
Derecho de Reproducción. Préstamo textual. Creación literaria diferencia. Procedencia

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala 5, de Buenos Aires

FECHA: 15/05/2017

JURISDICCIÓN: Judicial (penal)

FUENTE: Página web del Centro de Información Judicial CIJ de la Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina <http://www.cij.gov.ar/inicio.html>

DATOS: CCC 18957/2011/CA3. “Katchadjian, Pablo”. Procesamiento. JI 3.

SUMARIO:

“Coincidimos con el magistrado en cuanto a que los términos de la posdata de Katchadjian desechan cualquier rasgo de engaño o de vedada apropiación de un texto ajeno, por cuanto explícitamente se expusieron los detalles del mecanismo de construcción del experimento literario y se indicó el posible camino inverso de decodificación para volver al texto puro del cuento de Borges, reconocido como punto de partida presente en la obra, literal y gramaticalmente inalterado (como lo reconoció la propia querella, salvo en el caso aislado de una palabra).” (fs. 127/128)..”

En primer término corresponde resaltar, que surgen de las pericias que...: “La parodia de un clásico, expresada a través de una acción material, concreta...corporal como “engordar” expresa un gesto...de vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con Don Quijote de la Mancha, que parodizó la literatura de caballería”.

“Se concluyó que no existían dudas sobre la intención literaria que guió la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la posdata final dejaban en claro el propósito del autor, resaltándose además que el

procedimiento de “engorde” dio como resultado un estilo que se contrapone de manera radical al de Borges.”

El texto de “El Aleph” se encuentra transcripto en su totalidad (salvo las modificaciones señaladas a fs. 488/489) en la obra cuestionada.

Además, esa transcripción de “El Aleph” está intervenida y modificada por la inserción de palabras, frases y párrafos, ajenos al texto de Borges, los que lo transforman en términos sintácticos, narrativos y estilísticos, razón por la cual el “engorde” supone no sólo la incorporación de palabras al cuento “El Aleph”, sino un cambio de forma, de un texto armonioso y cuidado, en otro cuento diferente (fs. 489).

Si bien no se pudo señalar si “El Aleph engordado” habría sido de interés de Jorge Luis Borges, se indicó que los problemas de la autoría, el interés por los clásicos de la literatura y la intertextualidad fueron motivo de reflexión crítica y punto de partida para muchos de los textos ficcionales de Borges, incluyendo “El Aleph”. También se explicó que el “engordamiento” es un procedimiento literario extremo pero legítimo, en la medida en que abiertamente toma en préstamo las palabras de un texto para producir una nueva obra literaria, técnica que supo utilizar Borges y que, incluso, tematizó en el cuento “Pierre Menard, autor del Quijote” (fs. 507).

“Esos cambios de “El Aleph engordado”, afirmó la perito, proponen no sólo un nuevo cuento sino una poética diferente. “El cuento de Katchadjian exige analizar el préstamo textual realizado, no sólo por la similaridad entre ambas obras, sino por sus profundas diferencias narrativas y estilísticas, sin evaluar la calidad literaria de uno u otro”, ver fs. 506.”

“Así, conforme el estudio pericial, el procedimiento literario aplicado confluyó en la creación de una obra nueva -“El Aleph Engordado”-.

La conceptualización como legítimo del método usado y las demás consideraciones a que se ha hecho referencia llevan, en forma razonable, a concluir y que, aun de sostenerse la existencia del tipo objetivo a la luz del criterio de la Cámara Federal de Casación Penal a fs. 253/258vta., la aceptación como legítimo de dicho procedimiento por la especialista que llevó a cabo el estudio técnico y la aplicación educativa de la edición acreditada en autos demuestran en forma notoria que el imputado actuó sin dolo directo, es decir, sin la voluntad

de defraudar los derechos del autor y animado exclusivamente por los fines literarios y educativos expuestos.

*La aceptación del “engorde” como paradigma metodológico legítimo por la rama científica específica -expuesto por la perito de oficio que tuvo intervención en el estudio técnico realizado y, asimismo, por los académicos de diversas universidades de la especialidad del mundo, cuyas presentaciones se incorporaron a la instrucción- requiere que el juzgador tenga en cuenta como dirimente esa circunstancia al momento de la aplicación de la ley al caso, en tanto preconcepto que debe guiar su interpretación de la norma (Gadamer, *Verdad y Método*, 1992, pág. 366 y ss.; Thomas S. Kuhn, *Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos*, Paidós, 1889, págs. 91 y ss).*

Por todo lo expuesto, corresponde revocar el auto en crisis y disponer el sobreseimiento del imputado, en los términos del artículo 336, inciso 3°, del código adjetivo

