

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Objeto del derecho. Carácter enunciativo de las obras protegidas.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 14-11-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.eldial.com>. Referencia AA4F32

OTROS DATOS: Ribak Marcos vs. Zicolillo Jorge Ignacio

SUMARIO:

“La Ley N 11.723 de Propiedad Intelectual- que tiene su génesis en el art. 17 de la Constitución Nacional y que brinda la máxima protección legal a las creaciones del espíritu,- no define qué debe entenderse por obra o producción científica, literaria o artística, ni establece los requisitos que ésta debe reunir para ser considerada como tal y merecer protección legal”.

“No obstante ello, el artículo 1 de la ley citada tiene un contenido suficientemente genérico, no taxativo, que permite incluir - dentro de las obras mencionadas- toda creación del intelecto, que sea original y novedosa dejando abierta la posibilidad de que otras creaciones que reúnan determinadas características, sean consideradas «obras intelectuales» en los términos señalados, y por ende, tengan igual tratamiento y amparo de la ley”.

COMENTARIO: Asiste la razón al fallo que se reseña cuando concluye en el carácter meramente enunciativo de las obras que aparecen indicadas en el texto legal, tomando en cuenta, además, que la enumeración de las creaciones protegidas, de acuerdo al catálogo contenido en el Convenio de Berna (art. 2,1), está antecedido de la expresión *“tales como”*. Sin embargo, peca la sentencia cuando exige que las creaciones del intelecto, en el marco del derecho de autor, además de originales (lo que es correcto), sean también *“novedosas”*, cuando la *“novedad”* es exigible a las soluciones técnicas, en el marco de los derechos de propiedad industrial, pero no en el ámbito de las obras tuteladas por el derecho de autor. La originalidad, entendida en el sentido de la *“individualidad”*, requiere que la obra exprese lo propio del autor, el *“sello”* de su personalidad. En cambio, la novedad implica lo desconocido. Si se requiriera la novedad a las obras literarias o artísticas, quedarían desprotegidas todas aquellas obras que abordaran temas ya tratados con anterioridad, como el amor, el odio o la traición, en el caso de los boleros, los tangos o muchas obras dramáticas y audiovisuales; el estado o la capacidad de las personas, los bienes o los derechos reales, los delitos contra las personas, etc., etc., en muchas obras jurídicas y así sucesivamente. A lo sumo, podría hablarse de una *“novedad relativa”*, pues como lo apuntó la Sala B de la misma Cámara Nacional de Apelaciones (26-3-1987), *“toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común”*. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 14 días del mes de noviembre de dos mil ocho, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala "D", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados "RIBAK MARCOS C/ ZICOLILLO JORGE IGNACIO S/ DS. y PS ", 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 de Cámara doctores Miguel Ángel Vilar, Diego C. Sánchez y Ana María Brilla de Serrat.//-

A la cuestión propuesta el doctor Miguel Ángel Vilar, dijo:

I.- La sentencia definitiva dictada en primera instancia obrante a fs. 566/ 572 de estas actuaciones admitió parcialmente la demanda por daños y perjuicios derivados de plagio promovida por Marcos Ribak contra Jorge Ignacio Zicolillo .En consecuencia, condenó al demandado a pagar al actor la suma total de \$ 20.000.- en concepto de daño moral, con más los intereses y las costas del juicio. Asimismo, mandó a publicar la parte dispositiva de la sentencia en la sección Cultura, o similar, del diario La Nación, a costa del demandado.-

Apelaron ambas partes. El actor expuso sus quejas a fs. 655/ 657, las que fueron contestadas por la contraria a fs. 673/ 673 vta. El demandado expresó agravios a fs. 661/ 671y mereció oposición del accionante a fs. 674/ 679.-

II.-a)) El peticionante circunscribió su crítica a la desestimación del reclamo por daño material. Reconoció que no había aportado prueba concreta sobre la cuantificación del daño pues - según señaló- no () recaía sobre la parte damnificada la carga probatoria pertinente. Refirió que la sentenciante confundió la "existencia" del perjuicio material con la "determinación" de su envergadura, fundando el rechazo del reclamo en la "falta de certeza en el perjuicio". Adujo que la circunstancia de haber supeditado la fijación

del monto a la prueba a producirse en el proceso, no era obstáculo para la determinación del daño.-

b) El demandado, por su parte, se quejó de la admisión de la demanda. En primer término se pronunció sobre la inexistencia de plagio en el caso de autos. Dijo que no hubo reproducción de la obra del actor. Discrepó con el "a quo" en punto a la valoración de la prueba acollarada en el expediente , especialmente , en cuanto otorgó valor probatorio- casi exclusivo- al dictamen realizado por el denominado "jurado de idóneos"- el que - según la recurrente- adolecía de vicios que oportunamente se indicaron. Además refirió que dicho informe es contradictorio con otros elementos de juicio, como el dictamen del consultor de parte y la pericia realizada en el ámbito del juicio penal.-

Por otro lado, cuestionó el reconocimiento de la indemnización solicitada por daño moral, aduciendo que el "a quo" se apartó expresamente de la fundamentación legal que la parte actora realizó en su escrito de demanda y estableció el monto basándose en normas de derecho común y no en las leyes de propiedad intelectual. Refirió, además, que las pruebas-documental y testimonial- aportadas por el actor no demuestran en modo alguno que la inclusión de los personajes efectuada por el demandado lo hayan afectado moralmente.-

III.-El caso.-

a) Se trata de una acción por los daños y perjuicios derivados del plagio al libro "La Revolución es un sueño eterno" del escritor Marcos Ribak , quien bajo el seudónimo de Andrés Rivera, lo había publicado en el año 1987, mediante la obra literaria titulada "La voz de la Revolución" del escritor Jorge Zicolillo, editada por Editorial Sudamericana S.A a fines de 1998.-

b) La Sra. Juez de primera instancia concluyó que el demandado utilizó personajes de ficción que eran de la autoría del actor, además de otros pasajes, sin la debida autorización;; que ésta no podía ser suplida por la mera mención de este último en el acápite "Agradecimientos" y que , por lo tanto, el plagio había existido. En consecuencia, condenó al demandado a pagar

los daños reclamados y a publicar la sentencia en un diario de circulación nacional.-

