

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2014
Selección y disposición de las materias y comentarios, Federico Andrés Villalba Díaz

Objeto del derecho. Forma de expresión. Uso de las ideas. Juegos

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, de Buenos Aires

FECHA: 29/11/2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Publicado en: LA LEY 03/04/2007, 7 • LA LEY 2007-B, 610 • ED 223, 6 • JA 2007-I, 370.
Cita online: AR/JUR/8161/2006

DATOS: Esquin, Mariano c. Televisión Federal S.A.: Telefé y otros

SUMARIO:

“La ley 25.036 que completó el art 1° en la segunda parte de la ley de propiedad intelectual 11.723, al establecer que el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas, procedimientos métodos y conceptos en sí, por lo cual siguiendo a los Dres. Villalba y Lipszyc en su obra “El Derecho de Autor en la Argentina” pág. 33 y sgtes., este enunciado cumplió con la obligación de incorporar no sólo legislación extranjera sino también la doctrina y la jurisprudencia nacional, confirmando que el derecho de autor abarca las expresiones particulares de las ideas, pero no éstas ni las subyacentes así como también se excluye los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos en sí mismos, aclarando los autores que tampoco gozan de tal beneficio los acontecimientos, temas, sistemas, géneros y estilos literarios o artísticos, formas literarias, maneras artísticas, vocabularios, orientaciones, iniciativas y descubrimientos científicos. En cambio, es lícito tomar el conjunto de los elementos que reflejan la individualidad de la obra.”

“Si bien la idea y el método en el caso de strip-tease consiste en que quien lo practique vaya despojándose en forma paulatina de su vestimenta hasta el extremo que determinadas circunstancias lo autoricen, ya que, según la audiencia a la que está destinado será el límite de exhibición al que se llegue. Desde antiguo la muestra del cuerpo es artística y culturalmente un atractivo siempre vigente, sin que para el caso resulte indispensable cumplir con las modas estéticas cambiantes a través de los siglos.”

“Coincido también con el anterior sentenciante en la procedencia de la defensa de falta de legitimación interpuesta por los demandados, ya que la prueba producida demuestra que las personas mencionadas en el inicio como portadoras del guion donde se hallaba desarrollando el proyecto, en sus testimonios de fs.628 y 631 afirmaron tener conocimiento de la propuesta formulada por la actora, pero negaron haberlos transmitido a quienes ejercían facultades suficientes para obligar a la televisora o a otra persona”

COMENTARIO. El fallo que comentamos, se enmarca pacíficamente dentro de la jurisprudencia clásica en la materia. En efecto, salvo un dudoso antecedente en el cual se hizo parcialmente lugar a la demanda de uso no autorizado de un sistema de apuestas hípico¹, los tribunales desde la década del 90´ han afianzado el principio que los juegos de azar², sistemas³, planes financieros⁴, métodos⁵ y en general, cualquier idea carece de tutela jurídica. Como es sabido, la doctrina coincide en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas. Como se ha dicho las ideas no son obras, y por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización. Solo está protegida la forma sensible bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea misma, ya sea que se encuentre expresada de manera esquemática, o bien en una obra⁶. Tal como dice Palazzi “La materia del plagio son las obras intelectuales, es decir las obras del ingenio literarias, artísticas y científicas susceptibles de ser reproducidas por cualquier medio. Las ideas son libres y se pueden reproducir sin ninguna autorización de sus autores e incluso ponerse en práctica”. Uno de los principios generales del derecho de autor se ve reflejada en todas las legislaciones sobre la materia por la cual se protege sólo la forma, el modo de expresión y deja dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad, concepto que ha sido expresado también en los tratados regionales, como el art. 7 de la Decisión Andina 351 sobre Derechos de Autor del Pacto Andino reconoce como principio universal que queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras pero no son objeto de protección las ideas contenidas en ellas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial. Siguiendo en el ámbito internacional, el convenio de Berna, en su art. 2 es claro cuando definió los términos “obras literarias y artísticas” los mismos “comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, quedando la utilidad práctica de la creación ajena a la tutela por el derecho de autor. El acuerdo ADPIC, en relación al Convenio de Berna, establece que su artículo 9 que “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) que “2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. El caso en comentario rechaza una vez más la pretensión de la protección de actividades inmateriales que no dejan de ser ideas y métodos que no representan originalidad sufi-

