

El informe de peritos y la similitud substancial en casos de plagio

* * * *

Gustavo Schötz

Universidad Austral

gschotz@austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0003-1710-9689>

Recibido: 11 de junio de 2024

Aceptado: 18 de junio de 2024

Resumen

El artículo analiza el rol de los peritos en casos de plagio. Los expertos técnicos, convocados por el juez o las partes, deben evaluar las semejanzas entre las obras en conflicto, cualquiera sea el género del que se trate. El experto requiere competencias técnicas para fundamentar un dictamen razonado que aplica las reglas técnicas y científicas de la disciplina correspondiente. Asimismo, analiza el proceso creativo, distinguiendo los elementos comunes que no resultan apropiables de aquellas expresiones creativas de una obra que son copiadas en otra, y debe establecer si esas semejanzas obedecen a creaciones independientes o si se trata de apropiación de lo ajeno, sin que se pueda justificar desde la casualidad o el accidente.

Ante esto, se proponen pautas para aplicar el test de similitud sustancial, de modo que el juez pueda contar con la información suficiente para emitir un juicio absolutorio o condenatorio. Se sugiere la utilización de recursos técnicos específicos, considerando cada categoría de obras. A su vez, se indican qué elementos serán relevantes para poder impugnar una pericia o para establecer su validez, considerando que el juez no puede apartarse arbitrariamente de un dictamen sostenido adecuadamente en las reglas del arte y los fundamentos teórico-prácticos de la disciplina de la que se trate.

Palabras clave: derecho de autor, plagio, originalidad, dominio público, perito, jurado de idóneos, test de similitud sustancial, dicotomía idea-expresión.

Expert witness report and substantial similarity in plagiarism cases

Abstract

The article analyzes the role of experts in plagiarism cases. Technical experts, summoned by the judge or the parties, must evaluate the similarities between the works in conflict, whatever the genre involved. The expert requires technical skills to support a reasoned opinion that applies the technical and scientific rules of the corresponding discipline. He analyzes the creative process, distinguishing the common elements that cannot be appropriated from those creative expressions of a work that are copied in another. It must establish whether these similarities are due to independent creations or whether it is a matter of appropriation of another's work, which cannot be justified by chance or accident.

Guidelines are proposed for applying the substantial similarity test, so that the judge can have sufficient information to convict or acquit. The use of specific technical resources is suggested, considering each category of works. At the same time, it is indicated which elements will be relevant to be able to challenge an expert opinion or to establish its validity, considering that the judge cannot arbitrarily deviate from a well-founded opinion that adequately uses the rules of the art.

Key words: copyright, plagiarism, originality, public domain, expert witness, jury, substantial similarity test, idea-expression dichotomy.

Laudo pericial e semelhança substancial em casos de plágio

Resumo

O artigo analisa o papel dos peritos em casos de plágio. Os peritos técnicos, convocados pelo juiz ou pelas partes, devem avaliar as semelhanças entre as obras em conflito, seja qual for o gênero em questão. O perito precisa ter habilidades técnicas para fundamentar um parecer que aplique as regras técnicas e científicas da disciplina em questão. Ele analisa o processo criativo, distinguindo os elementos comuns que não podem ser apropriados das expressões criativas de uma obra que são copiadas em outra. Ele deve estabelecer se essas semelhanças são o resultado de criações independentes ou se são o resultado da apropriação do trabalho de outra pessoa, o que não pode ser justificado por acaso ou acidente.

São propostas diretrizes para a aplicação do teste de semelhança substancial, de modo que o juiz possa ter informações suficientes para condenar ou absolver. Sugere-se a utilização de recursos técnicos específicos, considerando cada categoria de obras. Ao mesmo tempo, são indicados quais elementos serão relevantes para poder contestar uma opinião de um perito ou para estabelecer sua validade, considerando que o juiz não pode se desviar arbitrariamente de uma opinião bem fundamentada que utilize adequadamente as regras da arte.

Palavras-chave: direitos autorais, plágio, originalidade, domínio público, testemunha especializada, júri de especialistas, teste de similaridade substancial, dicotomia ideia-expressão.

1. Introducción

El presente artículo surge de la lectura del fallo *Genovese c. Ligier S.A.*, un clásico caso de plagio y uso no autorizado de una obra protegida por el derecho de autor.¹ En este, fueron de gran relevancia los buenos dictámenes de los peritos convocados por el tribunal, por lo tanto, nos pareció oportuno analizar de modo más estructurado los requisitos generales que deben tener en cuenta los informes periciales, ya sea de peritos oficiales, de parte, jurados de idóneos y cualquier técnico convocado para elucidar la similitud o falta de ella entre dos obras. Encontramos en la jurisprudencia distintos criterios sobre cómo deben elaborarse los informes periciales; otro tanto respecto de la medida en la que están obligados los jueces a fallar en el sentido de dichos dictámenes.

Los temas más relevantes a considerar son: 1) la obra como objeto del derecho de autor; 2) el requisito de la originalidad desde el análisis pericial y en particular qué elementos comunes no son apropiables; 3) la importancia de la pericia de acuerdo con el género expresivo o artístico al cual pertenece la obra, tanto para la elección del perito de acuerdo a las capacidades técnicas requeridas como por los objetos a comparar; 4) el test de similitud sustancial, tanto en su consideración por la jurisprudencia y doctrina norteamericana como en las adaptaciones requeridas en nuestro sistema jurídico; 5) recursos técnicos que puede utilizar el perito para sostener el dictamen; 6) condiciones de validez de un dictamen pericial o su eventual impugnación.

Si bien estos aspectos serán analizados desde la legislación y jurisprudencia de la República Argentina, entendemos que la argumentación y conclusiones tienen validez en otras jurisdicciones.

1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 4 de noviembre de 2022, *G., A. J. c. Ligier SA s/Daños y Perjuicios*.

2. El caso *Ligier*

Daremos inicio con el caso que llamó nuestra atención en relación con el tema de las pericias en casos de plagio.

Jorge Alfredo Genovese es un artista plástico representativo del “fileteado”, un arte de dibujo o pictórico que representa la esencia de la cultura popular de Buenos Aires, de “lo porteño”. Estas creaciones nacieron a finales del siglo XIX, inicialmente para decorar los carros de reparto de los comerciantes. Más tarde, hasta la década de 1970, era usual encontrarlos decorando los colectivos, el tradicional transporte público de la Ciudad de Buenos Aires y adyacencias. Entre otras creaciones, Genovese publicó en 2010 el libro *Fileteado porteño*, editado por el Grupo Ediciones Porteñas. Él mismo describe el fileteado como

un estilo artístico de pintar y dibujar típicamente porteño que se caracteriza por líneas que se convierten en espirales, colores fuertes, el uso recurrente de la simetría, efectos tridimensionales mediante sombras y perspectivas, y un uso sobrecargado de la superficie. (Del fallo de primera instancia)

Por su parte, Ligier S.A. es una empresa que distribuye y vende al por menor bebidas alcohólicas y regalos empresariales con distintos empaques. Dentro de su catálogo de 2014-2015, ofreció uno en particular constituido por una caja de cartón que llevaba impresos diseños de fileteado.