IV.- Las Pruebas.-

a) Las partes absolviéron posiciones a fs. 349/ 350 -el demandado -y a fs. 516/ 517-el actor-, conforme los pliegos obrantes a fs. 346/348 (fs. 24/ 26) y fs (fs. 49), respectivamente. Por otra parte, se recibió declaración testimonial de Marcos Ribak a fs. 44 c.p. y a fs. 65/68 c.p., la indagatoria de Zicolillo en los términos del art. 294 Cód. Penal.-

Ambos reconocieron que habían escrito las libros mencionados "supra".-

1.-Zicolillo afirmó que su obra era una biografía ..."como otras que se han escrito antes entre ellas..." (fs. 349, resp. a pos. décimo primera). Dijo que los personajes Cufre, Irene Orellanos Staek y la mulata Belén tienen, en su libro, un lugar absolutamente secundario, y sólo como un reconocimiento... aclaró que no cumplían (ninguna función sustancial del libro". Negó haber efectuado transcripciones textuales de diálogos de los personajes existentes en la obra del actor . Dijo que "no utilizó los personajes de Ribak y que no necesitaba de él ni de nadie para crear sus propios personajes..." (fs. 349 vta., resp. a pos. vigésima a vigésimo cuarta". Respecto del "error" de nombre en el "agradecimiento" dijo que "toda vez que fue entrevistado, se ocupó de aclarar y salvar el error...". (fs. 349 vta., resp. a segunda repregunta). En oportunidad de prestar declaración indagatoria, Zicolillo dio su explicación en cuanto a haber extraído la mayoría de las citas de documentos históricos en tanto que los personajes de la novela cumplían un papel secundario en la narración y que sólo fueron empleados como recurso literario. (fs. 65/ 68 c.p. y fs. 109 vta. c.p.)

2.- Ribak, por su parte, admitió que su obra era una "novela" en la que- a partir de un personaje real- en este caso Juan José Castelli- se inventó toda una historia. Sostuvo que los personajes Dr. Cufre, mulata Belén e Irene Orellano Stark eran personajes centrales de la obra y relató un fragmento de esta para demostrar la "notable dimensión que tienen estos personajes en La revolución es un sueño eterno". (fs. 516, resp. a pos. tercera). Negó que en la obra de Zicolillo constase un

agradecimiento - al actor-por el "préstamo" de personajes. Aclaró que el demandado en ningún momento le solicitó "permiso" para incluir los personajes citados anteriormente en su libro. Además, que el citado autor dijo o dedicó - en esa supuesta línea de agradecimientos- que "robó esos personajes" a Jorge Rivera quien pese a ser un distinguido ensayista y crítico, jamás escribió una obra de ficción... (fs. 516 vta. resp. a pos. décimo tercera).-

b) Los testigos propuestos por las partes declararon en estas actuaciones.-

1.-Guillermo Aníbal Saavedra -editor y periodista-, Miguel Angel Russo,-periodista-, Enrique Abel Foffani- crítico y profesor universitario- , Joaquín Eduardo Belgrano - escritor-, lo hicieron a fs. 351/ 353 vta. ; fs. 353 vta./ 355vta.; fs. 356/ 357 ; fs. 357 vta/ 358.-

Todos hicieron mención de la trayectoria literaria del actor calificándola, en algún caso, como "excepcional" y, en otros, ... "uno de los escritores mas importantes de la literatura argentina" ...; ... "uno de los dos o tres escritores mas importantes de la Argentina, tuvo muchísimos premios". Además, puntualizaron que el accionante- reconocido investigador y crítico literario- había recibido premios por su labor literaria, tales como el Premio Nacional de Literatura, "el máximo en la década de los 90".-

En cuanto a la obra "La Revolución es un sueño eterno", recordaron que existían distintos tipos de personajes: por un lado los de origen histórico; por otro los claramente inventados, de ficción u originales creados por Rivera - "una sirvienta, una amante y Cufre" (fs. 354)

Saavedra declaró que había leído la obra de Andrés Rivera y que había comenzado con la de Zicolillo, aunque "no había avanzado porque advirtió que tenía una dedicatoria, evidentemente rara... se refería , probablemente, a Andrés mencionándolo como Jorge Rivera.-

Russo dijo que había leído las dos obras... "pero había varios pasajes que eran coincidentes con la novela de la demandada".-

Los demás testigos dijeron que no habían leído la obra de Zicolillo. Declararon que sí habían

leído -en prensa- acerca de que algunos críticos literarios indicaron la existencia de coincidencias entre la obra del actor y la del demandado. (fs. 357 vta., "in fine"). El testigo Saavedra coincidió en que la novela de Zicolillo tuvo repercusión desfavorable en prensa, pues los periodistas creyeron ver semejanzas demasiado grandes entre esta obra y la del actor. (fs. 352). El demandado- cuando absolvió posiciones- aclaró que conocía "sólo dos" críticas literarias "hechas por alguien muy cercano a Rivera"... "Página 12 y Clarín" - cfr. copias fs. 11 y 12 c.p.- ,que indicaron la existencia de asombrosas semejanzas con la obra del actor (fs. 349 / 349 vta. resp. a pos. décimo séptima y décimo octava). (ver asimismo términos de la declaración indagatoria de Zicolillo a fs. 67 / 68 c.p.)

2.-Daniel Cecchini y Diego Antonio Mileo, periodista y editor respectivamente, prestaron testimonio- por la demandada- a fs. 483/ 483 vta. y a fs. 487/489 vta. Ambos habían leído las obras en cuestión y sabían que se referían a Castelli, pese a lo cual declararon que eran de "naturaleza distinta": La voz de la Revolución ... "tiene una estructura narrativa histórica..."