- 1 CNCiv, Sala C, 18/04/1974, en autos “Pantano, J. c/ Jockey Club Ciudad de Buenos Aires”, ED, 55-456.
- 2 Solo en Argentina la jurisprudencia en este sentido resultó ser abundante, tal como Corte Suprema de Justicia de la Nación 18/09/1968, “Nóbile, Ambrosio H c/ Provincia de Santa Fe, LL 133-807; CNCiv Sala G, 07/05/1984, “Doñetz, Ernesto c/ Jockey Club de Buenos Aires” LL 1985-C,653; CNCiv y Com Fed, Sala II, 29/12/1981, “Tumanoff, Constantino c/ Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos”, J.A 1983-I-218; “ Salantrini, Alicia N c/ Caja Popular de Ahorro y Crédito de la Provincia de Santiago del Estero” CNCiv, Sala A, 13/02/1992, ED del 16/07/1992; CNCiv y Com Fed., Sala II, 28/05/98, Causa°22.046/94, “Grygiel Rodolfo Alfredo c/Lotería Nacional S.E s/ varios propiedad industrial e intelectual”, LL, 1999-B, 681, entre muchos otros
- 3 CNCiv, Sala A, 26/12/1995, “Carrizo, Nicolás Miguel y otro c/ Aranalfé SA y otros”.
- 4 Martínez, Atilio c/ Cuirculo de Inversores SA, CNCiv, Sala B, octubre 28-1988m LL 1989-C, 250. Gibellini, Elias J. c/ Circulo de Inversores SA” CNCIV, Sala D, mayo 18-1987, LL 1988-C, 548.
- 5 CNCiv, Sala J, 20/05/1997, “Garitano, Carmelo c/ Asociación Mutuales de Conductores de Automotores”, LL 1997-E, 575, voto de la Dra. Brilla de Serrat.
- 6 “Torbey, Salid Hassan contra Telecom Personal S.A. sobre Daños y perjuicios” - CNCIV - SALA K, de Buenos Aires, del 19/02/2009

ciente como para que sus titulares puedan gozar del ius excluendi con respecto al uso por terceros. Eso es así por la pérdida de prendas en un juego organizado es un recurso utilizado desde antigua data y no representa una obra protegidas por el derecho de autor. Por otro lado se resolvió la falta de legitimación pasiva ya que de probó que las personas mencionadas en el inicio como portadoras del guion afirmaron tener conocimiento de la propuesta formulada por la actora, pero negaron haberlos transmitido a quienes ejercían facultades suficientes para obligar a la televisora o a otra persona por lo que, aún en el caso que se tratase del plagio de una obra protegida, no había forma de atribuir responsabilidad a la demandada en esta causa. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 29 de 2006.

La doctora Rejo dijo:

Que contra la sentencia dictada en primera instancia a fs 867/871 se alza la actora a fs 872, quien vierte sus quejas en la memoria de fs 889/894 que fue contestado por los co-demandados María Susana Giménez Aubert a fs 899/901 y Televisión Federal S.A. a fs 902/919.

En la decisión recurrida el Sr Juez concluyó con los fundamentos que señala, rechazando la pretensión formulada por Mariano Enquin por cobro de una indemnización que estimó en la cantidad de \$1.783.296 resultante de la ganancia que le habría producido a la persona de los co-demandados, entre abril y diciembre de 1999 (36 emisiones) la utilización del entretenimiento emitido en el programa “Susana Giménez” con el nombre “Strip-Tease Cultural”, que dijo contenía todos los elementos sustanciales, adaptando e instrumentando su idea original del juego de preguntas y respuestas que como proyecto televisivo tituló “El conocimiento al desnudo”, cuya autoría se atribuye, habiéndolo inscripto en la Dirección Nacional del Derechos de Autor el 6/7/95 bajo el n° 431145 como parte del esquema completo del programa televisivo “Refrigerio” y reiterado el 10/12/96 con el título “La Maza y la Tanda”.

La sentencia recurrida hizo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por los demandados al considerar que la prueba producida no demuestra la relación insinuada por el actor entre Daniela Fernández y el canal demandado y que la primera ejerciera en algún momento la representación de aquél, así como la exhibición del guión “La Maza” a persona con poder de decisión en dicha emisora. Rechazó las manifestaciones del actor, referidas a la existencia de plagio al expresar que el juego no resulta original o novedoso.