El demandante reclamó por plagio y reproducción no autorizada de creaciones propias, ya que, a su entender,

de la simple comparación visual de la tapa de su libro y contenido —cuya autoría y derechos le pertenecen— y las imágenes impresas en las cajas exhibidas y el catálogo surge de manera irrefutable el plagio en que incurrió la demandada. (Del fallo de primera instancia)

Según Genovese, Ligier recurrió a la técnica del copiado y pegado para imprimir las creaciones en los empaques.

La defensa del demandado reconoce que sus cajas contienen filetes, pero no que sean creaciones del reclamante, ya que, según

entiende, “no es el propietario de todos los firuletes existentes, ni de todos los dibujos de bandoneones, parejas bailando tango, dibujos de flores, ombúes, cintas celestes y blancas, obeliscos, mates, ponchos y/o inscripciones acordes” (del fallo de Primera Instancia). Pretende así desmerecer el carácter creativo los diseños, indicando que eran “simples dibujos de firuletes que pueden verse en todos lados”. La defensa cuadra dentro de lo usual en estos casos: se discute el carácter de obra (falta de originalidad) o se cuestiona la titularidad (falta de legitimación activa).

El caso fue relativamente sencillo de analizar y resolver, sin perjuicio de lo cual llevó siete años de tramitación en sede judicial, lo cual muestra lo difícil y costoso que resulta para los titulares acudir al recurso judicial para la defensa de sus derechos, especialmente cuando se trata de artistas individuales que no responden a una empresa u organización.

3. La obra como objeto de protección

La “obra”, en cuanto objeto de protección del derecho de autor, no está definida en la Ley 11723 de Propiedad Intelectual de la República Argentina (en adelante, LPI), aunque en su enumeración ejemplificativa incluye las obras de dibujo y pintura. La normativa internacional, sin llegar a definir, agrega algo más, ya que según el artículo 2 del Convenio de Berna “obra” es toda producción en campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo de expresión. Luego, en su enumeración también ejemplificativa menciona las obras de dibujo y pintura, entre otras.

La obra nace con la creación, como fruto del trabajo intelectual creativo. Así lo indican algunas legislaciones, como la italiana: “El título originario de la adquisición del derecho de autor está constituido por la creación de la obra, como expresión particular del trabajo intelectual” (artículo 6). De modo equivalente se refiere la legislación española: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación” (artículo 1º). De aquí que el derecho del autor sobre su objeto intelectual nace con la plasmación del resultado del proceso creativo y, desde ese momento, el autor y sus derechohabientes reci-

ben la protección de la ley (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007). No se requiere más, y el registro u otras formalidades solo tienen fines probatorios.

El fileteado porteño sin duda califica como obra en cuanto expresión artística del dibujo y la pintura al ser un modo expresivo de la creatividad humana. La condición de obra y la consiguiente protección autoral de creaciones del fileteado ya había sido considerada anteriormente por la jurisprudencia en el caso *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.² Ese antecedente dio cuenta de los derechos morales del artista sobre los dibujos de fileteado aplicados en la marquesina del Centro Cultural Torquato Tasso, donde se hizo hincapié en la originalidad de dichos dibujos.

4. La originalidad de la obra

En el caso *Ligier*, en ambas instancias se reconoció la originalidad de la obra del demandante, así como la falta de originalidad y, por tanto, copia de los diseños del demandado. El criterio de originalidad no se encuentra definido en la normativa nacional o internacional. Esto no ha sido óbice para que la jurisprudencia y la doctrina modelaran el concepto. Parafraseando a reconocidos colegas, “no contamos con un originalómetro” que pueda determinar de modo mecánico o matemático si una obra es original o carece de este carácter (Mitelman, 2021; Sánchez Herrero, 2013).³ Se trata de una cuestión de hecho a comprobar en cada caso. En particular, la originalidad se puede verificar a través de las elecciones libres del autor durante el proceso creativo, las que se distinguen de la mera aplicación de re-

2 Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, 9 de marzo de 2011, *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.

3 Esta expresión no se encuentra en la literatura, pero la hemos oído de modo directo en presentaciones orales tanto de la Dra. Delia Lipszyc como del Dr. Miguel Émery, con lo cual no sabemos a ciencia cierta a quién atribuirle la “originalidad” de la expresión, que de por sí es muy representativa del carácter difuso del concepto de originalidad. Esta, en cuanto piedra angular de la protección del derecho de autor, juega un rol similar al mérito o altura inventiva (no obviedad) en materia de patentes o de distintividad (inconfundibilidad) para las marcas.

querimientos técnicos o tareas funcionales, artesanales o repetitivas (Judge y Gervais, 2009).⁴

La originalidad responde a un doble criterio, subjetivo y objetivo. El primero hace referencia a un resultado propio del autor, fruto de su individualidad y talento, la impronta o sello de su personalidad (Lipszyc, 2006). Debe tratarse de una creación suya, no copiada de otro. Desde el punto de vista objetivo, no se trata de una originalidad absoluta, ya que se sobreentiende que nadie crea de la nada y todo autor carga con un bagaje cultural o histórico del que no puede aislarse. Desde esta perspectiva, la obra debe ser distinta a las anteriores sin que constituya una copia o imitación de otra. Por tanto, como se pone de manifiesto en la sentencia del caso *Ligier*, el estilo o género del fileteado porteño no puede ser apropiado por el autor, pero esto no significa que dentro de ese género su obra carezca de originalidad y la del demandado sea una copia. La defensa del demandado, en cuanto que el demandante “no es el propietario de todos los firuletes existentes” es parcialmente cierta, debido a que sí es propietario de aquellos de los que es autor, ya que “la ley protege la forma de manifestación intelectual, el método, el estilo personal que emplea el autor para exteriorizar su pensamiento” (del fallo de primera instancia).⁵

Por tanto, dentro de quienes cultivan un estilo también cabe la originalidad cuando el artista imprime su propio carácter e individualidad a la obra. El demandado no puede impugnar la originalidad de la obra por tratarse de un estilo conocido. La defensa de falta de originalidad debe consistir en la comparación de la obra cuestionada con una obra antecedente que hubiera sido copiada por el autor. No es suficiente hacer referencia a un “estilo” determinado, ya que los estilos, en cuanto conjunto de rasgos característicos de un

4 Estos autores analizan la “originalidad” en los diversos sistemas jurídicos y los tratados internacionales de derecho de autor. Ponen en evidencia la limitación de esta concepción en el ámbito del *software*, las bases de datos y las tecnologías de la información.