La revolución es un sueño eterno", en cambio, es fundamentalmente literaria . Aludieron a los personajes "ficcionalizados" y a los que tienen una realidad histórica, que las caracterizaban. Mencionaron que existía un "agradecimiento" en el libro de Zicolillo a favor de Rivera , aunque admitieron que, tal vez por error, estaba dirigido a Jorge y no a Andrés.-

c) El Jurado de Idóneos, designado a los fines requeridos - ver fs. 360, 371, especialmente fs. 374- dictaminó a fs. 390/ 393 vta. El demandado impugnó a fs. 460 remitiéndose al informe del consultor de parte agregado a fs. 397/ 407. Y a fs. 472 pidió ampliación de la pericia.-

1.- Los expertos recurrieron al "método contrastivo" (el contraste o comparación entre un texto y otro) para corroborar la -eventual- detección de los distintos elementos plagiados, en infracción a la ley, por Jorge Zicolillo en el texto "La voz de la revolución" de la novela histórica "La revolución es un sueño eterno" del escritor Andrés Rivera.-

2.- En punto a las ideas y personajes, los expertos verificaron "copresencia de ideas y de personajes". Manifestaron que los tres personajes de ficción creados por Andrés Rivera- mulata Belén, el Dr. Cufre e Irene Orellano Stark- fueron "claramente imitados" en "La voz de la revolución". Señalaron que el autor le dio a los tres personajes de ficción "imaginados" por Andrés Rivera un estatuto "histórico" con lo que incurre en un "error" sobre nuestra historia nacional. Además, citó fragmentos del libro "literalmente" (pg. 35 a 73).-

3.- Respecto de la "nota" o advertencia paratextual a través de la cuál Zicolillo agradece a Jorge Rivera el préstamo de sus personajes, los especialistas advirtieron una actitud que quiebra los derechos de propiedad intelectual. Explicaron - para justificar la mencionada postura- que Zicolillo no sólo induce a los lectores a error al citar "equivocadamente" a "Jorge Rivera", sino que también los manipuló a través de un "falso" conocimiento, socavando el derecho de éstos últimos a la libre interpretación. Agregaron que Zicolillo hizo referencia- con error- a un nombre propio (Jorge Rivera, recientemente fallecido) con la consecuente declaración de tomar "prestados" personajes, registros o situaciones.-

4.- Por otra parte, y en lo que respecta a otros ejemplos de "imitación" literaria, pudo colegirse del informe que en la novela de Zicolillo, no se indican a través de marcas lingüísticas o gráficas, los fragmentos citados de la obra de Andrés Rivera. Tampoco se especificaron las referencias de las distintas citas que pertenecían a otros libros o documentos históricos. Los especialistas estimaron que estas "ausencias" enmarcaban a los fragmentos citados dentro de las formas de plagio literal.-

5.- A fs. 391 vta./ fs. 392 , ap. 2.3.3., se especificaron las citas textuales y encubiertas de "La voz de la revolución" tomadas de "La revolución es un sueño eterno" cuya función - según se aclaró- era hacer un lugar a un fragmento de "otro" texto y remitir - mediante el fragmento insertado-a una "alteralidad" distinta al propio discurso. El Jurado manifestó que en la obra de Zicolillo no se cumplió lo expuesto,

por lo que consideraron que "no hubo honestidad intelectual por parte de su autor". Del mismo modo aludieron a las citas encubiertas o no marcadas. (fs. 392 vta., ap. 2.4.2)

6.-Por último, dejaron constancia que había "otros textos plagiados" (de libros y documentos históricos de distintos autores) por Zicolillo en "La voz de la revolución". (ver fs. 392 vta./ 393, ap. 2.6.).-

En definitiva, concluyeron que en el texto "La voz de la revolución" de Jorge Zicolillo se reprodujeron frases, datos y personajes de la novela "La revolución es un sueño eterno", de Marcos Ribak. De tal modo sostuvieron que sí hay efectivamente hubo plagio , aclarando que esto nada tiene que ver con la "creación o apropiación estética".-

e) Se acompañó a estas actuaciones la causa penal N 73.290 expte. N 113.768/ 1998 labrada con motivo de la denuncia por "delito de defraudación a la propiedad intelectual" formulada por Marcos Ribak contra Jorge Zicolillo, la que culminó con el sobreseimiento respecto de este último.-

En dicha sede, el perito técnico consultor y el perito de parte dictaminaron a fs. 104/ 108 vta. c.p. Refirieron que en ambas novelas el personaje central era una figura histórica del siglo pasado, Juan José Castelli, "el cual ha sido incorporado a la trama de las mismas como forma de recreación de su biografía". Asimismo que - desde un punto de vista jurídico, las dos obras estaban protegidas por el art. 1 de la ley 11723, dentro de la categoría de creaciones literarias.-

Concluyeron que: 1) ambas obras "eran diferentes creaciones originales"; que la novela de Ribak se iniciaba con dos frases de personajes históricos -Perón y Lenin- Zicolillo había comenzado con una serie de agradecimientos, el primero a Jorge Rivera, 2) que la confusión entre ambos Rivera - Jorge y Andrés- "denota cierta ligereza intelectual por parte de Zicolillo"... (fs. 105 vta.); 3) que el agradecimiento y la propia declaración indagatoria de Zicolillo indicarían - en principio- "una actitud franca y directa que no se compadece con la figura penal"; 4) que los tres personajes secundarios, existentes o no,

fueron tomados en "préstamo" por Zicolillo en franca contradicción con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual que requiere para cualquier transformación o adaptación (la conformidad expresa del autor originario"; 5) que la ley contempla la figura del (préstamo" pero que la autorización debe ser expresa, vinculante y comprobable por parte del otorgante, calificando al derecho de autor como un derecho humano contemplado en la Constitución nacional y en los tratados internacionales; 6) que las frases extrapoladas -que son cuestionadas desde una visión de construcción lingüística original de uno u otro autor o incluida en algún documento histórico- son simples afirmaciones o descripciones de situaciones que se corresponden con el lenguaje vulgar o cotidiano de las personas que viven o han vivido en este país.; 7) que originalidad y apropiación son dos cuestiones que no pueden diferenciarse si se pretende hacer referencia al acto creativo como objeto de la protección jurídica del autor aunque la originalidad no puede ser desligada de la cultura general o específica del mismo; 8) que las leyes- civil o penal- sancionan la actitud intencional de perjudicar a otro y no la apropiación estética o cultural. (104/ 108 vta.). En conclusión señalaron que ... " es difícil utilizar la palabra "plagio" para caracterizar el préstamo de los personajes señalados..."

