

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Plagio. Marco conceptual. Apreciación. Daños.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B

FECHA: 28-11-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal de la Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.
Referencia AA3B2D

OTROS DATOS: De Biase, Martín vs. Gelblung, Samuel. Expediente 437.394.

SUMARIO:

“La sentencia [de la primera instancia, nota del compilador] hizo lugar a la demanda y condenó a S.G. y a Telearte S.A., por los daños y perjuicios derivados del plagio al libro «Entre dos fuegos. Vida y muerte del Padre Mugica» de «paternidad» de Martín Gonzalo de Biase, mediante un programa de televisión denominado «Memoria» ...”.

[...]

“Es requisito unánime de la doctrina clásica autoralista tradicional y contemporánea, que el hipotético plagiarlo tiene que conocer la existencia de lo plagiado: si copia es de un original, si no conoce el original coincide”.

[...]

“En nada empece conforme lo expuesto precedentemente, que uno sea una biografía escrita y otro un informe periodístico televisivo de una persona que podríamos llamar «hombre público».”

“La gran similitud en el estilo literario, excede totalmente la mera coincidencia de frases hechas o lugares comunes del idioma, para entrar dentro de la estadística literaria, en la copia no servil, para utilizar la terminología de Satanowsky, exaudiendo al juez de la instancia, que le disgusta denominar plagio «inteligente», al no calcado ...”.

“El hecho de ser la vida del sacerdote para el tercer mundo, Carlos Mugica, un hecho, público o histórico no empece que se plagie el estilo literario personal de la obra intelectual del actor. Caso contrario no existiría una historia de Grosso, Levene, Palacio. Sirve como presunción del plagio, las fotografías exhibidas en el informe periodístico, las que coinciden con algunas del libro bibliográfico, cuyo origen sólo puede justificar el actor, mediante la declaración de la hermana del padre Mugica ... Dicho sea de paso quede claro que el «atentado a la obra» (Glosario OMPI, voz 71) no se reclama con relación a las fotografías

cuya paternidad, el actor nunca se atribuyó como deja claro al contestar agravios ... Permítaseme jugar con este último término (paternidad) que al igual que otros vinculados a la ciencia del derecho, en el lenguaje autoral tiene un significado particular. Más allá de una discriminación de género (animus iocandi gratia) dado que solo implicaría la posibilidad de autores y no de autoras, lo que correspondería sería maternidad de la obra, siguiendo la ancestral máxima del derecho romano «mater in iure, semper certa esta» (Dig., 2, 4, 5, art. 3, ley 14.367)”.

[...]

“El segundo de los agravios radica en la inexistencia de daño moral. En realidad en el presente ítem, de lo que estamos hablando es del «derecho moral».”

“La autoralista argentina por antonomasia, señala que el mismo término por el que aquí se acciona, «derecho moral», es impropio e incorrecto. Impropio pues no hay sectores no éticos en el derecho de autor e incorrecto porque fue importado sin traducción de la lengua francesa donde se habla de personas morales, derechos morales ... (Delia Lipszyc, citando a Ascensao, José de Oliveira, Direito autoral, Río de Janeiro, Forense, 1980, p. 71, en Seminario Nacional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina, OMPI/DA/JU/BUE/96/3 pág. 2”)

“La voz 158 (derechos morales) del «Glosario de derechos de autor y derechos conexos», Suiza, Ginebra, OMPI, 1980, dice: «Entre estos derechos se incluye el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra; el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (hacer que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la utilización de la obra), el derecho a impedir la mención del nombre del autor si el autor de la obra desea permanecer anónimo...». En la mayoría de las legislaciones de derecho de autor se reconocen los derechos morales como parte inalienable del derecho de autor, distinta de los llamados derechos patrimoniales...”.

“Resulta indiscutible que la infracción (voz 131) de autos constituye una atentando a la obra (voz 71) que merece indemnización de los denominados derechos morales, allende el daño patrimonial”.