5 “Para que una obra reciba protección basta que se trate de una ‘creación personal’ cualquiera sea el valor artístico” (cita del fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala C, 19 de septiembre de 1978, *Cresseri, Artidorio, suc. C. SADAIC*, citado por el juez de primera instancia).

artista, una obra, época, moda o cualquier actividad no son obra. De esta manera, escribir un libro “al modo de” no será plagio en sí mismo en la medida en que el contenido sea original.

Como indica la profesora Lipszyc (2006), la originalidad debe analizarse con distinto rigor si se trata de evaluar la reproducción no autorizada o el plagio. En el primer caso, con un umbral más bajo de individualidad de la obra reproducida, es suficiente para establecer la infracción. Sin embargo, en caso de plagio, la originalidad se evalúa de modo más estricto, ya que en el cotejo se debe verificar si las obras son sustancialmente una misma representación formal. En el caso *Ligier*, como veremos luego al referirnos a las pericias técnicas, la copia resultó total, por lo que no fue necesario recurrir a estos matices.

En el régimen argentino no contamos con una definición legal de “plagio” (Cabanellas, 2023), aunque algunos autores consideran que la conducta está prevista en el tipo penal del artículo 72 inciso c) de la LPI (Fernández Delpech, 2011):

(...) Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: (...) c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto.

En otros países tampoco está regulado el plagio de modo específico, como es el caso de México, entre otros (Parets Gómez, 2012). Esto no ha sido óbice para que se reclame por plagio con fundamento en la reproducción no autorizada de la obra y en la negación del derecho de paternidad.

Una posible defensa en casos de plagio es demostrar que la obra del presunto plagiarlo es original en sí misma. Esto es posible al menos de dos modos. En primer lugar, que el demandado hizo aportes creativos independientes, no meramente cosméticos o fútiles. En caso de poder demostrar su propia actividad intelectual, que diera lugar a originalidad suficiente, estaríamos ante un caso de obra derivada sin autorización. Esta situación es frecuente, y la infracción al derecho de transformación se diferencia del plagio ya que solo se afectan derechos patrimoniales (Bugallo, 2024).

La segunda posibilidad estaría dada por la demostración de creación independiente que diera lugar a un mismo resultado. En este caso, si el demandado logra probar que llevó a cabo un proceso creativo autónomo, se puede justificar el logro de resultados sorprendentemente semejantes. En su favor, el demandado debería demostrar además que no tuvo conocimiento de la obra del demandante, o bien que ambos partieron de las mismas fuentes inspiracionales o lugares comunes. Ninguna de las dos posibilidades fue argumentada por el demandado en el caso Ligier y, aunque lo hubiera hecho, no había elementos para sostener esas defensas. Respecto de la primera defensa, no hubo aporte transformativo ninguno. En cuanto a la segunda, debido a que la obra del demandante estaba publicada, se presume el conocimiento de ella por el presunto plagio, amén de que el resultado tan exacto entre una y otra excede lo sorprendente, llevándonos al campo de la “casualidad milagrosa”.

Otra defensa muy común en casos de plagio es la de considerar legítima conducta, tema sobre el cual no profundizaremos. La copia o utilización de la obra ajena puede estar permitida o tolerada en función de una limitación o excepción, o bien por la necesidad de armonizar garantías constitucionales, como la libertad de expresión. En tal sentido, los tribunales no consideraron que fuera plagio la intervención y alteración del cuento “El Aleph” de Jorge Luis Borges realizada por Pablo Katchadjian, como parte de un ejercicio creativo sin intención (dolo) de defraudación.⁶ En esa causa, los jueces coincidieron con los peritos en que, pese al intercalado de palabras y expresiones e incluso la sustitución y eliminación de otras, no hubo engaño ni intención de dañar. En palabras del tribunal:

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

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 15 de mayo de 2017, *Katchadjian, Pablo s/Procesamiento*. Disponible en: <https://bit.ly/4bsh89t>.

El mismo Katchadjian reconoce en la posdata el proceso seguido sobre el cuento de Borges. En resumen, se consideró su obra como original en sí misma (Lukasiewicz, 2021).

5. Las pericias y la originalidad

La originalidad debe analizarse en relación con el tipo de obra de la que se trate. Así, por ejemplo, el Convenio de Berna indica que la originalidad de las colecciones y antologías estará dada por la selección o disposición de las materias (artículo 2.5) o que se protegen como obras originales las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones (artículo 2.3). De aquí que en los casos de derecho de autor se requiera la intervención de uno o más peritos especializados en la disciplina o en el género artístico del que se trate, debido a que la “la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada” de acuerdo con el artículo 457 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCyCN). De este modo, la jurisprudencia ha recurrido a músicos, diseñadores, arquitectos, editores, literatos, entre otros expertos, para efectuar el cotejo entre las obras en pugna, siempre bajo la premisa de que el perito verifica hechos, datos fácticos, para aportar al juez máximas de experiencia de las que éste carece.

Puede tratarse de un perito designado por el juez, consultores técnicos propuestos por las partes o actuar conjuntamente unos y otros de acuerdo con los puntos de pericia y a las directivas del juez (art. 458 y ss. del CPCyCN). También se puede designar un jurado de idóneos de acuerdo con la terminología del art. 81 de la LPI:⁷ el

7 Ley 11723, artículo 81: “c) En las mismas condiciones del inciso anterior y cuando la importancia del asunto y la naturaleza técnica de las cuestiones lo requiera, se podrá designar un jurado de idóneos en la especialidad de que se tratare, debiendo estar presidido para las cuestiones científicas por el Decano de la Facultad de Ciencias Exactas o la persona que éste designare, bajo su responsabilidad, para reemplazarlo; para las cuestiones literarias, el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras; para las artísticas, el Director del Museo Nacional de Bellas Artes y para las musicales, el Director del Conservatorio Nacional de Música. Complementarán el jurado dos personas designadas de oficio.

dictamen pericial debe llevar al magistrado a la convicción respecto de los hechos alegados por las partes. “Si la profesión estuviese reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse” (art. 464 del CPCyCN).

El cotejo es el elemento fundamental a los fines de evaluar la originalidad tanto de la obra anterior como de la posterior, sus similitudes y diferencias, así como respecto al estado del arte en el género del que se trate. Cada disciplina o género expresivo reviste particularidades técnicas o artísticas que no son evidentes para el juzgador, que debe superar la subjetividad del autor para resolver de acuerdo con pautas objetivas. Incluso hay que evaluar un aspecto fundamental del derecho de autor, ya que este no protege las ideas, sino la expresión de estas (Palazzi, 2009). Por tanto, el perito debe verificar también que la obra manifiesta una idea de modo original, ya que, si no supera la dicotomía idea-expresión, tampoco sería protegible. No tiene derechos de autor el modo necesario de presentar una realidad sin aporte creativo, así como tampoco los estilos ni los elementos individuales que conforman la obra, considerados de modo aislado.