f) A fs. 44/ 46 - y a fs. 81/ 82, en sobre- obran las cartas documento que las partes- y la editorial Sudamericana S.A.- intercambiaron a raíz de las publicaciones de las obras literarias y la denuncia de la existencia de plagio ("reproducción en forma casi carbónica de diálogos y situaciones) formulada por el aquí actor. Asimismo, y a través de ese medio, el demandado Zicolillo reclamó los daños y perjuicios derivados de la promoción de la causa penal N 73.290 por "infracción a la ley 11.723".-

g) Por último, a fs. 541 el actor desistió del testimonio de Guillermo Saccomanno .A fs. 525 se le dio por perdido -a la demandada- el derecho a producir la prueba testimonial consistente en la declaración de los testigos García Hamilton y Alberto Bacigalupo. Y a fs. 544 se la declaró negligente respecto de la prueba informativa a Editorial Sudamericana.-

V.- La Solución.-

A.-El Plagio: Encuadre jurídico. Atribución de responsabilidad.-

1) Me pronunciaré a continuación sobre los agravios del demandado dirigidos a cuestionar la existencia de plagio decidida en la instancia anterior.-

Anticipo que las argumentaciones del apelante no lograron conmover el pronunciamiento de grado que se funda - básicamente- en el sólido dictamen del jurado de idóneos. (art. 477 del Cód. Procesal).-

a) En efecto, la ley N 11.723 de propiedad intelectual- que tiene su génesis en el art. 17 de la Constitución Nacional y que brinda la máxima protección legal a las creaciones del espíritu,- no define qué debe entenderse por obra o producción científica, literaria o artística, ni establece los requisitos que ésta debe reunir para ser considerada como tal y merecer protección legal.-

No obstante ello, el artículo 1de la ley citada tiene un contenido suficientemente genérico, no taxativo, que permite incluir - dentro de las obras mencionadas- toda creación del intelecto, que sea original y novedosa dejando abierta la posibilidad de que otras creaciones que reúnan determinadas características, sean consideradas "obras intelectuales" en los términos señalados , y por ende, tengan igual tratamiento y amparo de la ley.-

b) En ese sentido, se advierte coincidencia entre los autores y la jurisprudencia en punto a que la obra o producción que merece protección es "toda expresión personal perceptible original y novedosa de la inteligencia , resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo que sea una creación integral" .(Pellicori, Oscar, "La ley de Propiedad Intelectual y el derecho Penal en la Argentina", Derechos Intelectuales, N 13, Ed. Astrea, pg. 67 con cita de Satanowsky, Isidro Derecho Intelectual, Bs. As. Tea, 1954; CNCiv. esta Sala, "AGI SA c/ Kaiser s/ daños y perjuicios", del 24-02-97).-

c) Cabe acotar que la ley protege el modo de expresión, la aplicación del tema, la marca de la individualidad, en una palabra: lo que da a la

obra el carácter personal, original, lo que revela el poder creador del autor pero no la idea, que sigue siendo materia de la explotación común de todos los autores. (Satanowsky, ob. cit., pg. 195). Vale decir, lo que merece protección no son las "simples ideas" sino la materialización y concreción de esas ideas -pensamiento formado y exteriorizado- ; o sea las "obras" como algo distinto del ejemplar en que se encuentran soportadas. La "obra", en si misma, es pura abstracción, distinta de sus sucesivos soportes y expresiones, por lo que la protección que las leyes le otorgan la cubre en cada una de las manifestaciones y formas que asume a lo largo del proceso creativo y en todos y cada uno de los soportes materiales que la sustentan. (Pellicori Oscar, ob. cit., pg. 68; íd. CNCiv. Sala E. pub. LL 1998-D-483).-

Desde esta perspectiva, una vez que el autor publica la obra, decide que no sea más inédita y concreta su comunicación al público, hecho que resulta indudable cuando la imprime y la libra a la venta o la distribuye por cualquier medio y se hace obligatorio su registro como requisito indispensable para su protección a los efectos patrimoniales. La falta de ese segundo trámite prescripto por los arts. 57 y 61 de la ley citada , hace caer la obra en el dominio público, del cual sale mediante el cumplimiento de aquella exigencia (CNCiv. Sala F, 22-08-77, ED - t 77-519). Sin embargo, la "autoría" de una obra intelectual surge en el autor por la fuerza misma de su creación, independientemente de su inscripción en el registro respectivo. Por tanto, la autoría no se pierde por no haberse cumplido con dicho registro o depósito, ni el simple cumplimiento de éstos opera en provecho del depositante una acción por plagio si la obra no es mas que la copia de otra ya inventada y ejecutada. (CNCiv. Sala E, "Arce Rodolfo A. c/ Suar Adrián y otro s/ daños y perjuicios", del 20-10-2005).-

d) En este estado de cosas, cabe puntualizar que constituye "plagio" el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios, sustitución esta que puede ser textual (servil) o disfrazada (inteligente). Se trata pues de la forma mas corriente de violar el derecho de un autor siendo el medio más perjudicial y grave que lesiona profundamente la esencia de su

derecho. (cfr. Satanowsky, Isidro "Derecho Intelectual", T. II, pg. 191, n 470; pgs. 200 y 201).-