COMENTARIO. Nuevamente el caso en cuestión tuvo un giro de 180 grados. Tal como había comentado anteriormente y que puede consultarse en el banco de datos DAR- CERLALC se trata de la denuncia de la heredera testamentaria del escritor Jorge Luis Borges contra Pablo Katchadjian por reproducción íntegra de la obra “El Aleph” dentro de otra “El Aleph engordado”. En tal proceder el denunciado 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. De esta manera había agregado cerca de 5.600 palabras al texto de Borges y alteró el texto original con palabras, comas, puntos y frases enteras, significando más del doble del original. Además la querellante 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”. En su defensa, el accionado destacó que es un escritor y profesor universitario que practicó un experimento fundado en las teorías acerca de la intertextualidad y el *ready-made*. Por otro lado sostuvo que “la autoría de “El Aleph” es un hecho público y notorio”, concluyendo que la obra cuestionada por su circulación, tirada y distribución estaba destinado a un público que conocedor de la materia que no podría confundirse. En el fallo comentado se revoca el auto del tribunal de Casación del 15/09/2014 que consideraba la posible existencia del delito de piratería ya que de sostener lo contrario se estaría aumentando el elenco de limitaciones al derecho de autor, que por su naturaleza restrictiva solo deben ser creadas por una ley. Esta causa contó con una cantidad importante de testimonios de diversas universidades del planeta. En efecto, coincidieron en que “la propuesta del “El Aleph Engordado” es un experimento literario contemporáneo con numerosos antecedentes en el siglo veinte y que dicha obra habría sido utilizada

académicamente en sus respectivos ámbitos, habiendo sido motivo de discusión y análisis en foros de la especialidad”. En definitiva, los miembros del Tribunal reconocieron, después de evaluar los dictámenes técnicos periciales que el procedimiento de “engorde” resultaba la legítimo sumado al fin educativo de la edición cuestionada, ya que demostraron la inexistencia de dolo directo, es decir, *sin la voluntad de defraudar los derechos del autor y animado exclusivamente por los fines literarios y educativos expuestos*. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2017**

TEXTO COMPLETO:

/////nos Aires, 15 de mayo de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El juez de la instancia anterior procesó a Pablo Esteban Katchadjian como autor del delito previsto en los artículos 71 y 72, incisos a) y c), de la ley 11.723 (fs. 512/526), pronunciamiento que fue impugnado por su defensa (fs. 528/531vta.).

Realizada la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN, expuso agravios el Dr. Ricardo Alejandro Straface. Replicó el Dr. Fernando Soto, apoderado de la querellante María Kodama. Luego de deliberar, nos encontramos en condiciones de resolver.

El juez Ricardo Matías Pinto dijo:

1. El imputado fue intimado en los siguientes términos al recibírsele declaración indagatoria: “Haber defraudado los derechos de propiedad intelectual que le reconoce la legislación vigente a María Kodama –viuda de Jorge Luis Borges-, en relación a la obra literaria “El Aleph”, que fuera publicado por primera vez el 3 de septiembre del año 1945 en el nro. 131 de la revista “Sur”, la cual ha sido inscripta en el Registro de la Propiedad Intelectual bajo el nro. 187.855. Ello, al haber violado la protección de los derechos de autor reconocidos a la nombrada en la Ley 11.723 (arts.71 y 72 incs. a) y c). Por un lado, modificando el texto original, ya que el compareciente habría utilizado y deformado la obra de Jorge Luis Borges, intercalando al texto original, palabras, frases y oraciones completas sin diferenciarlas, y por otro habría quitado palabras del texto original, sustituyéndolas por otras. A más de ello, habría transcripto la obra literaria de que se trata en su totalidad o parte sustancial, excediendo el límite de mil palabras dispuesto en la normativa aludida. En efecto, en fecha 17 de mayo del año 2011, ante la Oficina de Sorteos y Turnos de la Excm. Cámara del Fuero, el Dr. Fernando Soto, en nombre y representación de María Kodama (exclusiva titular de la propiedad intelectual de toda la obra de Jorge Luis Borges), puso en conocimiento de 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 (como autor y responsable de la edición), quién sin ningún tipo de autorización de Kodama y motivado al parecer por una nueva modalidad o tipo de experimentación literaria (que consistiría en la reescritura de clásicos), habría reproducido

íntegramente el cuento “El Aleph” del escritor argentino Jorge Luis Borges –sin aclarar debidamente que estaba haciendo tal reproducción, ni que ella pertenecía a la obra de Borges-, manipulando y modificando su texto conforme a la siguiente mecánica: a) En primer lugar, intercalaba, en el curso del texto original reproducido, palabras, frases y hasta oraciones completas de la cosecha personal del propio Katchadjian, que así venían a agregarse al texto original –engordándolo-, sin siquiera diferenciarse de él a través de una tipografía distinta sin explicar al lector dónde y cómo jugaba la experimentación (no lo aclaraba antes, en un prólogo, ni lo aclaraba luego, en el desarrollo del texto), alterando así completamente la estética, sentido y espíritu de la obra borgeana, de manera de confundir al lector, de tener en cuenta que eran palabras sueltas u oraciones cortas, muy difíciles de advertir si no se tenía el texto original a mano o si no se era un experto en la obra de Borges. A más de ello, los agregados apuntados se extendían a lo largo de toda la obra, desde el principio – incluso a partir de la cita de Shakespeare del epígrafe-, hasta el final. Esto se repetía – de manera creciente- en el resto de la obra, sin que prácticamente se salve casi ninguno de los párrafos. b) Además de intercalar, explicó el denunciante, también, en algunos casos, Katchadjian quitaba palabras del texto original y directamente las sustituía por otras de su propio acervo. A modo de ejemplo, en el primer párrafo de la obra, el texto original se reproducía íntegramente, consistiendo la alteración o modificación exclusivamente en intercalar la prosa nueva entre medio del original. En tanto, en otras partes el imputado, suprimía alguna palabra, avanzando con la sustitución por una propia – como en los otros casos, sin advertir ni diferenciarlo de manera alguna-.