Así, podría haber creatividad y, por tanto, obra en un prospecto de un medicamento, donde se explican las características básicas que responden a una estructura común: fórmula, acción terapéutica, indicaciones, acción farmacológica, contraindicaciones, etc. Sin embargo, sin perjuicio de esa estructura común, el farmacéutico podrá explayarse en mayor o menor medida, con más o menos claridad, con diferentes ejemplos, incluyendo o no gráficos, entre otros elementos originales. Lo mismo se puede afirmar de los manuales técnicos de productos electrónicos o electrodomésticos.

El jurado se reunirá y deliberará en último término en la audiencia que establece el inciso anterior. Si no se hubiere ella designado, en una especial y pública en la forma establecida en dicho inciso.

Su resolución se limitará a declarar si existe o no la lesión a la propiedad intelectual, ya sea legal o convencional.

Esta resolución valdrá como los informes de los peritos nombrados por partes contrarias, cuando se expiden de común acuerdo.

Art. 82. — El cargo de jurado será gratuito y se le aplicarán las disposiciones procesales referentes a los testigos”.

El propósito del dictamen pericial, juzgado luego por la sana crítica del magistrado, busca demostrar si entre las obras sujetas a coitejo, más allá de las modificaciones de forma y contenido, “hay una reconocible identidad de representación, o sea, si ambas obras constituyen dos representaciones individuales originales o si, por el contrario, no constituyen más que una representación sustancialmente única”.⁸ Esa demostración puede seguir, por ejemplo, el camino inverso seguido por el autor, partiendo desde el resultado y buscando desentrañar cuáles fueron las decisiones libres que configuraron la obra, en caso de que existan.

Lo que no puede faltar es la sustentación técnica y argumentada de los hallazgos, ya que, dependiendo del género de obras que se confronte, hay procesos creativos y resultados que evaluar de acuerdo con las reglas y prácticas de la propia disciplina. Incluso, los eventuales elementos comunes deben ser puestos en su contexto. Así, similitud de género o formato, la gráfica utilizada o estética elegida o un uso coincidente de elementos comunes y disponibles no apropiables individualmente (coincidencias sobre elementos no protegibles) pueden o no ser determinantes de la existencia de plagio. Por ejemplo, en el género dramático o audiovisual, la estructura clásica en tres actos —presentación, desarrollo y desenlace— es un elemento básico y común no apropiable sobre la que no puede reclamarse exclusividad. Tampoco son apropiables las llamadas “tramas universales” o los hechos históricos o noticias de público conocimiento (Ramírez Gómez, 2015).

Por el contrario, sí podría haber plagio en la apropiación de un conjunto, selección o sistematización de elementos, aunque no la haya en cada elemento individualmente considerado. Así, el idéntico orden o secuencia temporal de las escenas podría ser un indicio de plagio. No habría plagio en la identidad de fuentes inspiracionales, aunque dependerá de la situación si de entre una multiplicidad de fuentes ambos contendientes escogieron exactamente las mismas, en el mismo orden y proporción, entre otros aspectos. Así, la diversa

8 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1626.pdf>.

selección de fuentes podría ser un indicio de originalidad o al menos de proceso creativo independiente.

La jurisprudencia resolvió un caso en el cual la estructura de dos obras literarias era muy similar, lo cual podía justificarse porque se trataba en ambos casos de analizar el mismo tópico: los actos administrativos en los procedimientos fiscales siguiendo un marco normativo único. El dictamen pericial fue claro en distinguir la idea de la expresión, señalando en particular las diferencias tanto de enfoque como de extensión y profundidad. El demandante publicó un libro; y el demandado, una nota de divulgación. En palabras del tribunal,

La perito observó, en definitiva, que más allá de identidad temática, la estructura es diferente, la sintaxis diferente y el enfoque diverso, siendo las diferencias las que no permiten concluir en la realidad de una copia o siquiera en una alteración subliminar, hipótesis ésta respecto de la cual también fue interrogada y que también fue analizada adecuadamente.⁹

En el ámbito de la arquitectura e ingeniería, el análisis de originalidad también debe realizarse a la luz de las técnicas respectivas y de los antecedentes presentados a comparación. Así, en un caso que se discutía la originalidad de una obra arquitectónica y su eventual plagio, debieron ponerse de manifiesto las elecciones libres de la autora. En particular, la distinción entre la existencia de principios universales y leyes físicas y matemáticas de las aplicaciones concretas contenidas en la obra. En términos del tribunal, que resume las conclusiones de los peritos, se señaló:

(...) del informe pericial surge que lo sustancial de ambas obras (Casper y Castillo) no es el uso de planos inclinados, sino la combinación de dichos planos con elementos del mobiliario que tiene también una inclinación respecto de la horizontal o la vertical, de manera que, partiendo de su experiencia y lo que considera normal,

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, octubre de 2006, *Gi-angreco, Luis c. Editorial Errepar y otros*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1560.pdf>.

el espectador tenga la ilusión de que está observando fenómenos antinaturales. Agrega que existen innumerables maneras de combinar diferentes posiciones de pisos y paredes, pero el Castillo ha adoptado las mismas. A través de las diferentes combinaciones de planos se pueden producir innumerables efectos visuales, pero el Castillo ha adoptado los mismos. (...) La accionante ha organizado sobre la base de la combinación de cruzamientos de planos, esto es, generando *ex professo* horizontes relativos que desorienten a quien se sitúa en él, a la luz del verdadero ámbito del horizonte real y que sobre la existencia de las leyes gravitatorias de validez universal, imponen un efecto visual disociado de la misma realidad. Cuando a más de dicho aspecto —entrecruzamiento de diferentes planos simultáneamente—, se le agregan deliberadamente artefactos o circunstancias que acentúan los rasgos de falsa escuadra, la originalidad es evidente.

Y si alguna duda queda al respecto, al tiempo de señalar las semejanzas y las diferencias entre uno y otro, pues en lo que difieren son cuestiones que bien podrían ser accesorias y que no hacen por tal a la propia consideración del plagio en estudio, tal como que existan diferente cantidad de salas, diferencia en los materiales de construcción y terminación, diferencia en la distribución de las salas. Por lo demás coinciden en la existencia de un nuevo plano del piso inclinado respecto al horizonte, la misma inclinación de las paredes internas, semejante posición del mobiliario, semejanza en la forma del ingreso, idénticos efectos visuales.