2.- Sentado lo expuesto, corresponde determinar si el libro del actor reúne las mencionadas condiciones de creatividad, originalidad y trascendencia para establecer - de eso se trata en autos- si entre las dos obras existe identidad de expresión reconocible. (cfr. Satanowsky, ob. cit. T. II, pg. 194 y sgtes, n 476, 477 y sus citas).-

2.- Tal como sostuve al comienzo, los agravios critican especialmente la valoración de la prueba pericial de "idóneos" efectuada en el fallo de grado en contraposición con el dictamen emitido en causa penal por los peritos - técnico consultor y de parte- para concluir que efectivamente hubo plagio en la obra de Zicolillo.-

a) En primer lugar, cabe aclarar que los objetivos a los que se apunta en sede penal son distintos a los que se persiguen en este proceso, pues - como es sabido- la conducta del agente imputado en aquella causa debe encuadrar en los específicos elementos que tipifican al delito penal. Al respecto, nótese que la sentencia dictada en aquél juicio - que culminó con el sobreseimiento de Jorge Ignacio Zicolillo en orden al quehacer que se le atribuyó en el sumario seguido por infracción a la ley 11.723 - estableció que la solución se fundaba en la "falta de medios probatorios que definan conductas delictivas". (ver fs. 110, "in fine", c.p.). En ese sentido, se consideró que las explicaciones brindadas por Zicolillo no fueron desvirtuadas con la documentación anejada a la investigación -penal- y que, por otro lado, el informe que produjeron la perito técnica consultora y el perito de parte resultaron determinantes para concluir en la inexistencia del delito. Es decir los consultores técnicos que informaron a fs. 104/ 108 vta.c.p. lo hicieron en el marco de ese juicio acerca de las cuestiones planteadas en la presente causa respecto a la comisión de los delitos previstos por la Ley de propiedad Intelectual (arts. 72 y ss. de la ley 11.723).-

b) Por otra parte, sabido es también el valor de la prueba pericial y las facultades del sentenciante para apartarse de sus lineamientos, cuando -como en el caso- se

trata del informe de un consultor de parte - Lic. Guillermo Méndez- al que se refirió el demandado recurrentemente en su escrito de agravios. (ver fs. 662 y ss.).-

Frente al planteo del quejoso, y sin ánimo de negar los méritos profesionales de los peritos consultores, cabe apuntar que éstos son asesores de las partes en materia externas al campo jurídico; que son defensores de los intereses del sujeto que lo propone, colaborando con su ciencia y técnica a la resolución de cuestiones no jurídicas. Asimismo, que la característica principal de estos profesionales, es su relación con la parte que los designa, debiendo responsabilizarse ante ella por las falencias cometidas en el desempeño de su labor. En consecuencia, y tal como ha sido resuelto en forma unánime, las observaciones hechas por el consultor técnico no son equiparables a los fines probatorios o regulatorios, con la tarea efectuada por los peritos designados de oficio . Si bien el consultor técnico es un profesional al que debe reconocerse la misma capacidad e idoneidad que al experto designado de oficio, no puede soslayarse que no se trata de un auxiliar del juez, que pueda ser considerado absolutamente imparcial. Es, en definitiva, un auxiliar de las partes, un defensor de los intereses de la parte que lo propuso, en favor de quien aplica su ciencia y experiencia. "Dominice, Marcelo Gerardo c/ Nicolini, Santiago Enrique s/ Daños y Perjuicios (CNCiv. - Sala I - Nro. de Recurso: 1091380 - Fecha: 22-5-1997; íd. íd. "Fernández, Gerónimo y otros c/ Vicoren S.A y otro s/ Daños y Perjuicios", Sentencia Definitiva - CNCiv. - Sala H - Nro. de Recurso: H206502 - Fecha: 8-10-1997). De ahí la necesidad de relativizar el valor probatorio de sus aseveraciones, máxime si el dictamen de otro u otros expertos designados también judicialmente - en el caso, el jurado de idóneos- aportaron elementos objetivos que prueban la existencia de un ilícito civil desde la perspectiva en que debe ser analizado en este proceso.-

3. Ahora bien, el jurado de idóneos, en estos autos, por unanimidad, fue concluyente con argumentos y fundamentos, a partir de la implementación del método contrastivo y las diversas estrategias de análisis, en punto a que en el texto de Zicolillo se reproducen frases, datos y personajes de la novela de Marcos

Ribak, de modo tal que el plagio se encuentra configurado.-

a) .-Tal como vimos en el apartado pertinente, los especialistas sostuvieron que los tres personajes de ficción - mulata Belén, Dr. Cufre e Irene Orellano Stark - imaginados y creados por Andrés Rivera (Ribak) fueron "claramente imitados" en la obra de Zicolillo quien , inclusive, les otorgó - erróneamente-un estatuto histórico cuando, en realidad, habían sido producto de la imaginación del autor de "La revolución es un sueño eterno".-

Es decir, aun cuando el demandado en su escrito de agravios trató de minimizar la cuestión relativa a la inclusión de los "tres personajes" calificándolos como de "carácter secundario, insustancial y tangencial" , e inclusive resaltó durante este proceso la "innecesariedad" de la presencia de dichos personajes en su obra, lo cierto es que no podía desconocer que aquéllas figuras que utilizó e incluyó en su libro , estaban lejos de ser personajes que formaron parte de la historia y que correspondían, por el contrario, a la creación e imaginación de Ribak, cuya obra el demandado había leído- según sus propias manifestaciones- para confeccionar la propia.-

También nosotros -los jueces en conocimiento de este proceso- hemos leído el libro del actor como el del demandado y coincidimos en que no se trata de personajes "insustanciales", "perfectamente sustituibles" o "peones de ajedrez", como dice el accionado en sus agravios. Todo lo contrario, porque analizando "La voz de la revolución" vemos que Cufre, aparece en muchos e importantes pasajes de la obra; así se puede comprobar en las páginas 11, 12, 27, 28, 29, 30, 50, 53, 146, 147, 160, 193, 245, 277 y 278. Que Irene Orellano Stark juega un rol significativo: páginas 35, 42, 43, 51, 69, 73, 120, 167, 209, 217, 221, 222, 226 y 259; incluso un capítulo está titulado con su nombre: "Irene o la Máscara del Abandono" (página 69) y por último resultan preciados los encuentros de Belén, en las páginas 70, 148, 149 y 217.-