Que la obra literaria “El Aleph”, se trata de un cuento de la autoría del escritor Jorge Luis Borges, circunstancia que se acreditó con el ejemplar acompañado, de la edición de Editorial Sudamericana S.A., con acuerdo de Random House Mondadori S.A., bajo el sello Debolsillo, del mes de abril del año 2011, hecha en Buenos Aires, Argentina. Asimismo, se verificó que Maria Kodama, era la única y universal heredera de Jorge Luis Borges, fallecido en el año 1986, y por tanto la titular de la totalidad de los derechos de autor de aquél. En tal carácter celebró, el 22 de septiembre del año 1988, un contrato con la firma “EMECE EDITORES S.A.”, mediante la cual cedió al editor y no a otros los derechos de reimprimir la obra citada. Asimismo, la nombrada Kodama, de manera alguna autorizó la reproducción de la obra y mucho menos con las modificaciones señaladas y tampoco fue retribuida materialmente o participada de algún fruto a raíz de dicha reproducción/publicación” (fs. 281/294).

2. El 13 de junio de 2012, en la intervención que le cupo a esta Sala, se confirmó el sobreseimiento decretado en la instancia anterior, y se indicó que “La alteración del texto descripta por la figura requiere -al igual que todas las demás conductas de los artículos 71 y 72 de la ley 11.723- una actuación dolosa encaminada a defraudar los derechos de propiedad intelectual en lo que hace a la “integridad de su creación”, sea en su aspecto moral o patrimonial, es decir, un obrar con conocimiento de la habilidad de la acción para infringir la norma y con la voluntad de, aun así, concretarla (cfr. D’Alessio, Andrés José – Divito,

Mauro, Código Penal de la Nación comentado y anotado, La Ley, 2ª. Ed., Tomo III, pág. 42 y ss).

El juez rechazó, correctamente a nuestro entender, que “El Aleph engordado” hubiera sido el resultado de una actuación de esas características.

Coincidimos con el magistrado en cuanto a que los términos de la posdata de Katchadjian desechan cualquier rasgo de engaño o de vedada apropiación de un texto ajeno, por cuanto explícitamente se expusieron los detalles del mecanismo de construcción del experimento literario y se indicó el posible camino inverso de decodificación para volver al texto puro del cuento de Borges, reconocido como punto de partida presente en la obra, literal y gramaticalmente inalterado (como lo reconoció la propia querella, salvo en el caso aislado de una palabra).” (fs. 127/128).

3. La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de casación que la querella interpuso, casó la resolución de fs.127/128 y revocó el sobreseimiento de Pablo Katchadjian y dispuso la prosecución del trámite (fs. 253/258vta.).

El juez Gustavo M. Hornos, a cuyo voto adhirieron los vocales Eduardo Riggi y Juan Carlos Gemignani, dijo:

“...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 1986. Dicha Convención establece en su art. 6 bis que ‘Independientemente de los derechos patrimoniales de autor, y aún 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 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 el 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....

Fortalece el planteo de la querella 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...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 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'...”.

Es así que la ley 11.723, en su artículo 10 dispone que: “Cualquiera puede publicar con fines didácticos, científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas...y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables 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 condiciona de la siguiente manera: a) debe tener una finalidad didáctica o científica; b) debe limitar la utilización hasta mil palabras en las obras literarias...; 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...

El hecho de que 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.”

4. Al proseguirse la instrucción, se escuchó en declaración indagatoria al imputado (fs. 281/294), oportunidad en que se remitió al descargo agregado a fs. 77/90. Sustancialmente explicó que no tuvo intención de engañar a nadie y que nadie resultó engañado, ni pudo serlo, porque por esa razón incluyó una posdata donde, sin ambigüedad y de una manera que no puede confundir a nadie, indicó qué tipo de trabajo hizo con el texto original y de quién era el texto, por supuesto. Agregó que en las entrevistas que le hicieron y en las notas que salieron sobre este libro en distintos medios periodísticos quedó en claro la naturaleza del juego propuesto, todos hicieron mención a la obra de Borges, y entendieron el libro como un diálogo con la tradición.