En este sentido, resulta coincidente lo manifestado por los peritos intervinientes con lo que fuera objeto de desarrollo específico por la actora en su demanda, en donde mediante una minuciosa explicación y respectivos croquis, procede a indicar las mencionadas similitudes existentes entre una y otra propiedad.¹⁰

Nos parece oportuno destacar del fallo arriba transcrito la importancia de las indicaciones que los magistrados y las partes deben darles a los peritos. Estos deben responder a la cuestión de originalidad de la obra primigenia y la eventual copia de la segunda efectuan-

10 Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, ciudad de Córdoba,

do comparaciones y aplicando los conocimientos técnicos de acuerdo con las instrucciones recibidas, las cuales deben ser precisas.¹¹

6. La falta de originalidad en el caso *Ligier*

En el caso que inició este artículo, se convocó a una diseñadora gráfica, a un perito calígrafo y a un perito contador. El dictamen pericial de la diseñadora hizo hincapié en la ausencia de diferencias entre las dos obras bajo análisis. Los cambios triviales no significaron aporte creativo de ningún tipo, hay identidad de elementos y, en algún caso, solo se invirtió la composición (“como en el caso de la cinta con moño”) o “se han fusionado e invertido dos elementos diferentes (como en el caso de la hoja de acanto y el roleo)...”. En el análisis del color, la experta indica que

los colores finales varían en función del soporte sobre el que se imprimieron las figuras como el soporte en el que va a estar impreso, el sistema impresor, el tratamiento de post-impresión, el virado del color por escaneo, procesamiento del original, etc. se puede apreciar en los diagramas antes realizados, que la paleta utilizada y, la forma en que esa paleta fue aplicada, es idéntica.

Luego, en una descripción más detallada de lo que vulgarmente se conoce como “cortar y pegar”, en relación con la impresión de los dibujos en las cajas, indica:

Provincia de Córdoba, 30 de diciembre de 1996, *Forgione, Delia c. Antonio de los M. Berili y otros s/ordinario*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2647.pdf>.

- 11 En concreto, el magistrado a cargo del voto, el Dr. Andruet (h), desestimó un informe de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Matemáticas de la Universidad Nacional de Córdoba, que indicó que “los principios de los planos inclinados fueron creados y desarrollados fundamentalmente en el Siglo XVII por Galileo Galilei e Isaac Newton y naturalmente son ideas universales que constituyen patrimonio de la humanidad”. Este informe “cayó en la trampa” de no distinguir entre idea y obra, seguramente orientado por las cuestiones que planteó la demandada.

Los estudios morfológico, colorimétrico y compositivo aportan un análisis comparativo entre las dos impresiones gráficas. Este análisis muestra claramente las operaciones compositivas realizadas (rotación, traslación, ajuste de escala) partiendo de un original: la tapa del libro “fileteado porteño” y como se plasmaron los distintos diseños en la caja de vino de la firma LIGIER S.A. Los detalles gráficos a escala muestran cómo se han incorporado en el diseño de la caja de vino, dejando expresado el traslado y rotación de las figuras compositivas originales (...). El empaque (o Packaging) utilizado por la firma Ligier S.A. se podría considerar una adaptación del diseño del libro para un formato distinto. Recorta los elementos y los redistribuye manteniendo la simetría axial y la misma paleta de color, lo que da como resultado una composición que mantiene la impronta del libro, no logrando generar una pieza que aporte un desarrollo artístico, compositivo, ni de diseño propio. Y considerando que otros elementos que conforman el diseño del packaging son apropiaciones (como el diseño de lettering de la palabra “Tango”...), podría decirse que existe un patrón (...).

El resultado final del cotejo permitió comprobar la identidad total entre los diseños del demandante y las impresiones en las cajas del demandado.

Sin desmerecer un ápice lo preciso del dictamen, cabe aclarar de modo general que los informes periciales no requieren necesariamente de un detalle analítico de todos los elementos de la obra, como en un ejercicio de hallazgo de errores o diferencias, ya que “el plagio se conforma con el apoderamiento ideal de todos o algunos de los elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios” (Lipzyc, 2006, p. 567). No se requiere la identidad total entre la obra original y su copia, ya que es suficiente con “suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica o suficientemente análoga a la que se haya buscado en la obra original, de manera que esta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización”.¹²

12 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

En el caso se pudo verificar que la identidad era total. No estamos ante el primer caso de plagio en el que se encontró dicha identidad.¹³

7. La designación de los peritos y las competencias técnicas requeridas

En el caso *Ligier*, la designación de los peritos resultó altamente satisfactoria, a juzgar por los buenos dictámenes emitidos. No siempre sucede así. En otros fallos, se pudo ver cómo, merced a las escasas indicaciones del magistrado o la discutible elección del perito, el resultado fue un informe técnico que no resolvió el núcleo del cuestionamiento, lo cual fue determinante para el resultado de la decisión.

Viene al caso mencionar el asunto *Cabrera, Ana María c/Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*, en el que se cuestionó la obra cinematográfica *Felicitas* y su respectivo guion (2009) por presunto plagio de la novela histórica *Felicitas Guerrero. La mujer más hermosa de la República* de Ana María Cabrera (1998).¹⁴ Allí se discutió si los personajes y situaciones ficticias creados por la autora literaria fueron utilizados sin autorización por la productora audiovisual. Debido a que en primera instancia se declaró la negligencia de la demandante en la designación del jurado de idóneos, se convocó a tal efecto y como medida de mejor proveer (no a propuesta de las partes) a la Academia Nacional de Historia. La elección de los peritos se justificó porque la demandante fincó su reclamo en sucesos y personajes nacidos de su imaginación, que aportaban originalidad a la narrativa de los hechos históricos realmente ocurridos.

De acuerdo con el dictamen pericial, las mismas invenciones literarias fueron utilizadas en la película. Los expertos designados por la Academia de Historia concluyeron que, al no haber referencias históricas de esos sucesos y personajes, se debe concluir que son crea-

13 Así, en la causa *Pastor Nancy Susana C/Di Marco Maria Cecilia S/Daños y Perj.*, resuelto por el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, Tandil, Expte. N° 47165, del 14 de noviembre de 2018, los peritos verificaron la textualidad y falta de citas, con diferencias banales, en la compulsa de obras científicas.

14 Primera Instancia, Juzgado Civil Nro. 89, diciembre de 2013, y segunda instancia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 14 de noviembre de 2014.

ciones de la novelista apropiados por la guionista. La demandada, por su parte, argumentó que no había plagio porque el final de las historias era distinto, que los enfoques no eran los mismos y que los hechos históricos no son apropiables, siendo lugares comunes disponibles para cualquier autor. La demandada puso el foco en las diferencias, no en las semejanzas. En primera instancia se resolvió que

alguna parte y fragmentos de la obra realizada por la actora en su libro fueron tomadas para llevar a la pantalla la vida de Felicitas Guerrero y 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.