Indudablemente no son figuras desechables o intrascendentes puesto que valora su presencia en la obra es destacable y valorable.-

b).- Los expertos advirtieron, además, que Zicolillo transcribió fragmentos de "La revolución es un sueño eterno" sin delimitarlos con marcas "lingüísticas o gráficas" para que el lector pudiese percibir - eventualmente- que pertenecían a otro autor, a otro discurso o texto. Asimismo dijeron que el autor no había "especificado" las referencias de dónde había tomado las distintas citas que pertenecían al libro de Andrés Rivera como también a libros de otros autores y documentos históricos. Concluyeron que dichas "ausencias" enmarcaban a los fragmentos citados dentro de las formas de plagio literal. A tal fin, puntualizaron y transcribieron la citas textuales y las encubiertas o no marcadas que Zicolillo introdujo en su obra literaria sin hacer referencia a que pertenecían a otro autor o a un texto distinto del propio. (ver fs. 391 vta./ 392). Contrariamente a lo pretendido por el demandado, no percibieron las "transcripciones entrecomilladas y precedidas por puntos suspensivos" que fueran mencionadas- genéricamente- por el apelante a fs. 662.-

c) En punto a la nota de agradecimiento de Zicolillo a "Jorge Rivera", advirtieron - y destacaron- una actitud de "quiebre de los derechos intelectuales por parte del autor demandado." Hicieron hincapié en el error del nombre a quien supuestamente - el demandado agradeció el préstamo de los personajes. Indicaron que la "paratextualidad"- título, subtítulo, las notas finales, los epígrafes, las advertencias, los Agradecimientos" - constituían lugares privilegiados de la dimensión pragmática de todo libro, que tenían la finalidad de "acción" sobre el lector. Es decir que a partir del mencionado recurso- en el caso, el "agradecimiento" - se habría manipulado al lector a través de un falso conocimiento atentándose, en consecuencia, a su libre interpretación.-

d) A más de ello, los especialistas indicaron que la declaración del demandado relativa a tomar prestados formal o idénticamente personajes, registros o situaciones tampoco evitaba la acusación de plagio. Rebatieron los fundamentos del dictamen emitido en sede penal señalando que "al ser la nota de agradecimiento una referencia a la realidad de un autor... se determina que en este caso sí hay plagio", y aclararon que esto nada tiene

que ver con la "creación o apropiación estética"(fs. 391).-

4.- En orden a lo que diré más adelante, quiero aclarar que si bien en autos a los expertos se los denominó "jurado de idóneos", conforme la ley respectiva, se trata, sin duda de peritos que, en definitiva practicaron una pericia conforme las disposiciones correspondientes del Código Procesal (arts. 457 a 480, del código citado).-

Por eso, en tal inteligencia, preciso es señalar que la prueba idónea para la composición y resolución del caso es la "pericial" y que la crítica que hace el demandado ante la Alzada no resulta acompañada de elementos convincentes que me permitan apartarme de las conclusiones de los dictaminantes.-

a) Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen. El perito actúa como auxiliar de la justicia, y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquéllos puntos que requieren conocimientos especiales. Dicha situación, hace razonable la aceptación de sus conclusiones aun respecto de los ítems en que expresa su opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio que el perito ha tenido en cuenta pese a que nos los haya expuesto con toda amplitud (CNCiv. Sala C, junio 30-1988, "Dayan Rafael y o. C/ M.C.B.A.", LL. 1989-A-654; íd esta Sala "Osorio, Edith c/ Tripodoro José s/ sumario", L. 144.728, del 8-8-94, "Pesciallo Iris c/ Empresa 25 de Mayo y otro s/ ds. y ps.", L. 162.804, del 23-8-95, "Grootjans Mercedes Dora c/ Cervera Hector s/ ds. Y ps.", L. 157.426, del 15-9-95, "Merlo de Saleme María del Carmen c/ Transporte Sgto. Cabral s/ ds. y ps.", L. 164.078 del 26-10-95, entre muchos otros).-

Es decir que para que las observaciones que pudiesen formular las partes logren favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (cfr. art.s 386 y 477 del Código Procesal).-

En autos no se han incorporado elementos convincentes y relevantes - la pericia efectuada en sede penal fue por si sola insuficiente- que

inclinan a concluir en el error o inadecuado uso que los expertos hubieran hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselos dotados, por lo que en razón de todo lo expuesto, no cabe sino concluir del modo adelantado.-

5.- No varía la solución que propicio la cuestión reseñada por el demandado en punto a que su obra es una "biografía novelada", en la que intentó escribir un texto con ciertos toques de ficcionalización que le dieran "coloratura al relato" y que hicieran mas amena y atrapante su lectura, cuyo objetivo fue , por lo demás, "contar la verdadera historia del prócer" (cfr. contestación de demanda fs. 303 in fine) para lo que recurrió a documentos históricos que versaban sobre la vida de Castelli . Aun considerando que la vida de Juan José Castelli es un hecho histórico - y público- ello no autoriza de ninguna manera a que un autor utilice frases, fragmentos y/ o personajes que caracterizan el estilo literario personal de la obra intelectual de otro bajo pretexto de que - de todos modos- "poseen estilos u objetivos diametralmente opuestos".-

Por tanto, los agravios del recurrente, que en este sentido repiten argumentaciones vertidas en la contestación de demanda - ver fs. 303 vta.- ya descartadas por la señora juez de la anterior instancia, serán desestimados.-

6.- Tampoco resulta viable para rebatir la decisión adoptada en primera instancia la explicación brindada por el demandado en punto a los términos en que formuló el "agradecimiento" - a Jorge Rivera- por el supuesto préstamo de alguno de sus personajes. Aun en la hipótesis más favorable para el recurrente, esto es dando por sentado que su intención fue "aclarar" que los personajes en cuestión - aunque llamativamente no los detalló en el mencionado agradecimiento- no eran de su autoría, lo cierto es que el demandado agradeció el préstamo de los personajes a otro escritor -Jorge Rivera- que jamás había escrito sobre Castelli Por otra parte, el demandado no reconoció en ningún momento que había cometido un error - nótese, incluso, que en la expresión de agravios intentó endilgar la equivocación a la editorial que - oportunamente- imprimió la obra (fs. 667, tercer

párrafo) .Y aun cuando su intención hubiese sido hacerlo, no aclaró ni rectificó por escrito - vgr. en pruebas de galera o a través de una fe de erratas-de modo tal de advertir a los lectores de lo que realmente había acontecido.