Asimismo, negó haber obtenido algún tipo de lucro económico, “ni tampoco se me cruzó por la cabeza en ningún momento, para nada, obtener lucro económico con este experimento”, agregó. Indicó que se trató de una tirada de doscientos ejemplares, cuyo costo de impresión pagó él mismo y de la cual la mayor parte los regaló. Señaló que, si bien en algunas librerías hubo ejemplares, fue a un costo bajísimo -de entre 10 y 14 pesos- y eso fue más que nada, porque hay ciertas librerías especializadas, que ayudan a circular ciertos libros, pero ni aún así estuvo en eso la idea de recuperar parte del dinero, muchos menos la de obtener una ganancia. Agregó que todos los libros de la editorial -muy “amateur” y hecha por un grupo de amigos- circulaban de la misma manera, es decir, sin finalidad lucrativa y, en general, más bien con pérdidas, que no consideraban tales. Afirmó que el libro es un experimento literario, que tiene antecedentes clásicos a lo largo de toda la historia de la literatura pero cuya tradición más fuerte empieza en el siglo XX, habiendo sido incluso Borges fue un cultor entusiasta de esta tradición. Explicó que consistiría en trabajar explícitamente con otros textos y que la obra sea justamente la exhibición de ese trabajo. Lo que se hizo en este caso, dijo, fue, duplicar la extensión de un texto agregándole palabras, tal como se expuso en la posdata. La eventual modificación de palabras que se atribuyó en la imputación, dijo haberla detectado en una palabra y que se trató de errata.

En sustento de la tradición argüida y de su conocimiento por parte de Borges como un “trabajo literario...con textos ajenos, como un juego que se le propone al lector”, reseñó que un escritor salvadoreño -Menéndez Leal- fue denunciado ante Borges, por haber escrito un prólogo falso con frases sueltas de Borges y con la firma éste para dar difusión a su libro. Expuso que Borges no lo acusó, sino que decidió que le caía mejor el acusado que el acusador, y le envió a Menéndez Leal una carta felicitándolo por el libro.

Dio cuenta además de que su idea de no distinguir tipográficamente qué partes del libro le pertenecían al cuento original y cuáles eran sus agregados fue justamente parte de un juego que, de haberla hecho, hubiese perdido interés.

Reconoció que no conversó previamente con María Kodama ni pidió autorización para la inclusión del texto de Borges, por cuanto “... este tipo de juegos literarios, se hacen siempre espontáneamente y no se pide autorización, de la misma manera que Menéndez Leal no le pidió autorización a Borges y este le festejó el libro. Forma parte de la tradición hacerlo así y sobre todo cuando uno sabe que no está perjudicando a nadie al hacerlo. Ni obteniendo nada a costa de nadie, sino dialogando con un autor con el que uno como escritor quiere dialogar.”

5. El 17 de junio de 2015, el juez de la instancia anterior procesó a Pablo Esteban Katchadjian (fs. 287/298vta.), decisión que fue revocada por esta sala. En dicha oportunidad se decretó la falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado y se dispuso la realización de un estudio pericial para establecer si el texto original del “Aleph” fue transcrito literalmente por Katchadjian en “El Aleph engordado” (fs. 313).

6. Planteada la cuestión en estos términos y ante el recurso de la defensa, en la evaluación de la responsabilidad del imputado en términos de las conductas defraudatorias descritas en los artículos 71 y 72 de la ley 11.723, cabe formular las siguientes consideraciones:

No se presenta en el caso un supuesto de plagio. Ello así, por cuanto “El delito de plagio ha dicho esta Cámara...reside en la acción dolosa del plagiarlo decidido a revestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (CCC, Sala II, causa nro.18618, “Carreras” del 25/11/1975, en Carlos A. Villalba – Delia Lipszyc, “El Derecho de Autor en la Argentina, La Ley, 2005, pág. 283 y ss.).

En este aspecto, el título y la posdata desechan que ése hubiera sido el diseño de Katchadjian. La denuncia formulada se ubica en las hipótesis de la reproducción y/o alteración.

Sobre el particular, en las primeras décadas de vida de la ley los tribunales exigieron para la configuración del tipo del artículo 71 la presencia de los elementos propios del tipo de defraudación, tal como los describen los artículos 172 y 173 del Código Penal, los cuales nunca se verificaban porque el carácter inmaterial de la obra determina que el delito pueda concretarse sin mediar una relación personal entre el autor y el titular del derecho y, por tanto, sin que medie abuso de su confianza, ardid o engaño (Villalba – Lipszyc, op. cit., pág. 274 vta. y ss).

Julio Ledesma rechazó la idea de que para que se configurara el delito previsto por el art. 71 deba exigirse que se reúnan los caracteres requeridos por el delito de defraudación del Código Penal o que se tipifique. Consideró que el término “defraudación” empleado en la norma no tenía alcance técnico -jurídico y que debía asignársele un sentido amplio y genérico, es decir, del significado común, como la actividad intencional desplegada en violación de la propiedad del autor, restringiendo la equiparación con el art. 172 del CP estrictamente a la pena.