En segunda instancia se revirtió la decisión. El vocal preopinante criticó en primer lugar que el juez de primera instancia haya dictado una medida para mejor proveer, designando a la Academia Nacional de Historia para que establezca si las creaciones literarias que la autora de la novela reclama como propias y que habrían sido plagiadas en la película “son o no basados en hechos históricos reales o tradiciones”. Debido a que la prueba de los hechos es una carga de las partes (art. 377 del CPCyCN), si las partes no producen dichas pruebas, no pueden ser suplidas por la proactividad del juez, quien no puede, mediante una medida para mejor proveer, suplir la inactividad o negligencia de una de las partes. La demandada había ofrecido como prueba un jurado de idóneos integrado por el decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, un abogado designado por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y el director de la Academia Nacional de Historia. Al haber sido negligente en la producción de esa prueba, esa instancia procesal había precluido y, por tanto, no podía hacerlo en el futuro.

El vocal preopinante criticó luego la elección de los expertos, ya que no se trataba de demostrar la existencia histórica de hechos que podrían haber sucedido y, por tanto, ser parte del acervo común, disponibles tanto para la novelista como para la guionista-productora, sino si los relatos y textos de la novela son creación de la autora y luego utilizados en la película. Este análisis de la creación literaria y ficcional no puede ser objeto de la experticia histórica, sino de la lite-

raria, por lo cual se debería haber convocado a expertos de la Facultad de Filosofía y Letras. Por nuestra parte, agregamos que también los jurados idóneos podrían provenir de la Academia Argentina de Letras, la Sociedad General de Autores de la Argentina (Argentores), la Escuela Nacional de Experimentación y Realización Cinematográfica (ENERC) o la Universidad del Cine. Va de suyo que ambas obras tendrán elementos históricos comunes. Lo que importa desde lo ficcional —más allá de la presencia o ausencia de literalidad entre los diálogos de la novela y los parlamentos del guion— es verificar la similitud sustancial de ambas creaciones. En palabras del magistrado:

No existiendo un jurado de idóneos, corresponde recurrir a un sistema de comparación de ambas obras mediante el standard de “similitud sustancial” que consiste en preguntarse si un observador ordinario puede encontrar similitud esencial en la expresión de la idea compartida.

Luego de realizar esta comparación, el tribunal concluyó que “desde el comienzo hasta el final, difiere de ser una adaptación o siquiera una versión libre de la novela de la actora”. A nuestro parecer, la situación hubiera sido totalmente diferente si la comparación hubiera sido realizada por expertos en las disciplinas involucradas. Volveremos luego sobre la referencia del tribunal al “observador ordinario”.

La designación del experto en relación con el tipo de obra y las capacidades técnicas requeridas depende del género expresivo del que se trate. Así, en las artes plásticas, el criterio estético del experto resulta importante, ya que los jueces no pueden actuar con la misma intuición que podrían poner en la comparación de textos literarios. Se trata de entender el proceso creativo y las contribuciones artísticas del autor, lo cual permitirá aplicar la dicotomía idea-expresión al caso concreto (Aistars, 2023).¹⁵ El juez no puede sucumbir a sus preferencias artísticas o a su ignorancia en términos de arte, como tampoco caer fascinado ante la fama de una celebridad o sus mecenas.

15 La autora reflexiona sobre los intrincados pliegues de la apreciación artística, tomando como referencia el camino recorrido por los tribunales en el caso *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. V. Goldsmith*. Primera instan-

En el caso *Ligier*, por el tipo de creación artística objeto de compulsión, también se convocó a un perito calígrafo, ya que los dibujos también incluyen letras elaboradas artesanalmente. El dictamen del calígrafo indicó:

(...) las grafías escriturales propiamente dichas (...) solo son claramente coincidentes, los textos “FILETEADO PORTEÑO”; en efecto, al comparar ambos textos, observamos el mismo diseño de letras en relieve, la misma coloración rojizo y amarillo dorado sobre fondo negro cabe aclarar que aunque se usó similar coloración, al imprimirse sobre bases disímiles los mismos colores sufren alteraciones; es notorio el peculiar diseño de las letras mayúsculas que inician las palabras con un pequeño círculo en relieve por debajo de su base; cabe mencionar que las bases de todas las letras tienen una pequeña “entrada”, asimismo las letras “O” presentan un círculo decorativo en su parte central, también se caracterizan por un “achatación” en su parte superior, acompañando el diseño de las letras restantes, entre las peculiaridades de estos gráficos, cabe mencionar el trazo horizontal del medio de las letras “F” y “E” con formato de “hoja”, diseño que se repite también sobre la letra “Ñ”, está también presenta una terminación en el extremo inferior izquierdo que se prolonga por debajo de la línea base, también es oportuno mencionar la terminación circular que presentan las letras “L” y “E” (...). [Para finalmente, concluir que] (...) Siendo la construcción gráfica y los principales detalles de diseño, proporción de letras, espaciado en la separación de las mismas y la coloración empleada, claramente coincidentes, se determina un mismo autor para ambos elementos (...) Los textos “FILETEADO PORTEÑO” con característico diseño gráfico, existentes en ambos elementos comparados, fueron diseñados por un mismo autor (...).

cia, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 382 F. Supp. 3d 312, 318 (S.D.N.Y. 2019). Segunda Instancia, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 11 F.4th 26 (2d Cir. 2021). Corte Suprema, *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 143 S. Ct. 1258, 1272 (2023).

En el campo musical, la experticia de los peritos resulta casi imprescindible (Lee y Moshirnia, 2022). En la práctica norteamericana, en los juicios por jurados, estos expertos pueden resultar agobiantes, especialmente cuando se traba una batalla entre los expertos presentados por cada parte (Der Manuelian, 1988). Pero en nuestro sistema no es así, ya que el CPCyCN expresamente manda designar un perito en el área técnica respectiva. Solo un musicólogo puede separar y distinguir los elementos comunes no protegibles de aquellos otros que determinan la originalidad de la obra. En términos clásicos, el perito colabora en distinguir la idea de la expresión en el específico campo musical.¹⁶

Los expertos informáticos son especialmente requeridos para analizar infracciones al derecho de autor sobre programas de *software*. Incluso en Estados Unidos, donde prima la perspectiva del público general, los tribunales han admitido que la participación de expertos (*expert witnesses*) es muy necesaria (Balganesh y Menell, 2021). Usualmente, el público general y el juez sin competencias específicas podrán advertir similitudes en la interfaz del usuario y, eventualmente, en las funcionalidades, lo que suele denominarse *look and feel*, pero difícilmente puedan por sí mismos advertir si los códigos, lenguajes de programación o arquitectura del sistema fueron creados de modo independiente o copiados de otro. Así, un lego podría comparar si un videojuego es similar a otro por la historia, los gráficos, la estética y la escenografía, la música, los personajes y las mecánicas del juego, entre otros aspectos perceptibles por los sentidos; sin embargo, será muy complejo verificar si la programación subyacente en el código fuente contiene elementos del otro videojuego o bien si incluye rutinas o motores gráficos que no son apropiables. Igual de complejo resulta determinar qué programas o líneas de código están en el dominio público, si son parte de programas sujetos a reglas de