La ley 25.036 que completó el art 1° en la segunda parte de la ley de propiedad intelectual 11.723, al establecer que el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas, procedimientos métodos y conceptos en sí, por lo cual siguiendo a los Dres. Villalba y Lipszyc en su obra “El Derecho de Autor en la Argentina” pág. 33 y sgtes., este enunciado cumplió con la obligación de incorporar no sólo legislación extranjera sino también la doctrina y la jurisprudencia nacional, confirmando que el derecho de autor abarca las expresiones particulares de las ideas, pero no éstas ni las subyacentes así como también se excluye los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos en sí mismos, aclarando los autores que tampoco gozan de tal beneficio los acontecimientos, temas, sistemas, géneros y estilos literarios o artísticos, formas literarias, maneras artísticas, vocabularios,

orientaciones, iniciativas y descubrimientos científicos. En cambio, es lícito tomar el conjunto de los elementos que reflejan la individualidad de la obra.

Con ese fundamento corresponde analizar el tema que nos ocupa, dado que la publicidad y alcance con que contó el programa televisivo que incluía el juego que el actor cuestiona, es conocido por su permanencia a través de los años, ya que se halla entre los llamados “clásicos”, y de mayor de audiencia.

Si bien la idea y el método en el caso de strip-tease consisten en que quien lo practique vaya despojándose en forma paulatina de su vestimenta hasta el extremo que determinadas circunstancias lo autoricen, ya que, según la audiencia a la que está destinado será el límite de exhibición al que se llegue. Desde antiguo la muestra del cuerpo es artística y culturalmente un atractivo siempre vigente, sin que para el caso resulte indispensable cumplir con las modas estéticas cambiantes a través de los siglos.

El hecho de que se emita por televisión que como medio que divulga toda clase de noticias, entretenimientos y cualquier manifestación cultural, intelectual, deportiva, etc., constituye un elemento indispensable para el nivel medio de nuestra población, hallándose incluido ya por nuestra jurisprudencia como un bien que alcanza la calificación prevista por el art. 219 del Código Procesal, y que aquél ponga en pantalla a una o varias personas desvestiéndose es un hecho que, de manera alguna en la actualidad y también en 1999, resulte una situación novedosa.

Obra en el conocimiento popular y creo que a raíz de algún viejo film el conocido “strip-pocker”, donde agotada ya la pérdida patrimonial, las prendas que cortan los participantes cons-

tituyen el haber del ganador y por ende la oferta de exhibición del cuerpo del otro el atractivo de la partida. También desde antiguo existe el espectáculo brindado por agraciadas bailarinas que como parte de su show y al compás de la música adecuada demuestran su habilidad para tal tarea.

Las costumbres han permitido que tal actividad no resulte ya ni original ni novedosa, habiéndole restado por ello el toque de picardía y hasta erotismo con que en alguna oportunidad fue exhibida.

La pérdida de prendas dentro de un juego organizado tampoco resulta original, pues, por cartas o preguntas, como fue visto en el ámbito televisivo con anterioridad al programa aquí señalado, ya se realizaba tal práctica como sanción al desacierto, siendo el ganador aquel que mantiene por más tiempo las prendas con las que inició el juego, pues conforme surge testimonio obrante a fs 631/32 (ver pregunta 13) de Andrea Luisa Mitchelstein (conocida públicamente como Andrea Frigerio), en su programa “Viva la diferencia” ese era el premio que recibían quienes triunfaban en el enfrentamiento entre hombres y mujeres y el costo de quienes resultaban perdedores.

No fue negado ni hubo oposición por parte del demandado al cuadro comparativo del procedimiento que ambos juegos cumplían (ver fs. 245vta) y del que extrayendo la idea de que los participantes se sacan la ropa cuando equivocan, omiten o ignoran una respuesta, no existen coincidencias que permita confundirlos o identificar otras situaciones, siendo diferentes la cantidad de participantes, el criterio de su selección, la categoría de preguntas, su exposición previa, la forma y oportunidad en que deben quitarse la ropa, la cantidad de prendas con que se inicia y se concluye la competencia,

posterior exhibición, beneficio a obtener, forma de presentarse y continuidad en el programa.