A partir de la década de 1970, los tribunales interpretaron la remisión al artículo 172 del Código Penal en la norma en el sentido indicado por Ledesma y que “...el fraude de que habla la ley 11.723 en el art. 72 se conforma con las ofensas inferidas al derecho de crear y al consecuente dominio del autor, derechos que resultarán menoscabados en cuanto alguien, contra la voluntad del propietario del bien intelectual, se apropie en beneficio personal...” (CNCy Corr, Sala VI, “Troncoso, Oscar A.”, diciembre 21-1979; “Taubin, Gregorio”, agosto 5, 1980; Sala III, “Ferrari de Gnisci, Noemí”, abril 1, 1980; Sala V, “Dragani, Luis A. y otros”, julio

5, 1991, entre muchos otros).

7. En este aspecto es importante tener en cuenta el estudio pericial concretado en autos que señaló las siguientes circunstancias de interés (fs. 488/508).

En primer término corresponde resaltar, entre otras cuestiones, la explicación expuesta bajo los siguientes términos: “La parodia de un clásico, expresada a través de una acción material, concreta...corporal como “engordar” expresa un gesto...de vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con Don Quijote de la Mancha, que parodizó la literatura de caballería”.

Se concluyó que no existían dudas sobre la intención literaria que guio la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la posdata final dejaban en claro el propósito del autor, resaltándose además que el procedimiento de “engorde” dio como resultado un estilo que se contrapone de manera radical al de Borges.

El texto de “El Aleph” se encuentra transcrito en sutotalidad (salvo las modificaciones señaladas a fs. 488/489) en la obra cuestionada.

Además, esa transcripción de “El Aleph” está intervenida y modificada por la inserción de palabras, frases y párrafos, ajenos al texto de Borges, los que lo transforman en términos sintácticos, narrativos y estilísticos, razón por la cual el “engorde” supone no sólo la incorporación de palabras al cuento “El Aleph”, sino un cambio de forma, de un texto armonioso y cuidado, en otro cuento diferente (fs. 489)

A la pregunta relativa a si las modificaciones revelaban una intención maliciosa o podían atribuirse a otras razones -“erratas” o al procedimiento del “engordamiento”-, se explicó que Katchadjian anunció en el título “El Aleph engordado” que la operación básica (engordar) se realizó sobre el cuento de Borges, y en la posdata sus propósitos o procedimientos de escritura. Además, se señaló que esas modificaciones podían atribuirse al procedimiento literario de “engorde”, calificándoselas de “pretenciosas”, en el sentido de que el autor procuró discutir meta-literariamente, en el mismo texto y a partir de la escritura, con la poética y el lugar de Borges, un texto clásico (fs. 491/492).

Se concluyó que no existían dudas de la intención literaria que guió la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la posdata final dejaban en claro el propósito del autor, y que el procedimiento de “engorde” dio como resultado un estilo que se contrapone de manera radical al de Borges.

Ante la requisitoria expresa de si podía llegar a entenderse que el “El Aleph engordado” resultara de autoría de Borges, la respuesta fue negativa. Sobre el punto se resaltó el contraste marcado entre el estilo de Borges - definido por la economía de recursos, donde “menos” es “más”, la evitación de desbordes y repeticiones, un estilo que alude en vez de decir, que deja al lector inferir los supuestos- y el de Katchadjian -caracterizado por la saturación, la repetición, la explicitación, la valoración definida, la descripción por extensión

de las acciones, personales y sucesos que poco deja en manos del lector a la hora de asignar sentido al texto, bajo una sintaxis compleja-, ver fs. 492/496.

Así, se señaló que las diferencias de estilo y las referencias explícitas sobre el procedimiento de “adición”, en el título y en la postdata, resultan evidencia suficiente para reconocer el “engorde” en el texto y los propósitos literarios perseguidos por el autor. A ello se agregó que el procedimiento de engorde duplica las palabras de “El Aleph”, diferencia que resulta significativa, no sólo cuantitativa sino cualitativamente, ya que afecta profundamente la trama narrativa, al narrador y a los personajes, proponiendo visiones contrapuestas (otro eje narrativo; cambio de las caracterizaciones de los personajes y su relación con el autor o con los aspectos sustanciales tratados; en la posición del narrador, desdibujado en el cuento de Borges y autorreferencial en el “engorde”, modificándose asimismo los órdenes del relato, es decir, la organización textual), ver fs. 496/507

Esos cambios de “El Aleph engordado”, afirmó la perito, proponen no sólo un nuevo cuento sino una poética diferente. “El cuento de Katchadjian exige analizar el préstamo textual realizado, no sólo por la similaridad entre ambas obras, sino por sus profundas diferencias narrativas y estilísticas, sin evaluar la calidad literaria de uno u otro”, ver fs. 506.

Del análisis realizado, se concluyó que “las diferencias entre uno y otro texto son los suficientemente significativas para permitir reconocer que no hubo una reelaboración del texto original, sino la creación de un texto nuevo y diferente, por lo que para los peritos no quedan dudas sobre la autoría de cada texto”, fs. 507.