16 La musicología tiene una importante base científica y requiere muchos años de formación en teoría musical. Así se pudo comprobar en el caso en el que el jurado determinó que Marvin Gaye, autor de “Got To Give It Up” había sido plagiado por Pharrell Williams y Robin Thicke en el tema “Blurred Lines”. Cfr. *Williams v. Gaye*, 895 F.3d 1106, 1117 (9th Cir. 2019). En particular, el jurado fue instruido en que era suficiente verificar similitud sustancial y no identidad. Los expertos orientaron al jurado en determinar los elementos relevantes.

software libre, licencias *open source* o *software* privativo o bien si se trata de adaptaciones para diferentes *hardware* o nuevos microprocesadores. El experto también podría estar frente a un problema de una compilación original de elementos que individualmente considerados no son protegibles. Asimismo, en el ámbito de videojuegos y *software*, frecuentemente se deben comparar versiones para verificar la independencia (o dependencia) entre ellas y eventuales infracciones al derecho de transformación, no necesariamente en casos de plagio, sino de incumplimiento de contratos (Balganesch y Menell, 2021).

8. Las obras objeto de comparación

También se deberá ser muy cuidadoso en lo que las partes presentan para comparación por parte del perito. Al respecto, una situación curiosa sucedió con los peritos intervinientes en la causa originada en la película *El fútbol o yo* (guion de Marcos Carnevale y Adrián Schwartz Kirzner), denunciada porque constituía un plagio de la novela *Enfermo de fútbol* del autor Daniel Fresco.¹⁷ En esa causa fueron designados como peritos oficiales literatos propuestos por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE). El análisis realizado por los escritores comparó elementos textuales y situaciones de ficción entre novela y guion, encontrando diversas semejanzas en los siguientes términos:

entre el libro y la película nacional se pueden reconocer muchos elementos en común entre ambas obras y sí se puede comprobar en la película y en su guión (...) coincidencias claras, temáticas y formales (...) que se presentan como innovaciones de la novela [concluyendo que entre guion y película se verifica] la reproducción y reelaboración parcial, total o disfrazada, de los elementos creativos de la novela.

17 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 3, *Levy, José y otros s/ infracción Ley 11.723 (art. 71)*. Denunciante: *Fresco y Benaim, Alfonso Daniel*.

El juez consideró que el informe y sus conclusiones resultaban defectuosos, entre otros motivos, porque los expertos no tuvieron en cuenta que la película en cuestión es una *remake* de la película franco-belga *Je Suis Support Du Standard*, de la cual los imputados habían adquirido los derechos para la adaptación local. Los literatos no tuvieron en cuenta en la comparación a esta otra obra audiovisual, la que debería haber sido motivo del cotejo, ya que los realizadores demandados demostraron que su propia película era una obra derivada de la primigenia belga, la cual era muy anterior a la novela. La comparación, por tanto, no debía ser solo entre novela y guion de película local, sino entre película original, *remake* y novela. Esto hubiera requerido la intervención de expertos en el ámbito audiovisual y no del mundo literario. En palabras del magistrado del fuero penal:

el primer informe pericial concretado en el sumario, presentaba un déficit de base que lo convertía, cuanto menos en insuficiente, en términos de un estudio serio de especialidad, en tanto no incluyó como parte del análisis la película extranjera franco-belga, que tal como surge de la mención final del film cuestionado, en consonancia con la documentación acompañada a la encuesta, ha sido la base del guión de la película “El futbol o Yo”.

Luego, el magistrado realizó apreciaciones más profundas sobre las diferencias entre un guion y una novela, arrojando mayores luces sobre los objetos a comparar y los expertos a cargo de realizar la comparación de objetos disímiles.¹⁸

Este último punto representa un gran desafío para los peritos, para el juez y para las partes: la comparación de obras de distinto género, como entre una fotografía y una pintura, o entre una novela y un guión, o entre novela y película, o entre película y videojuego (Campbell Rennie, 2014). Para evaluar la similitud entre dos obras, se debe prestar atención a la expresión, que aquí aparece plasmada en diferentes medios o a través de diferentes lenguajes: literario, au-

18 En concreto, el magistrado hizo referencia a los artículos “Diferencias entre la novela y el guión de cine” de César Sánchez y “Algunas diferencias entre escribir un guión o una novela” de Luis Murillo Arias.

diovisual, pictórico, entre otras posibilidades. La conducta del demandado está en relación con el derecho de transformación y en particular cuando falta la debida autorización, ya que el supuesto de base es la indebida creación de obras derivadas sin el permiso del autor, lo cual podría tratarse como un reclamo patrimonial. Pero si a eso se le suma la negación de la paternidad, nos encontramos frente a la afectación del derecho moral, configurándose el plagio. Otro tanto, si la transformación afecta el buen nombre y honor del autor, lo que además afectará el derecho de integridad.

Este análisis tendrá relevancia luego para el juez, que entre los daños patrimoniales podrá sopesar la pérdida de mercado que sufre el autor por limitarse su capacidad de explotar plenamente el derecho de transformación. Al comprobarse que hay nuevos mercados afectados, se justifica un aumento de la indemnización.

La comparación de obras de distinto género requiere del experto trasladar los elementos expresivos de un medio a otro, o de un lenguaje a otro, algo así como “convertir las naranjas en manzanas, para poder comparar manzanas con manzanas” (Campbell Rennie, 2014, p. 50). El experto, por tanto, deberá dejar de lado las diferencias que se presenten por el mero cambio de medio o lenguaje para aislar las expresiones comunes que no se relacionan con los diversos medios o lenguajes expresivos. Un perito, utilizando recursos técnicos, puede detectar esos elementos sustraídos a la obra originaria, situación que para el público común puede pasar desapercibida. En el examen se deberá verificar que existan (o no) elementos equivalentes que solo se diferencian por el cambio de género.

Un caso que merece destacarse es *De Biase Martín Gonzalo c/ Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*.¹⁹ Allí se analizó la similitud entre el libro *Entre dos fuegos. Vida y muerte del Padre Mugica* de Martín de Biase y el informe periodístico para televisión denominado “Memoria”. La defensa indicó que no podría tratarse de plagio por ser dos géneros expresivos diferentes y que las coincidencias expresivas corresponderían a frases hechas, lugares expresivos comunes

19 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 28 de noviembre de 2006, *De Biase Martín Gonzalo c/Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1301.pdf>.

a la mayoría de los hablantes. Agregó el demandado que la vida del padre Mugica es un hecho histórico, no apropiable. Sin embargo, los jueces entendieron que la diferencia de formato no obsta para la existencia de plagio, aunque esa falsificación será parcial justamente por la diferencia en los medios expresivos. Por tal motivo, el tribunal se apartó en este sentido del dictamen del experto. En concreto, indicó que “(...) la gran similitud en el estilo literario, excede totalmente la mera coincidencia de frases hecha o lugares comunes del idioma, para entrar dentro de la estadística literaria en la copia no servil (...)”.