COMENTARIO: El término “plagio” (*plagium, plagiator*), deriva del griego “*plagios*”, que significa dolo o fraude, por lo que es de suponer que el plagiarlo conoce la obra preexistente cuya paternidad pretende usurpar, porque no es de esperar que semejanzas notables (totales o parciales) en la forma de expresión entre la producción originaria y la usurpadora sean el resultado de “*coincidencias milagrosas*”. Por ello, como apuntan Iribarne y Retondo, “*quien utiliza indebidamente una obra ajena en una propia está plagiando y lo sabe*”¹. Se trata, en todo caso, de una apreciación de hecho, conforme a las características del caso concreto. En cuando a la indemnización del daño causado, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina (30-4-74), sostuvo que “*el derecho de autor a reclamar indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel ...*”. Y por lo que se refiere al daño moral en específico, es evidente que toda infracción al derecho moral genera un daño afectivo,

¹ IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda: “*Plagio de obras intelectuales*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*”. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. p. 115.

independientemente de la lesión patrimonial que simultáneamente produzca esa violación. © **Ricardo Antequera Parilli, 2008.**

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de Noviembre de dos mil seis, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "De Biase Martín Gonzalo c/ Gelblung Samuel s/ Daños y perjuicios" respecto de la sentencia de fs.427/435, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - GERONIMO SANZO - MAURICIO LUIS MIZRAHI.-

A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo:

1. La sentencia de fs. 427/435 hizo lugar a la demanda y condenó a Samuel Geblung y a Telearte SA, por los daños y perjuicios derivados del plagio al libro "Entre dos fuegos. Vida y muerte del Padre Mugica" de "paternidad" de Martín Gonzalo de Biase, mediante un programa de televisión denominado "Memoria".-

2. A fs. 482/488 expresa agravios el actor Martín Gonzalo De Biase. Se agravia por lo exiguo de la condena. Con relación al primero de los rubros que determina la sentencia (daño emergente)) realiza una operación aritmética tomando como base el precio de la hora de publicidad informada, que lo lleva a concluir que por los 22 minutos que duro el "informe plagiaro" corresponde la suma de \$ 37.067 los que confronta con los \$ 15.000 que fijo la sentencia (f. 433). A continuación se queja por lo que tipifica como derecho al cartel y menoscabo de la obra (f. 453 vta.) El haberse omitido el nombre del autor (plagiado) importa

un agravio al derecho moral del autor, pero también implica una lesión a un derecho de contenido patrimonial conocido como "derecho al cartel" pues la publicidad tiene un claro e inequívoco contenido económico del cual depende en gran medida la posibilidad de lograr nuevas contrataciones y el desarrollo profesional que le permite al actora hacer de esa actividad su medio de vida (f. 453). Sostiene que el derecho al cartel es independiente del lucro cesante directo que importa la pérdida de los ingresos que se hubiesen obtenido de haberse contratado la obra, ya que se refiere en definitiva a la pérdida de la publicidad que para el autor importa la difusión de su nombre, lo que configura un daño patrimonial diferente de las lesiones al derecho moral del autor.-

Reconoce (f. 484 vta.) que no ha aportado prueba concreta sobre la cuantificación del daño generado por la lesión al derecho de cartel por la dificultad que el mismo presenta, motivo por que deja librada su fijación al arbitrio judicial.-

En lo que respecta al daño moral, considera negativa a la visión que el juez tiene de la televisión en particular y de los medios de comunicación social en general (f. 485).-

Solicita que se eleven los \$ 20.000 fijados en la sentencia (f. 435) a \$ 35.000. Por último insiste en la publicación de la sentencia. Considera que la difusión del programa plagiaro constituye en los términos del art. 14.1 de la Convención informaciones inexactas o agraviantes, en la medida que es inexacto que no () sea el plagiado el autor de los textos del guión y resulta agravante, precisamente, que se lo haya plagiado.-

Afirma que la facultad del juez para no proceder a la publicación de la sentencia solicitada como por el actor como indemnización es de excepcional discrecionalidad. Pide costas.-

3. A fs.490/492, expresa agravios la codemandada Telearte SA. En primer término se pronuncia sobre la inexistencia de plagio en el caso de autos. Dice que no hubo reproducción de la obra del actor. Considera que al ser el tema del informe sobre el que versó el programa "Memoria" (vida y muerte del padre Mugica) un hecho de carácter público, histórico, no es de propiedad de nadie, por lo tanto no puede existir plagio al respecto.-

Menciona al libro de autoría del actor como una fuente más de las que cualquier periodista que se precie de tal puede valerse para realizar una investigación de carácter histórico (f.491).-

