a través de los artículos 10 y 10 bis que disponen: "Artículo 10- (1) Se considera lícito en todos los países de la Unión hacer citas breves de artículos de diarios o de publicaciones, así como de incluirlas en resúmenes de prensa. (2) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión y a los acuerdos especiales ya existentes o a concluirse entre ellos, la facultad de hacer lícitamente extractos de obras literarias o artísticas para incluirlas en publicaciones destinadas a la enseñanza o de carácter científico o en crestomatías, en la medida que lo justifique la finalidad perseguida. (3) Las citas y extractos deben ir acompañados de una mención sobre la fuente y el nombre del autor, si su nombre, figura en dicha fuente"; y "Artículo 10 bis- Queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión la determinación de las condiciones bajo las cuales se podrá proceder al registro reproducción y comunicación pública de fragmentos breves de obras literarias o artísticas con el fin de informar sobre sucesos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o la radiodifusión". Es así que la ley 11.723, en su artículo 10 dispone que: "Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensable a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otros semejantes".

De esta manera, la ley nacional ha optado por crear una excepción expresa a las facultades exclusivas del autor, y la condiona de la siguiente manera: a) debe tener una finalidad didáctica o científica; b) debe limitar la utilización hasta mil palabras en las obras literarias y ocho compases en las musicales; c) las partes del texto deben ser indispensables a ese efecto, y d) la utilización debe ser en la forma de comentarios, críticas o notas. Además, dichas condiciones son acumulativas. De esta manera, la ley 11.723 consagra el derecho a cita como un aprovechamiento parcial de una obra ajena, que no sea mayor de una determinada extensión y siempre que se haga con una finalidad específica.

En este orden de ideas, es posible afirmar que la interpretación de la restricción al derecho de autor es de carácter limitativo y no admite, por lo tanto, la publicación del todo, ni de partes sustanciales de la obra. En suma, la ley de propiedad intelectual limita considerablemente la utilización de una obra ajena incluso en casos en donde no haya plagio (en virtud de haber efectuado la transcripción en forma de nota o cita) o en casos de finalidad didáctica.

Notesé entonces, que la señora Kodama cuenta con la legitimación para oponerse a toda modificación, deformación o utilización que de su obra pueda hacer un tercero. El hecho de que el Pablo Katchadjian haya efectuado el “engorde” de la reconocida obra de Jorge Luis Borges omitiendo la autorización, ha violado la protección de los derechos de autor reconocidos en la ley 11.723.

Ello así pues, por un lado, se ha modificado el texto original ya que, conforme el querellante ha denunciado, Katchadjian ha utilizado y deformado la obra de Borges mediante dos recursos: primero, Katchadjian intercala y agrega al texto original reproducido, palabras, frases y oraciones completas, sin diferenciarlas a través de una tipografía distinta a lo largo de toda la obra, y, segundo: explicó el denunciante que en algunos casos Katchadjian quitó palabras del texto original y directamente las sustituyó por otras.

Por otro lado, se ha transcripto la obra de Borges en su totalidad, o parte sustancial, excediendo el límite de mil palabras dispuesto en el art. 10 de la mencionada ley.

De este modo, su accionar queda enmarcado en el tipo objetivo enunciado por el art. 72 de la mencionada ley al efectuar la acción típica de defraudar los derechos de autor.

IV. Propicio en definitiva HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 137/156 vta., CASAR la resolución obrante a fs. 127/128, REVOCAR el sobreseimiento de Pablo Katchadjian (cfr. fs. 127/128) y REMITIR las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se continúe la tramitación de los presentes actuados.

El señor juez doctor Eduardo R. Riggi dijo:

Por coincidir en lo sustancial con el distinguido colega que lleva la voz en este acuerdo, habremos de adherir a cuanto propone.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Por compartir sustancialmente las consideraciones desarrolladas en el voto que lidera el acuerdo, habré de expresar el mío en igual sentido; sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a 12 fs. 137/156 vta., **CASAR** la resolución obrante a fs. 127/128, **REVOCAR** el sobreseimiento de Pablo Katchadjian (cfr. fs. 127/128) **y REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se continúe la tramitación de los presentes actuados.

Regístrese, notifíquese, oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara y remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. GUSTAVO M. HORNOS, JUAN CARLOS GEMIGNANI. EDUARDO R. RIGGI.