7.- Además, el demandado no acreditó haber recabado autorización del actor para tomar prestados ciertos pasajes, frases o personajes que incluyó o incorporó a su obra pese a que admitió que realizó una "concienzuda investigación" acerca de escritos que versaban sobre la figura histórica, a partir de la lectura "de todo el material que existía sobre el prócer" entre los que figuraba la obra literaria que escribió el accionante y que "es una de las pocas que resalta la figura de Castelli". Dijo que recurrió a las técnicas de entrecomillado y que precedió las frases con puntos suspensivos (ver fs. 622). Sin embargo, los expertos no advirtieron el uso de las mencionadas técnicas sino que por el contrario sostuvieron que las "citas" no fueron especificadas.-

Es más, los términos en que Zicolillo absolvió posiciones me conducen a pensar lo contrario puesto que en dicha oportunidad por una parte el demandado aclaró "que no había utilizado los personajes de Ribak y que no necesita ni de Ribak ni de nadie para crear sus propios personajes" (resp. a pos. vigésimo cuarta) mientras que por otra afirmó que (lo que hizo fue darles un lugar en su libro elevándolos a la categoría histórica en homenaje a Andrés Rivera." (resp. a pos. décimo segunda). Vale decir Zicolillo desplegó una conducta contradictoria y equívoca al respecto.-

Los testigos - especialmente Russo y Saavedra coincidieron en que las obras revelaban importantes semejanzas; que "había varios pasajes que eran coincidentes con la novela del demandado"; que un hecho... indudable de ficción creado por Rivera, fue puesto en la novela de Zicolillo casi de manera idéntica"... Cecchini y Mileo ofrecidos por el demandado , inclusive, advirtieron similitudes en cuanto al argumento entre ambas obras - "el argumento gira alrededor de la vida de Castelli"- aunque manifestaron que tenían una "naturaleza distinta". (ver fs. 353 vta. / 355 vta. , fs.351/ 353 vta. 483/ 483 vta.; 487/ 489 vta.)

8.-Corresponde desestimar - sin siquiera abordar- , por último, el planteo del demandado dirigido a demostrar ante la Alzada que Ribak había cometido (plagio" cuando transcribió en su propia obra documentos históricos y relatos de libros de distintos autores que habían abordado la vida de Castelli.(fs. 662/662 vta.), toda vez que se trata de un pretensión distinta a la incoada por el actor y por ende, ajena al objeto de este proceso.-

3.-Conclusión.-

a) En definitiva, cabe concluir que hay "plagio" cuando la imitación reviste cierta magnitud con relación a la obra plagiada y pese a las triviales diferencias, variaciones, agregados o reducciones, la obra presenta en relación con la anterior, una semejanza tal que permita reconocer que se trata, en el fondo, de una misma representación individual (cfr. fallo citado supra, LL- 1984- D, pg. 413). Asimismo, cabe destacar que no es el número sino la calidad de las coincidencias la que pone de relieve la existencia del plagio y pese a la pretensión en sentido contrario del recurrente, en este caso, los peritos han sido determinantes en punto a que las coincidencias, la reproducción de frases, datos y personajes en la obra de Zicolillo son configurativas de plagio en el sentido que venimos desarrollando.-

b) Por consiguiente, de conformidad con el encuadre jurídico señalado, y el análisis probatorio efectuado conforme las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del Código Procesal), leído las obras de los dos autores, habiendo examinado el escrito de expresión de agravios que contiene múltiples citas de jurisprudencia y doctrina sobre este tópico y considerando los aspectos esenciales allí volcados, estimo que los argumentos vertidos por el recurrente no alcanzan para revertir la solución que admitió la pretensión del actor. Por tanto, propongo que se rechacen las quejas planteadas por el demandado y se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto consideró comprometida la responsabilidad por plagio de Jorge Ignacio Zicolillo quien publicó su obra "La voz de la revolución" en la que incluyó frases, citas y personajes que tomó "prestados" del libro del accionante pero sin autorización

debida y haciendo caso omiso del nombre correcto de su autor.-

VI.-Parciales Indemnizatorios.-

A.-Daño material.-

El actor se agravió del rechazo de la reparación reclamada en concepto del daño material sufrido a raíz del hecho que motivó este proceso. Tal como anticipamos, sostuvo que la sentenciante falló "contrariando la inveterada doctrina y jurisprudencia generada acerca de este tema y violentando - a todo evento- el dispositivo del art. 165 del Código Procesal".-

a) Empero, cabe anticipar que el recurrente lejos estuvo de refutar las conclusiones de hecho y de derecho que fundaron la decisión del "a quo"- que compartimos- para prescindir de la fijación de este parcial indemnizatorio.-

b) Es que, pese a que las cuestiones sobre propiedad intelectual, en este rubro, admiten un criterio mas amplio, no pueden dejarse de lado- totalmente- las condiciones para hacer uso de la facultad discrecional establecida en el art. 165 "in fine" del Código Procesal.-