Se agravia asimismo por la determinación por parte del anterior sentenciador de un daño moral, inexistente, no probado. La sentencia no describe sufrimiento moral alguno que el juez lo presume y cuantifica en \$ 20.000.-

El último agravio pasa por el monto de la indemnización fijada que considera elevado, frente a la inexistencia de prueba cabal sobre el particular. (f. 492)

4. A fs. 493/500 expresa agravios el codemandado Samuel Geblung. El primer agravio radica en la inexistencia de plagio del texto del libro y la improcedencia del daño emergente. Cita al experto designado en autos que afirma que efectivamente las dos obras (libro e informe televisivo) son distintas. El apelante ataca la errada idea que pretende instalar el actor, en cuanto a que el informe sería una especie de adaptación televisiva del texto del libro de su autoría. Remarca que las coincidencias expresivas corresponden a frases hechas, lugares expresivos comunes a la mayoría de los hablantes.-

Subraya que el informe cuestionado no tuvo otro fin que el de informar con la mayor objetividad posible respecto de un hecho histórico y no intentó de ningún modo apropiarse obra literaria alguna (f. 501). Manifiesta que desconocía, hasta la iniciación de la presente, el libro del autor.-

Los datos históricos o de interés general que por su contenido periodístico han sido

adquiridos de las diferentes fuentes, no pueden ser consideradas "obras" personales de nadie. No tienen autor formal cuyos intereses puedan entenderse protegidos por la ley de propiedad intelectual.-

Insiste que el padre Mugica no es un personaje creado por De Biase, ni su vida producto de la obra de un genial escritor.-

El título "asesinato de un cristo peronista", fue aportado por su persona (apelante), ya que el dicente personalmente se lo manifestó a dicho sacerdote en una reunión en la que discutieron su participación en los movimientos de apoyo al General Perón (f. 500 vta.)

También se agravia por la supuesta violación del derecho de autor respecto de las fotografías del libro.-

Ninguna de las fotografías que fueron exhibidas en el programa puede considerarse "obras" protegidas por la ley 11.723, pues carecen de todo tipo de originalidad en cuanto a "creación" humana que haya modificado el reflejo de la realidad que muestran.-

Pide que se revea el "desborde indemnizatorio" (f. 498 in fine /vta.) de la primera sentencia que otorga, \$15.000 solo como daño emergente cuando la realización y respectiva investigación que se consideran plagarios, tuvo un costo de \$ 4.500.-

Resalta que el demandado Samuel Geblung es un periodista de gran trayectoria que conduce un programa televisivo con años de emisión y una audiencia estable de importancia. Por ello no se puede considerar que el tema en cuestión haya sido un recurso para obtener mayor rating, sino solo la intención de aprovechar el espacio televisivo para comunicar y realizar un aporte positivo a la "Memoria" de la sociedad argentina.-

Apunta a la inexistencia de daño moral en el autor. El informe del padre Mugica nunca fue vinculado con los otros temas que se trataron en el programa, por lo que el actor no puede agravarse por haber sido emitido el informe en el mismo programa en que habló respecto de

"Las nuevas bombas sexuales de la Argentina".-

Pide se revoque la sentencia, con costas.-

5. A fs. 503/14 contesta agravios el actor.-

6. A f. 515 se ordenó a pedido de la actora el libramiento de un oficio para remitir a esta, la causa que entre las mismas partes y con el mismo objeto tramita en sede penal. A f. 538 el demandado acompaña fotocopia de la sentencia penal, cuyo desglose solicita la actora a través del recurso de reposición a f. 544 vta., con fundamento en lo dispuesto en el art. 77 de la ley 11.723;; remedio procesal éste que fue desestimado por el Tribunal a f. 547, volviendo los autos para dictar sentencia.-

7. Corresponde pronunciarse previamente sobre la cuestión planteada por el codemandado Gelblung respecto al mérito de la sentencia dictada en la causa penal con relación a la presente.-

La parte actora, que en esta instancia solicitó la remisión del expediente penal, posteriormente se opuso a la agregación por parte del codemandado dn. Samuel Geblung de la sentencia recaída en esta última.-

La sentencia de primera instancia civil condenó a dn. Samuel Gelblung por considerarlo autor de plagio al libro "Entre dos fuegos. Vida y asesinato del padre Mugica" de ediciones de la Flor, Colección Personas, de paternidad del actor dn. Martín Gonzalo De Biase.-