Considero adecuado reiterar, dado el tema que nos ocupa, algunos conceptos expuestos en mi voto el expediente n° 99.008/2001 del 21/6/2006, pues constituye una exigencia extrema que un juez y en el caso este Tribunal pueda evaluar si la obra examinada es una “expresión personal original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad y represente o signifique algo y sea una creación original”, cuando debe considerarse como antecedente de la obra propuesta el “strip tease” actividad, como fue dicho, públicamente conocida con distintas variantes, desde la antigüedad.

En una reciente publicación de Dr. Miguel Angel Emery (“El plagio en nuestro derecho y en el common law. El caso Código Da Vinci”, ED. Publicación 22/5/2006), optó por la definición de la Excmá Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional donde señala que “El delito de plagio reside en la acción dolosa del plagiarío decidido a vestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (Sala VI-21/10/79, ED 88-493). Esa descripción cabe asumirla, pues en el caso que nos ocupa existe en los dos casos un tema común: el strip-tease y su ejecución, diferenciándose en la culminación, ya que en el entretenimiento propuesto por el actor la pareja ganadora resulta ser aquella que al contestar con mayores aciertos, suma puntos que van acumulándose hasta los mil quinientos (1500) con los que lograrían obtener el automóvil cero kilómetro, a diferencia del “Strip-tease cultural”, en el cual el hombre o mujer ganador es aquella que conserva mayor cantidad de prendas sin existir puntaje y sólo el límite lo marca la ropa interior, ganando un premio cedido por algún auspiciante del programa.

Así se ha sostenido que “para el derecho de autor obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y sea apta para hacer difundida y reproducida” (Lipszyc, Delia, “Derechos de autor y derechos conexos”, pág. 61; Goldstein “Derecho de Autor” pág. 51, s.s.) y además “para que la obra pueda ser objeto de tutela debe ser identificable, tener su propio rostro de ahí que motivos que no sean nuevos ni originales en sí puedan dar vida a una obra tutelada, siempre que esta releve una impronta personal e identificadora” (LA LEY, 1986-C, 317 con nota de Villalba Carlos A., “La ética en la tutela de las obras intelectuales”) y siguiendo igual criterio ya la bibliografía clásica en la materia señala que no existe plagio cuando en una obra solo se apropiian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, dice el Dr. Satanowsky, puede haber similitud y hasta identidad de esos elementos sin haber plagio. El problema está en determinar en qué punto concluye la idea general, el tema o sujeto y comienza la obra, es una cuestión de hecho” (“Derecho intelectual” T. II. Pág. 194).

Como fue señalado y dado que “la protección legal no resulta si no hay nada nuevo, si ya existía antes, es copia de otra obra o estaba en la comunidad en forma pública u ostensible”, ante el confronte de ambos entretenimientos y con fundamento en esos principios que rigen la cuestión, debo manifestar que a mi juicio no existe originalidad en el desarrollo del juego de preguntas y respuestas que tiene como sanción la pérdida de las prendas que visten a los participantes.

Cabe recordar, como fue dicho que la protección legal sólo alcanza aquellas obras donde aparece un elemento sustancial que es la ori-

ginalidad, concepto que se relaciona estrechamente con el de novedad y si no hay nada nuevo si ya existía antes, si sólo se trata de una copia de otra obra o estaba en la comunidad en forma pública y ostensible de manera alguna alcanza la tutela legal.

Si bien el entretenimiento tiene por finalidad la obtención de un premio, el centro de la atención lo constituye la pérdida de las ropas y la exhibición a la que se expone el perdedor logrando así provocar la sorpresa, diversión, curiosidad o admiración en la audiencia. Es tal situación la idea que la ley menciona como “pública” y que plasmada a determinados métodos o reglamentos alcanza la obra que esa norma protege, por contener la elaboración personal requerida para lograr la originalidad o novedad que constituye una innovación.

Extractada la idea, entiendo que en el caso para que el plagio se configure debe existir cierta similitud en las demás alternativas con que se desarrollan ambos juegos, y es allí donde ante la diferencia anotada en cuanto a los participantes, características de las preguntas y su finalidad no advierto la copia invocada por el accionante y por ende no configurada la calificación pretendida, por lo que opino que la decisión de primera instancia desestimando la pretensión formulada en la demanda debe ser confirmada.

Coincido también con el anterior sentenciante en la procedencia de la defensa de falta de legitimación interpuesta por los demandados, ya que la prueba producida demuestra que las personas mencionadas en el inicio como portadoras del guion donde se hallaba desarrollando el proyecto, en sus testimonios de fs.628 y 631 afirmaron tener conocimiento de la propuesta formulada por la actora, pero negaron haberlos transmitido a quienes ejercían facultades suficientes para obligar a la televisora o a otra persona.