En tal inteligencia si bien, conforme la norma mencionada el juzgador puede fijar el importe del crédito aunque no estuviere justificado su monto, ello no quita que el juez, para hacerlo, necesite, por lo menos algunos elementos o indicios para determinarlo, ya que su fijación sin ninguna base podría dar un resultado inequitativo para ambas partes.-

b) En autos no existe ninguna evidencia como para fijar el "quantum" del perjuicio aducido por el actor. Por ello, considero que debe confirmarse lo decidido por el "a quo", máxime teniendo en cuenta lo expresado por el mismo que, al respecto dijo que la cuantificación de los daños y perjuicios como la restitución de los frutos habidos ilícitamente solo podrán ser debidamente establecidos con la producción de las pruebas pertinentes (ver escrito de demanda, fs. 60 vta.).-

Dados los antecedentes mencionados mas arriba y teniendo en cuenta la teoría de los actos propios, con respecto a lo último transcripto, considero que el ítem reclamado por el actor debe ser desestimado.-

B.- Daño moral.-

El demandado se agravió del reconocimiento de una indemnización - \$ 20.000- en concepto de daño moral, por cuanto consideró que no se hubo afectado el nombre y reputación del actor; tampoco los valores éticos y espirituales que justificasen la reparación de agravio moral alguno.-

a) En efecto, el hecho de crear una obra hace nacer entre ésta y el autor un vínculo personal muy fuerte, que no puede ser quebrado por ninguna convención. El autor ha puesto en su obra una parte de su personalidad y tendrá por lo tanto, el derecho a defenderla aunque pase enseguida a manos extrañas... En otros términos, el derecho moral tiene por objeto defender la personalidad del autor de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora. Se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible y trata de evitar que se perjudique en lo esencial los intereses personales o artísticos del autor". (Satanowsky, Derecho Intelectual, vol., I. Bs. As., Ed. TEA 1954, pg. 166). El derecho moral del autor es esencial, extrapatrimonial, inherente a la calidad de autor y absoluto. (Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones Unesco- Cerlalc- Zavalía, 1993,pg. 65).-

b) Ahora bien: el derecho moral del autor encierra facultades concretas, las que no han sido observadas en la especie. Así el autor goza del derecho a que se respete su nombre o seudónimo, es decir a que se le reconozca la paternidad intelectual sobre ella, Al respecto, el art. 52 de la ley 11.723 establece al denominado derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra al disponer que "aunque el autor enajenare la propiedad de su obra está en condiciones de exigir la mención de su nombre o seudónimo como autor". (CNCiv. Sala A, ED 121-644). A la par de este derecho, el autor también está en condiciones de exigir el respeto y el mantenimiento de la integridad de la obra, significando esto que toda difusión de aquélla debe ser efectuada sin modificaciones, en la forma en que el autor la creó, aun si el autor se ha desprendido de sus derechos patrimoniales o como acontece en la especie ha expirado el término de la protección legal- pudiendo - sin embargo- exigir que el

tercero a quien se le han cedido aquéllos o cualquier otro, la publique respetando exactamente el diagrama original.-

c) La obra resulta, conforme a los propósitos del autor canalizados a través del proceso creativo o esfuerzo intelectual, un todo en el cual sus componentes (colores en obras pictóricas, materiales en obras escultóricas, expresiones o giros idiomáticos y signos de puntuación en obras literarias, alteraciones, o silencios en obras musicales, etc.) están organizados de manera específica, lo que implica la unidad de composición detallada. De este modo, la reproducción de la obra en forma imperfecta o parcial, supone una afectación cualitativa y cuantitativa que rompe la unidad gestada por el autor. (Nuñez, Javier, "Alcances y justificación del derecho moral del autor", JA 2001-I- 957; CNCiv, esta Sala, "Heinrich Ana María Erna E. c/ Ediciones Altaya SA s/ Daños y Perjuicios", L. 64.820/ 2001, del 21-04-2005).-

En virtud de todas las consideraciones expuestas hasta ahora, ninguna duda cabe que el accionante sufrió un detrimento en los derechos morales que le correspondían sobre su obra.-

b) En ese orden de ideas y a partir del carácter resarcitorio que le asiste al daño moral, pues desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Bs. As., 1989, pg. 179 y ss.;; Cazeaux Pedro N. Y Trigo Represas, F.A., (Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, T. I., pg. 251 y ss.), y en vista de la gravedad objetiva del perjuicio, e inquietud espiritual padecidos, considerando que la conducta antijurídica desplegada por el accionado afectó espiritualmente al actor Marcos Ribak, considero que es ajustado a derecho confirmar la viabilidad del parcial indemnizatorio en cuestión y la suma fijada en primera instancia para enjugar este detrimento.-

VII.- Conclusión.-

Por todas las consideraciones que dejo expuestas, y si mi opinión es compartida, propongo al acuerdo: 1.- desestimar las quejas de las partes. En consecuencia, confirmar el pronunciamiento recurrido en todo lo que ha sido materia de agravios. 2.- Imponer las costas de Alzada al demandado vencido en los principal (arg. art. 68 del Código Procesal).-

Así lo voto.-

Los señores jueces de Cámara doctores Sánchez y Brilla de Serrat, por análogas razones a las aducidas por el señor juez de cámara doctor Miguel Angel Vilar, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.-

Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 14 de noviembre de 2008.-

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, 1.- Se desestiman las quejas de las partes. En consecuencia, se confirma el pronunciamiento recurrido en todo lo que ha sido materia de agravios. 2.- Se imponen las costas de Alzada al demandado vencido en los principal (arg. art. 68 del Código Procesal).-

Teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos, etapas cumplidas por los letrados, el monto del interés económico comprometido y lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 37 y 38 del arancel y ley modificatoria 24432, se eleva a pesos (\$) la regulación de honorarios practicada a favor del doctor J. M. R. y a pesos (\$) la del doctor O. G. F.-

Por la actuación ante esta Alzada se fija en pesos un mil cincuenta (\$ 1.050) la retribución de los letrados de la parte actora y en pesos quinientos (\$ 500) la del letrado del demandado (art. 14, ley de arancel 21.839). Notifíquese y Devuélvase.//-

*Fdo.: Miguel Ángel Vilar - Diego C. Sánchez
Ana María Brilla de Serrat*