Por su parte el TOC n° 17 que sentenció en la querrela entre las mismas partes por el delito de plagio, a la misma obra, absolvió a Samuel Geblung en orden a la infracción a los artículos 71 y 72, inciso "A" y "C" de la ley 11.723 en función del artículo 172 del código penal de la Nación, por el orden que fue acusado por la querrela, con costas en el orden causado. El pronunciamiento civil de primera instancia, recayó con anterioridad al penal y al requerimiento por la parte actora del expediente correspondiente. Ambos trataron sobre el mismo objeto: el supuesto plagio del libro citado de autoría del actor querellante, por

un informe televisivo transmitido en un programa conducido por el demandado querellado.-

Con apoyo en lo dispuesto en el art. 77 de la ley 11.723, la actora se opuso a la adjunción de las fotocopias de la causa penal, lo que fue desestimado por este tribunal.-

El artículo citado dispone: "Tanto el juicio civil, como el criminal, son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan. Las partes solo podrán usar en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales de otro juicio, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del jurado, más nunca las sentencias de los jueces respectivos."

Espigando en la doctrina resulta escasa la glosa al texto. Se reduce a un comentario de Eduardo F. Mendilaharsu publicado en Adla, 1920/1940, La ley 11.723 sobre propiedad literaria y artística. Dice allí: Aunque este texto hace excepción al principio de la cosa juzgada, ha tenido una gran utilidad para neutralizar los errores de los tribunales del crimen a que no hemos referido en las anteriores glosas (destacado propio).-

El comentario ha sido tomado por Miguel Angel Emery, Propiedad Intelectual, p. 326, 2da. reimpresión, ed. Astrea, Bs. As. junio 2003 y Delia Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, p. 578, ediciones Unesco, B. As. mayo 2001.-

No comparto la ratio legis de la norma. Sí adhiero a la advertencia de Mendilaharsu en cuanto a que "Quienes quieran tener una inteligencia más o menos clara de los a menudo abstrusos textos de la ley, tan deficiente en su técnica jurídica, perderán el tiempo en la mayoría de los casos si echan mano a la discusión parlamentaria por lo general bien sumaria, a la vez pobre de conceptos, dado que los legisladores que intervinieron en la misma se improvisaban en la materia, prácticamente nueva en el país y que requiere una particular dedicación como es evidente" (art. cit., p. 443).-

El propio autor de la nota anticipa su comentario con un "aunque este texto hace excepción al principio de la cosa juzgada".-

Una ley no puede basarse en que unos jueces corregirán a otros y que estos últimos son los poseedores de la buena jurisprudencia. Partir del supuesto que el fuero criminal cometerá errores que serán corregidos por el civil no resiste el menor análisis y resulta por naturaleza ilógico.-

En primer lugar la ley prejuzga sobre los tribunales criminales en el sentido que liberaran a los hipotéticos plagarios, de donde se colige que la esperanza de la ley es que se los condene a todos los que son querellados, suponiendo (espero) que todos son culpables.-

En segundo lugar si lo único que se puede esperar de los tribunales criminales es que cometan errores in iudicando, cuando estos condenan a un plagario la conducta deseada de la ley de parte del pronunciamiento civil será que no lo condene a responder patrimonialmente por un daño que no causó y por el cual fue condenado injustamente en sede penal.-

En tercer lugar priva al querellante de acumular la acción civil, lo que la doctrina le reconoce aunque la ley no lo diga (ver, Lipszyc, Delia, op. cit. p. 578, 2do. pár., ed. cit) toda vez que correría el riesgo de no poder enmendar el error de la sentencia penal.-

En cuarto lugar violenta los principios de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y cosa juzgada, defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 de la CN)

La razonabilidad de la nota a los arts. 1102 y 1103 resulta deletérea para la pervivencia del art. 77 de la ley 11.723 "Si el tribunal criminal, reconociendo la existencia del hecho, ha juzgado que Pedro no era el autor, es claro que la persona perjudicada no podrá perseguir a Pedro por razón de este hecho ante el tribunal civil."