Si bien no se pudo señalar si “El Aleph engordado” habría sido de interés de Jorge Luis Borges, se indicó que los problemas de la autoría, el interés por los clásicos de la literatura y la intertextualidad fueron motivo de reflexión crítica y punto de partida para muchos de los textos ficcionales de Borges, incluyendo “El Aleph”. También se explicó que el “engordamiento” es un procedimiento literario extremo pero legítimo, en la medida en que abiertamente toma en préstamo las palabras de un texto para producir una nueva obra literaria, técnica que supo utilizar Borges y que, incluso, tematizó en el cuento “Pierre Menard, autor del Quijote” (fs. 507).

8. Así, conforme el estudio pericial, el procedimiento literario aplicado confluyó en la creación de una obra nueva -“El Aleph Engordado”-.

Se habló de obra nueva porque, en base al núcleo base de “El Aleph”, se llegó a una creación literaria diferente, expandida, elaborada bajo una estructura gramatical y literaria propia del imputado, absolutamente diversa del estilo de Borges y, por tanto, fácilmente diferenciable, no quedando “dudas sobre la autoría de cada texto” (fs. 507).

La inclusión de la palabra “engordado” en el título y los explícitos términos de la posdata -que se transcribe a continuación- dejaron en claro que no se trataba de “El Aleph”, sino un experimento literario con punto de partida en éste. “Posdata del 1° de noviembre de 2008.

La posdata del 1° de marzo de 1943 no figura en el manuscrito original de “El Aleph”, posterior a la escritura del cuento, es el primer agregado y la primera lectura de Borges. Esa posdata es la única parte que quedó intacta en este engordamiento. El resto, de aproximadamente 4000 palabras llegó a tener más de 9600. El trabajo de engordamiento tuvo una sola regla: no quitar ni alterar nada del texto original, ni palabras, ni comas, ni puntos, ni el orden. Esto significa que 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.

Con respecto a mi escritura, si bien no intenté ocultarme en el estilo de Borges tampoco escribí con la idea de hacerme demasiado visible: los mejores momentos, me parece, son esos en los que no se puede saber con certeza qué es de quién. A Jacqui Behrend.”

A su vez, en autos se acreditó un uso primordialmente académico de la obra cuestionada, a través de diversas presentaciones.

Así, la de la profesora Graciela Montaldo, ‘Director of Graduate Studies, Department of Latin American and Iberian Cultures, Columbia University’, quien señaló haber usado la obra “El Aleph Engordado” en los cursos de doctorado, haberla sometido a discusión con colegas en congresos y conferencias en diferentes universidades y foros de Estados Unidos, donde se ha escrito sobre ella. Entre otras cuestiones, señaló que era considerada una obra literaria que experimenta con procedimientos estéticos de forma en que lo hacen muchos autores contemporáneos, que da “la posibilidad de explorar nuevos procedimientos estéticos” y cuyo “relato obliga a los lectores a enfrentarse a una doble lectura, a leer a Borges mientras se lee otra obra.”

Explicó que no sólo que no sólo existen muchísimos trabajos que han hecho éste u otro tipo de exploraciones y que varios de los procedimientos usados para experimentar con la autoridad y la textualidad han sido teorizados por pensadores de la talla de Nicolás Bourriaud, Jacques Ranciere, Jonathan Crary, Bruno Latour y Boris Groys entre otros, a lo que agregó que lo que hizo Katchadjian forma parte de una de las tendencias predominantes del arte contemporáneo.

En particular, opinó que la obra de Borges, ya constituida como un clásico universal, no se ve afectada por lo que hizo el imputado, porque se trata de dos obras diferentes y que “El Aleph Engordado” se suma a una cantidad de obras-homenaje a Borges.

Finalmente afirmó que “Sin entrar en consideraciones concretas en cómo afecta esta acusación la libertad de expresión, creo que la penalización de un autor por usar procedimientos literarios que no perjudican ni a la obra ni los derechos de otros autores significa desconocer el funcionamiento del arte y la literatura en el mundo contemporáneo. Lejos de ser un antecedente, este caso se puede convertir en un escandaloso ejemplo de censura y desconocimiento de la obra del propio Borges” (fs. 321/vta.).

En similares términos de pronunciaron el Dr. Ben Bollig, Fellow and Tutor in Spanish del "St. Catherine's College, University of Oxford" (fs.336); Julio Premat, catedrático de literatura hispanoamericana de la 'Universidad de Paris 8, Vincennes Saint-Denis y Director del Laboratoire d'Etudes Romanes' (fs. 348), Annick Louis, docente de la 'Universidad de Reims y de la Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de París (fs. 349); la Dra. Annette Gilbert, investigadora y Directora del proyecto de investigación 'In & Out & Between. Sobre la emmarcación del arte', con sede en el Instituto Szondi de Literatura General y Comparada de la Universidad Libre de Berlín (367/371); Guillermo Bravo responsable de la Cátedra de Introducción a la Literatura Española, editor fundador de Cathay Publishers, Normal Capital University, Beijing (fs. 371).

Dichos catedráticos coincidieron en que la propuesta del "El Aleph Engordado" es un experimento literario contemporáneo con numerosos antecedentes en el siglo veinte y que dicha obra habría sido utilizada académicamente en sus respectivos ámbitos, habiendo sido motivo de discusión y análisis en foros de la especialidad.