Debo reconocer que las características de las tareas desarrolladas en el ámbito de la producción televisiva muchas veces carecen del soporte instrumental idóneo para comprobar la utilización de una obra o su adaptación al estilo del programa en el que se emitirá. Es que en algunos casos “la creación” se realiza en la oportunidad y muchas veces resulta imposible de relacionarla con el original tomado como base, pero esto es común en quienes intervienen en la actividad cultural y por ello su demostración resulta difícil, ya que las subjetividades sólo pueden aceptarse con basamentos que puedan ser comprobables y que no resistan cuestionamiento alguno.

Fue categórico el testimonio de fs 628 de la Sra. Daniela Lilian Fernández al reconocer haber recibido de manos del actor el guión del programa llamado “La Maza”, pero también lo fueron sus dichos al decir que no tuvo oportunidad de exhibir el material a ninguna persona con autoridad suficiente para aprobar la “generación del proyecto”. Esa declaración resulta definitiva, ya que es conocido que la distinta programación que nutre la emisión televisiva se conforma con equipos que proponen los temas a difundir, como resulta del testimonio de María Inés Hernández de fs. 660, y que sólo el personal con tal aptitud puede recepcionar el entretenimiento para luego y de acuerdo las condiciones que determine el canal, autoriza su inclusión en un programa.

La facultad de representación que el actor atribuye a la anotación suscripta en el remito como “Daniela Fernández de Telefé”, de manera alguna puede conformar la autorización o manifestación de voluntad que obligue a tal empresa. En el caso no resultan de aplicación las normas que regulan el contrato del mandato, pues expreso o tácito requieren de manera ineludible la conformidad del mandante (arts. 1869, 1872,

1873) al igual que la gestión de negocios (art. 2304 y c.c. del Código Civil).

Los expresos términos en que fue recibido el guión de La Maza por la Sra. Fernández de manera alguna puede interpretarse como representativo de la empresa demandada, sino quizás como integrante de la misma, cuestión por demás debidamente aclarada en su testimonio al señalar que “ en esa época trabajaba para dicha empresa” (fs. 628).

Debo resaltar, siguiendo los dichos del actor, que la última oportunidad en que hizo público la particularidad del entretenimiento “El conocimiento al desnudo” fue en el año 1996 al entregarlo a la Sra. Fernández y que recién en el mes de abril del año 1999 (según pericia contable de fs 621/24) el juego cuestionado fue emitido en el programa “Susana Giménez”, por lo cual el lapso transcurrido entre esos hechos juega inexorablemente en su contra, ya que durante ese tiempo el strip-tease en sus diversas modalidades comenzó a ser incorporado en forma más habitual, no sólo en el ámbito televisivo sino también en las costumbres de nuestra ciudad con la apertura de locales identificados, de concurrencia masiva por público motivado para la realización de diversos festejos, despedidas o momentos de diversión, que de manera alguna podrían calificarse como reprochables, situación que avala aún más la inclusión de ese género en programas sin restricciones horarias.

Ante la ausencia de prueba que logre formar convicción respecto a los dichos expuestos por

el quejoso, de la supuesta relación de los testigos con personal efectivamente representativo del canal o que de alguna manera logren participar en la programación o decisión al respecto y dadas las características del juego por él registrado, considero que no corresponde reconocer la protección que la ley otorga, por lo que queda definido mi voto en el sentido de coincidir con el primer juez de grado en cuanto al rechazo de la pretensión formulada por el actor y por ello propongo al Acuerdo la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia en todo lo que decide, manda y fuera materia concreta de agravios, imponiendo las costas de esta instancia a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota, al no existir elementos que la eximan del carácter de vencida (art. 68 del Cpr).

Los doctores Ameal y Díaz, por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. Rejo, votan en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en al Acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide; confirmar la sentencia dictada en primera instancia en todo lo que decide, manda y fuera materia concreta de agravios, imponiendo las costas de esta instancia a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota, al no existir elementos que la eximan del carácter de vencida (art. 68 del Cpr)

Difiérase al regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad. —Cecilia M. V. Rejo. —Oscar J. Ameal. —Silvia A. Díaz.