No resulta razonable en un texto legal, presumir que los jueces criminales cometerán

yerros que serán corregidos por los civiles. El título habilitante en derecho es único, errores y aciertos los cometen abogados en general y no son privativos de quienes ejercen en materia penal o civil respectivamente, por el solo hecho de adherir a una u otra rama del árbol del derecho.-

El mismo artículo 77, es portador de una incongruencia. Permite utilizar el "fallo del jurado"(idóneos) pero no la sentencia del tribunal. Es decir que si un tribunal criminal basándose en el "fallo del jurado" condena a un plagario, solo puede hacerse valer en sede civil la determinación del primero y no del segundo. Pone pues en manos de un grupo de iluminados (idóneos) develar el arcano de los derechos intelectuales, con efecto vinculante sobre la jurisdicción, a la par que hace tabla rasa con el principio de la cosa juzgada.-

Además, de ser la intención de la ley el fin pragmático que sus glosadores le atribuyen, debió aclarar que los errores que cometía el fuero criminal lo eran solo cuando absolvía al querellado y no cuando lo condenaba, puesto que en este caso la justicia civil pensando en corregirlos podía equivocarse por derecho propio inducida por el peregrino acierto de su par represiva.-

Desde su publicación la ley 11.723 ha sido centro óptico de numerosos proyectos de modificación, específicamente en lo tocante a las disposiciones penales.-

Baste recordar el Proyecto de Peco (Exposición de motivos, edición del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad de La Plata, 1942, pág. 306) la reforma el artículo 71 de ley 11723 de la Sociedad Argentina de Escritores, presentado al Congreso en 1936, por el diputado Carlos M. Noel, en cuya exposición de motivos decía: Numerosos delitos contra el derecho intelectual no tienen una pena especial en la ley y solo cuentan para su protección penal con esta disposición general del art. 71, la cual -de acuerdo con la jurisprudencia reciente- sólo procederá cuando existan los elementos de la "defraudación" y no por el mero ataque al derecho de autor"; anteproyecto del Instituto Argentino de Derecho

Intelectual, proveniente de la comisión compuesta por Eduardo A. García, el propio Eduardo Mendilaharzu ya citado, Carlos Mouchet, Sigifrido Radaelli y Argentino O. Romero, entre muchos (ver Derechos Intelectuales sobre obras literarias y Artísticas, Mouchet-Radaelli, págs. 235 y sigtes., T. I, ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs. As. 1948).-

Desde la sanción de la ley 11.723, la legislación penal sobre derechos intelectuales ha ido evolucionando, tal como lo reconocen los propios autoristas (ver Aspectos Penales del Derecho de Autor, Huerta María V., LL 1980-B, 810) pese a que no se coincida con las figuras delictivas que contiene (art. cit, aut. cit., pág. 812).-

También la jurisprudencia penal, a casi sesenta años de la glosa de Mendilaharzu citada, hizo lo propio.-

Carlos Alberto Villalba (Los ilícitos en el en el Derecho de Autor. Análisis de los últimos fallos, LL 1981-B, 5) dice: Cuatro fallos publicados en 1980 marcan la tendencia actual en materia de represión de ilícitos penales y reflejan la existencia de una trayectoria positiva, fruto de una indudable mayor comprensión de esta especialidad (págs. 11/12). Tan es así que uno de los jueces de cámara de los votos comentados dice : Al respecto cabe recordar, también en este momento que en los fallos del tribunal se advierte una evolución muy marcada encaminada cada vez más a proteger al autor y a su obra. Así se pasa de un criterio sumamente rígido...que subordina el art. 71 a la existencia de los elementos que integran el delito de estafa, a otro más amplio y acertado, por el cual no se requiere en su tipificación el ardido del art. 172 del Cód. Penal...por considerar que la remisión al art. 172 del Cód. Penal a que se hace referencia el art. 171 de la ley 11.723 es sólo respecto a la sanción...". Esto lleva al propio Villalba a afirmar: Tan sólida posición expresada con claridad en los fallos comentados, no requieren un análisis adicional de mi parte (pág. 13).-

En el mismo sentido el letrado apoderado del actor reconoce, con cita de Julio C. Ledesma, que la jurisprudencia penal, ha receptado

favorablemente la existencia del "plagio penal"(V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, El estado actual de la jurisprudencia en la represión penal, punto IV, El Plagio, p. 249, Bs. As. 1990).-

Creo haber ensayado al menos, un resumen de la actualidad en la interpretación de los fallos de la justicia criminal, hecha por los propios autoristas, para poder concluir de consuno que el panorama cambió desde la glosa de Mendilaharzu (que cita el aquí actor) a la fecha.-