A ello se sumaron afirmaciones como las siguientes: es "...un trabajo de reescritura literaria que responde a los principios defendidos por Borges, es decir a la idea que la vocación de la literatura es producir variantes literarias destinadas a multiplicar los textos...la capacidad de crear a partir de otra obra es la reivindicación borgeana por excelencia" (fs. 349); "...se ve un trabajo creativo y la continuación del relato de Borges, lo que -como lo demuestra una lectura atenta- implica un análisis crítico intensivo y estilístico del contenido del precursor y al mismo tiempo le mayor valor. El Aleph engordado contribuye al renombre de Borges y es una invitación a una segunda lectura..." (fs. 370).

En base a todo lo expuesto, del peritaje surge nítidamente que "El Aleph engordado" constituyó la creación de un texto nuevo, generado a partir de un procedimiento literario reconocido en el paradigma que guía la literatura contemporánea y que clásicos como el mismo Borges habían aceptado.

El propio imputado anunció que se trataba de un "cuento diferente" a "El Aleph", lo hizo a través del título seleccionado y lo explicitó claramente en la posdata, donde expuso su finalidad, la discusión metaliteraria de un texto clásico. "Desde el título mismo del cuento, hasta el estilo empleado y la posdata final dejan en claro el propósito del autor", dijo la perito de oficio (fs. 491).

Ésta explicó que el engordamiento es un procedimiento literario extremo pero legítimo, correspondiendo destacar la consideración expuesta a fs. 321/vta., en tanto se evaluó que dicha metodología no perjudicó ni a la obra ni al autor, y su punición significaría desconocer el funcionamiento del arte y la literatura contemporáneos.

La conceptualización como legítimo del método usado y las demás consideraciones a que se ha hecho referencia llevan, en forma razonable, a concluir y que, aun de sostenerse la

existencia del tipo objetivo a la luz del criterio de la Cámara Federal de Casación Penal a fs. 253/258vta., la aceptación como legítimo de dicho procedimiento por la especialista que llevó a cabo el estudio técnico y la aplicación educativa de la edición acreditada en autos demuestran en forma notoria que el imputado actuó sin dolo directo, es decir, sin la voluntad de defraudar los derechos del autor y animado exclusivamente por los fines literarios y educativos expuestos.

La aceptación del “engorde” como paradigma metodológico legítimo por la rama científica específica -expuesto por la perito de oficio que tuvo intervención en el estudio técnico realizado y, asimismo, por los académicos de diversas universidades de la especialidad del mundo, cuyas presentaciones se incorporaron a la instrucción- requiere que el juzgador tenga en cuenta como dirimente esa circunstancia al momento de la aplicación de la ley al caso, en tanto preconcepto que debe guiar su interpretación de la norma (Gadamer, Verdad y Método, 1992, pág. 366 y ss.; Thomas S. Kuhn, Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos, Paidós, 1989, págs. 91 y ss).

Por todo lo expuesto, corresponde revocar el auto en crisis y disponer el sobreseimiento del imputado, en los términos del artículo 336, inciso 3°, del código adjetivo. Así voto.

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

El peritaje realizado recientemente en autos, cuyas conclusiones lucen a fs. 488/509, ha corroborado sustancialmente el criterio que expuse en mi intervención inicial (fs. 127/128), oportunidad en que consideré atípica la actuación de Katchadjian, por no haberse acreditado el contenido subjetivo que requiere el delito que se le ha atribuido. Afirmé entonces que los términos de la posdata de Katchadjian en “El Aleph engordado” desechaban cualquier rasgo de engaño o de velada apropiación de un texto ajeno, por cuanto explícitamente se expusieron los detalles del mecanismo de construcción del experimento literario y se indicó el posible camino inverso de decodificación para volver al texto puro del cuento de Borges, reconocido como punto de partida presente en la obra. A ello se sumó, que en todas las ocasiones en que el imputado fue entrevistado como autor de “El Aleph engordado” (Anexo E de la documental) volvió a mencionar la presencia de “El Aleph” de Borges en el texto y su clara voluntad de no alterarlo, actitud que se consideró que lo alejaba de toda intención de solapar u ocultar al autor original.

También descarté el “engaño” que la querrela cifró en el hecho de que esa advertencia al lector se halla inserta al final del libro, por cuanto el título que se le asignó anticipa -sin duda alguna- un trabajo creativo a partir de la reconocida obra original de Jorge Luis Borges.

En ese sentido cabe destacar los aspectos fundamentales que surgen del peritaje que se llevó a cabo, que corroboró todos esos extremos.

El estudio comparativo entre la obra de Borges y “El Aleph engordado” para determinar si la primera fue o no transcrita literalmente y, en caso negativo, qué diferencias se observaban, dio como resultado que el texto de “El Aleph” se encuentra transcrito en su totalidad (salvo las modificaciones señaladas a fs. 488/489) en la obra cuestionada.