Esto me autoriza a proponer al acuerdo la desuetudo del texto formal del artículo de la ley 11.723 en estudio, o mínimamente su morigeración en los términos en que a continuación lo haré.-

El mentado art. 77 de la ley 11.723, solo autoriza a utilizar "en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales de otro juicio, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del jurado, mas nunca las sentencias de los jueces respectivos"

Pareciera que hasta se ha omitido la prueba testimonial. Como se trata de una excepción al principio de la cosa juzgada, la prohibición en la apreciación de la prueba debe ser interpretada restrictivamente (art. 18 CN).-

Cuando se sancionó la ley 11.723, no existía el juicio oral en el procedimiento criminal, como a la fecha. En consecuencia lo declarado por los testigos en la causa penal, solo pude apreciarse mediante la valoración de dicha sentencia, toda vez que no queda constancia de los dichos en la audiencia de debate.-

La testigo Fernanda Kersaman, que declara en la causa penal, productora del programa "Memoria", dice que junto a ella también colaboraban como productores Gustavo Lanzi, Claudia Níttolo, Gustavo Rossio y algún otro que no recordaba su nombre. Concretamente manifiesta que el programa "Memoria" sobre la vida del padre Mugica fue producido por Gustavo Rossio desconociendo el motivo por el cual no aparecía el nombre éste en los

créditos. Respondió que Gelblung no se encargaba de buscar información, sino que él coordinaba a los productores y delegaba en ellos toda la investigación. No era un par. Era el productor general.-

Tampoco revisaba las citas de las fuentes ya que confiaba en quienes habían efectuado el trabajo. Rossio era un "productor periodístico"...es el que se encarga de buscar la información y luego de leer la información, va realizando él mismo el guión.-

Geblung delegaba las funciones para la elaboración de las investigaciones y que no es un jefe que esté permanente encima de los colaboradores.-

La testigo Heguy afirma que Rossio era quien se encargaba de realizar todas las investigaciones históricas. Las declaraciones analizadas que provienen de la causa penal, están formuladas por personas que tiene un íntimo conocimiento de la cuestión por su relación laboral con el objeto de autos y que poseen el conocimiento del oficio para discriminar cual era la función de cada uno de los integrantes del equipo que colaboraba para la puesta en el aire del programa que dirigía el sr. Samuel Gelblung conocido como "Memoria" (arts. 443 y 456 del CPCC).-

Tengo en consecuencia por acreditado que Rossio fue el autor material e ideológico del informe que el actor considera plagiado de su libro.-

Intento ser claro, haya o no plagio, en el primero de los supuestos no fue el demandado Samuel Gelblung, el autor, si se puede llamar tal al plagiario, vale la contradicción.-

No esta acá en discusión si existen dos tipos de plagio, el penal y el civil (Ledezma, Julio C., Del Arte y el Derecho Penal, Monografías Jurídicas (115), p. 48/49, Abeledo- Perrot, Bs.As.1968).-

No es una cuestión de "tipificación" de un delito, sino de su hipotética autoría. Mi análisis no pasa por si hay o no delito tipificado de

plagio, sino porque aún de existir, su autor no es el demandado.-

Es requisito unánime de la doctrina clásica autoralista tradicional y contemporánea, que el hipotético plagiario tiene que conocer la existencia de lo plagiado: si copia es de un original, si no conoce el original coincide.-

La diferencia de "formato" no ha sido óbice, desde antaño, para la procedencia. Es así como Ruzkowki, Devillez, Marrotte, Falco y Mayer (citados por Isidro Satanowsky, Derecho Intelectual, pág. 207. edit. TEA, 1954) consideran que hay falsificación por medio del cinematógrafo si se utiliza una obra literaria sin autorización para constituir el elemento literario de la producción de la pantalla, cuando están reunidos los elementos necesarios para que haya falsificación en general. En esos casos la falsificación es siempre parcial, pues dada la diferencia técnica existente, no puede inferirse una imitación total de una obra literaria por una cinematográfica.-

Baires explica que plagiar un tema no consiste en pronunciarse sobre acontecimientos que se repiten en la vida en razón de leyes constantes y universales, sino reproducir todos los detalles que caracterizan el plan de una obra y desarrollo de sus escenas (La propiedad literaria y artística en la República Argentina, p. 210, Bs.As. 1897).-