Se indicó que esa transcripción de “El Aleph” está intervenida y modificada por la inserción de palabras, frases y párrafos, ajenos al texto de Borges, los que lo transforman en términos sintácticos, narrativos y estilísticos, razón por la cual el “engorde” supone no sólo la incorporación de palabras al cuento “El Aleph”, sino un cambio de forma- de un texto armonioso y cuidado, en otro cuento diferente.

A la pregunta relativa a si las modificaciones revelaban una intención maliciosa o podían atribuirse a otras razones -“erratas” o al procedimiento del “engordamiento”-, se explicó que Katchadjian anunció en el título “El Aleph engordado” qué operación básica (engordar) se realizó sobre el cuento de Borges, y en la postdata sus propósitos o procedimientos de escritura.

Además, se señaló que esas modificaciones podían atribuirse al procedimiento literario de “engorde”, calificándoselas de “pretenciosas”, en el sentido de que el autor pretendió discutir meta-literariamente, en el mismo texto y a partir de la escritura, con la poética y el lugar de Borges, un texto clásico.

Explicó la perito que “La parodia del un clásico, expresada a través de una acción material, concreta... corporal como “engordar” expresa un gesto...de vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con Don Quijote de la Mancha, que parodizó la literatura de caballería”.

Se concluyó que no existían dudas de la intención literaria que guio la intervención de Katchadjian sobre el texto de Borges, por cuanto el título del cuento, el estilo empleado y la postdata final dejaban en claro el propósito del autor, y que el procedimiento de “engorde” dio como resultado un estilo que se contrapone de manera radical al de Borges.

Ante la requisitoria expresa de si podía llegar a entenderse que el “El Aleph engordado” resultara de autoría de Borges, la respuesta fue negativa. Sobre el punto se resaltó el contraste marcado entre el estilo de Borges - definido por la economía de recursos, donde “menos” es “más”, la evitación de desbordes y repeticiones, un estilo que alude en vez de decir, que deja al lector inferir los supuestos- y el de Katchadjian -caracterizado por la saturación, la repetición, la explicitación, la valoración definida, la descripción por extensión de las acciones, personales y sucesos que poco deja en manos del lector a la hora de asignar sentido al texto, y la sintaxis compleja-.

Las diferencias de estilo y las referencias explícitas sobre el procedimiento de “adición” en el título y la postdata resultan evidencia suficiente -conforme se indicó pericialmente- para reconocer el “engorde” en el texto y los propósitos literarios perseguidos por el autor.

A ello se agregó que el procedimiento de engorde duplica las palabras de “El Aleph”, diferencia que resulta significativa, no sólo cuantitativa sino cualitativamente, ya que afecta profundamente la trama narrativa, al narrador y a los personajes, proponiendo visiones contrapuestas (otro eje narrativo; cambio de las caracterizaciones de los personajes y su relación con el autor o con los aspectos sustanciales tratados; en la posición del narrador, desdibujado en el cuento de Borges y autorreferencial en el “engorde”, los órdenes del relato, es decir, la organización textual)

Esos cambios de “El Aleph engordado”, afirmó la perito, proponen no sólo un nuevo cuento sino una poética diferente. “El cuento de Katchadjian exige analizar el préstamo textual realizado, no sólo por la similitud entre ambas obras, sino por sus profundas diferencias narrativas y estilísticas, sin evaluar la calidad literaria de uno u otro”.

Del análisis realizado, se indicó que “las diferencias entre uno y otro texto son los suficientemente significativas para permitir reconocer que no hubo una reelaboración del texto original, sino la creación de un texto nuevo y diferente, por lo que para los peritos no quedan dudas sobre la autoría de cada texto”.

Si bien no pudo señalarse si “El Aleph engordado” habría sido de interés de Jorge Luis Borges, se refirió que los problemas de la autoría, el interés por los clásicos de la literatura y la intertextualidad fueron motivo de reflexión crítica y punto de partida para muchos de los textos ficcionales de Borges, incluyendo “El Aleph”.

También se indicó que el “engordamiento” es un procedimiento literario extremo pero legítimo, en la medida en que abiertamente toma en préstamo las palabras de un texto para producir una nueva obra literaria, que se trata de una técnica que supo utilizar Borges y que, incluso, tematizó en el cuento “Pierre Menard, autor del Quijote”.

Así, en coincidencia con el colega que me precedió y a cuyo voto me adhiero sustancialmente en cuanto a los demás aspectos por él considerados, voto en el mismo sentido (artículo 336, inciso 3°, del CPPN).

Por ello, el tribunal RESUELVE:

REVOCAR el auto de fs. 512/526 y SOBRESER a Pablo Katchadjian, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, con la mención de que la formación de este sumario en nada afecta el buen nombre y honor de que gozare (artículo 336, inciso 3°, del CPPN).

El juez Mariano A. Scotto, subrogante de la vocalía nro. 9 por resolución de la Presidencia de esta Cámara del 22 de febrero pasado, no intervino en el caso por hallarse prestando funciones en la Sala VII.

Notifíquese y devuélvase. Sirva lo dispuesto de atenta nota de envío.

Ricardo Matías Pinto Rodolfo Pociello Argeric

Ante mí:

Ana María Herrera

Secretaria