Ha quedado demostrado en la causa penal, que Samuel Gelblung, "confiaba" en quien le producía sus informes (Rossio). Y esa confianza en su productor, no había tenido ninguna prueba en contra al menos hasta la fecha de la presente. No existían para Gelblung antecedentes en la conducta de Rossio que permitieran prever una conducta irresponsable de la persona en quien confiaba (arts. 512, 902 y 1198 Cód.Civ.)- La prohibición de regreso en el derecho penal, Naucke-Otto-Jakobs-Roxin, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de estudios n° 11, pág. 114 y sigtes.-

Esta sala, en el fallo que el actor cita a f. 512, nota 25, dijo "En virtud de que ha quedado

acreditado que la empresa que ha editado los libros impugnados lo hizo en base a un contrato firmado de buena fe con quien creía que era el autor de tales textos, sin saber que los mismos eran producto de un plagio, no podrá responsabilizársela por este hecho..." (voto de don López Aramburu, ED 178-173).-

En consideración a lo expuesto propongo aceptar el agravio del codemandado Gelblung, respecto del cual la demanda deberá ser rechazada.-

8. Me pronunciaré ahora sobre los agravios de la codemandada Telarte SA. El primero de ellos radica en la inexistencia de plagio. Las argumentaciones del apelante no logran conmovir la sentencia atacada, que se funda en el sólido dictamen del perito de oficio (art. 477 CCC).-

En nada empece conforme lo expuesto precedentemente, que uno sea una biografía escrita y otro un informe periodístico televisivo de una persona que podríamos llamar "hombre público".-

La gran similitud en el estilo literario, excede totalmente la mera coincidencia de frases hechas o lugares comunes del idioma, para entrar dentro de la estadística literaria, en la copia no servil, para utilizar la terminología de Satanowsky, exaudiendo al juez de la instancia, que le disgusta denominar plagio "inteligente", al no calcado (f. 432 vta., 2do. parraf.)-.

El hecho de ser la vida del sacerdote para el tercer mundo, Carlos Mugica, un hecho, público o histórico no empece que se plagie el estilo literario personal de la obra intelectual del actor. Caso contrario no existiría una historia de Grosso, Levene, Palacio. Sirve como presunción del plagio, las fotografías exhibidas en el informe periodístico, las que coinciden con algunas del libro bibliográfico, cuyo origen sólo puede justificar el actor, mediante la declaración de la hermana del padre Mugica (arts. 163, inc. 5to y 456 CPCC). Dicho sea de paso quede claro que el "atentado a la obra" (Glosario OMPI, voz 71) no se reclama con relación a las fotografías cuya paternidad, el

actor nunca se atribuyó como deja claro al contestar agravios (f. 510 vta.). Permítaseme jugar con este último término (paternidad) que al igual que otros vinculados a la ciencia del derecho, en el lenguaje autoral tiene un significado particular. Más allá de una discriminación de género (animus iocandi gratia) dado que solo implicaría la posibilidad de autores y no de autoras, lo que correspondería sería maternidad de la obra, siguiendo la ancestral máxima del derecho romano "mater in iure, semper certa esta" (Dig., 2, 4, 5, art. 3, ley 14.367).-

Los agravios de la demandada en este sentido repiten argumentaciones ya desestimadas por el señor juez de la anterior instancia.-

El segundo de los agravios radica en la inexistencia de daño moral. En realidad en el presente ítem, de lo que estamos hablando es del "derecho moral".-

La autoralista argentina por antonomasia, señala que el mismo término por el que aquí se acciona, "derecho moral", es impropio e incorrecto. Impropio pues no hay sectores no éticos en el derecho de autor e incorrecto porque fue importado sin traducción de la lengua francesa donde se habla de personas morales, derechos morales ...(Delia Lipszyc, citando a Ascensao, José de Oliveira, Direito autoral, Río de Janeiro, Forense, 1980, p. 71, en Seminario Nacional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina, OMPI/DA/JU/BUE/96/3 pág. 2)

La voz 158 (derechos morales) del "Glosario de derechos de autor y derechos conexos", Suiza, Ginebra, OMPI, 1980, dice: "Entre estos derechos se incluye el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra; el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (hacer que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la utilización de la obra), el derecho a impedir la mención del nombre del autor si el autor de la obra desea permanecer anónimo...". En la mayoría de las legislaciones de derecho de autor se reconocen los derechos morales como parte inalienable del derecho de

autor, distinta de los llamados derechos patrimoniales...".-

Resulta indiscutible que la infracción (voz 131) de autos constituye una atentando a la obra (voz 71) que merece indemnización de los denominados derechos morales, allende el daño patrimonial.-

El tercer agravio que lo constituye el monto de la condena, no trae consigo una crítica concreta y razonada de la misma, por lo que corresponde la deserción en este punto (art. 265 CPP, f. 492).-

Por último analizaré los agravios de la parte actora que se limitan a lo exiguo de la condena.

El señor juez de la primera instancia, otorgó dos rubros de la indemnización solicitada por el actor que rotulo bajo la denominación de daño emergente y moral. Rechazó el ítem derecho al cartel (f. 433 vta.), subespecie del daño emergente y ganancia perdida que solicitaba el actor (f. 38).-

Sabido es que las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, sino útiles o inútiles a los fines que se las haga. La indemnización lo es con relación a un daño que se pretende, al menos restañar.-

El hecho de demandar por distintos rubros etiquetándolos, no obliga al juzgador a indemnizar por cada uno de ellos. Máxime cuando, con lealtad procesal el propio apelante reconoce la dificultad e inexistencia del prueba al respecto (f. 484 vta., últ. párrafo) mas allá de las facultades procesales (art. 165 del CPCC).-

El anterior juzgador, no resarcio el denominado derecho al cartel con argumento en el principio de congruencia que comparto (art. 34, inc. 4 CPCC). Por un lado el actor se queja por el manoseo que significó el tratamiento de su investigación dentro de un programa que se incluían desde mano santas hasta las nuevas bombas sexuales argentinas; y por otro que en ese mismo entorno se omitió su nombre. La posición del actor resulta, como bien señala el primer sentenciador, contradictoria.-

En lo que hace a los restantes rubros los agravios no consisten en una crítica concreta y razonada de la sentencia (art. 265 CPCC) en función de los hechos expuestos y probados (art. 330 incs. 4 y 5,377 y 386 del CPCC).-

El cálculo efectuado a f. 483 y vta. no contempla que además del informe biográfico del padre Mugica, el programa Memoria, contó con otros temas, que si bien no tenían la profundidad del primero, pudieron si ser el foco de atención de la audiencia, sumado al público cautivo que ese programa de ordinario debía tener para permanecer en cartel, aspectos estos no controvertidos en el agravio.-

Por último el actor insiste en la publicación de la sentencia, que le fuera denegada. El juez cuenta con la facultad de mandar a publicar la sentencia "podrá" dice el texto del art. 1071 bis del Cód.Civ. Establece este resarcimiento, si la medida fuese procedente para una adecuada reparación. El anterior sentenciador fundó debidamente la negativa a proceder a la publicación de la sentencia, lejos de la discrecionalidad que le enrostra el agraviado (f. 488, 3er. párrafo). La tesis del apelante, se fundamenta en artículos y convenciones que no hacen a la especificidad del derecho autoral, que por otro lado profesa, ni contemplan casos como el presente en el cual, se ha indemnizado el agravio causado pecuniariamente al menos. No compadece solicitar el derecho de cartel, so capa de una información errónea o derecho a réplica.-

El informe en cuestión no ha quedado grabado en la retina o audición de un supuesto televidente defraudado en la paternidad del mismo, como para que se justifique a manera de compensación del daño sufrido por el actor, la publicación de la sentencia tal como señalara el señor juez que precediera.-

Los agravios de la actora no serán atendidos.-

9.- Por lo hasta aquí expuestos propongo al acuerdo se reciban los agravios del codemandado Samuel Geblung, rechazando la demandada entablada en su contra, por Martín Gonzalo De Biase, con costas en el orden causado, en atención a la dificultad de prueba

respecto de la autoría material del informe en cuestión que se debatiera en la causa penal y en ésta (arts. 68 2ro. párrafo y ccdtes. del CPCC). Confirmando la sentencia atacada en todo lo demás que fuera materia de agravios por las partes e imponiendo las costas en el orden causado (art. 71 CPCC). Así lo voto.-

Los Dres. Sansó y Mizrahi, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.-

Con lo que terminó el acto: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - GERONIMO SANZO - MAURICIO LUIS MIZRAHI.-