Un caso particular se presenta con las obras en coautoría imperfecta, como por ejemplo las canciones, donde se distingue al autor de la letra del de la música. Así, si el reclamo es por plagio en la melodía u otros elementos compositivos de la música, no queda involucrado el autor de la letra, sobre quien no hay legitimación pasiva.²⁰

En resumen, los peritos, expertos, jurados de idóneos y cualquier consultor técnico que intervengan en el cotejo de obras para evaluar el plagio o uso no autorizado de la obra deberán ser idóneos en la disciplina o género expresivo de las obras bajo cotejo, de modo que puedan estar en condiciones de analizar los elementos similares, sus diferencias y los elementos comunes correspondientes al género o estilo.

9. La similitud sustancial

En el caso *Ligier*, la identidad resultó total y los recursos técnicos fueron suficientes para demostrar el plagio entre la obra de fileteado y su copia impresa en los envases. Sin embargo, cuando la similitud no es total y las diferencias plantean dudas, a los peritos —como auxiliares de la justicia— se les debe pedir que analicen el conjunto de los elementos. El enfoque clásico distingue entre la copia o plagio burdo o servil y el inteligente (Lipszyc, 2019). También hay que considerar que la inspiración o influencia es legítima; incluso, es el modo normal y habitual de creación, ya que no se crea de la nada (Lukasiewicz, 2022).

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 19 de marzo de 2004, *Smith, Francisco Brydon c/Lerner, Alejandro y otros s/daños y perjuicios. El Derecho*, Tomo 212, p. 281.

Todos partimos de nuestros predecesores, que nos han ido formando y aportando las capas de conocimiento, que, al igual que los sedimentos geológicos, conforman el saber universal y el propio de cada autor. Debido a que no todo aprovechamiento es ilegítimo (como en los casos de parodia, comentario crítico o derecho de cita), luego de verificar la existencia de similitudes, quedará un juicio de valoración sobre esa utilización de obras ajenas. Como indica Lukasiwicz (2022), citando a Posner, esa conducta deberá ser fraudulenta mediante dolo y engaño no solo respecto al autor, sino también ante el público. Del mismo modo opina Antequera Parili (2007, 2009), que señala este doble aspecto del plagio: la afectación a los derechos del autor en su faz patrimonial y moral y el fraude a la fe pública mediante el engaño sobre el origen de una obra. En definitiva, la pregunta es qué grado de imitación constituye una infracción al derecho de autor sobre una determinada obra.

Este análisis comparativo, denominado “test de similitud sustancial”, se encuentra bien caracterizado por Emery (2019):

El primer análisis de un juez o de un jurado que tengan a su cargo investigar una acusación de plagio, debe versar sobre un hecho objetivo: constatar la alegada similitud entre la obra plagiada y la obra plagiaria. Si este análisis concluye que existe una similitud, en un segundo análisis objetivo corresponderá establecer si existe intertextualidad entre las obras o si se encuentra frente a un idéntico desarrollo de la idea del autor original disfrazando sus elementos creativos, de tal manera que el plagiario los presentes como propios. (p. 185)

9.1 El test norteamericano de la similitud sustancial

En los supuestos donde el plagio no es burdo, la comparación requerida ha dado lugar al análisis de similitud sustancial, denominado *Test Hand* en homenaje al juez Learned Hand, quien lo enunció en el caso *Nichols v. Universal Pictures*.²¹ De acuerdo con dicho test, hay plagio por similaridad sustancial cuando las similitudes entre una obra y otra son suficientes para que un observador medio se

21 *Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

confunda (Osterberg y Osterberg, 2021; Tobón Franco y Varela Pez-zano, 2015). La doctrina norteamericana identifica tres elementos necesarios para que se constituya de modo general una infracción y por plagio en particular: 1) la obra presuntamente plagiada debe ser original y, por tanto, merecedora de la protección por derecho de autor; 2) el demandado copió la obra del demandante en lugar de haber creado una propia de modo independiente; 3) los elementos copiados deben ser significativos, tanto cualitativa como cuantitativa-mente (Joyce et al., 2010). La aplicación de este método —que no se encuentra legislado y, por ende, es solo una figura del *common law*— resulta flexible, ya que le permite al juez valorar si la copia es cualitativa y cuantitativamente suficiente como para ser declarada ilícita (Balganesh, 2012). Sin embargo, esta flexibilidad es vista por algunos autores como debilidad e inconsistencia (Lemley, 2010; Tu, 2021).

El método de la similitud sustancial está ampliamente extendido, incluso como un paso previo a la defensa de *fair use*. En este sentido, el razonamiento correcto consiste en que, una vez que se verificó la originalidad de la primera obra y la infracción de la segunda, recién luego debería considerarse la excepción del *fair use* (Aistars, 2023). Si los tribunales analizaran los casos dándole prioridad al uso legítimo sin evaluar antes la similitud sustancial, estarían privando al autor de fundamentar mediante la evidencia la validez de su reclamo, ya que quedaría privado de presentar las pruebas del caso. El test ordena la actividad jurisdiccional, poniendo en primer lugar el derecho del autor de defender la originalidad de su obra y no el derecho del infractor para alegar que no comete ningún daño con su apropiación.

El hecho de que se considere la impresión causada en un “observador medio” ya plantea una diferencia respecto del análisis que haría un experto, como el caso del perito (Fromer y Lemley, 2014). Por este motivo, los criterios de aplicación del test de similitud sustancial de acuerdo a la jurisprudencia norteamericana no se pueden trasvasar sin más al informe del perito en nuestra jurisdicción. En parte, porque la determinación de esa similitud en Estados Unidos —salvo casos de sentencia sumaria— depende por lo general del jurado, cuyos miembros por definición no son expertos, y el resultado final del juicio es impredecible (Asay 2022; Quagliariello, 2019; Sprigman y Fink Hedrick, 2019).

En Estados Unidos, los expertos son citados a testificar como *witness expert* cuando los miembros del jurado deben ser instruidos sobre qué aspectos de la obra o del proceso creativo no deben ser considerados, ya que son elementos de uso común o de dominio público. Dependiendo del método de aplicación del test y del campo técnico requerido, la participación de los expertos en Estados Unidos es dispar. Hay mayor intervención en la verificación de cuánto de la primera obra hay en la segunda, y más en temas de música y tecnología que en las otras disciplinas (Asay, 2022).²²

En realidad, en Estados Unidos no hay un único test de similitud sustancial, sino que los doce circuitos tienen su propio modo de aplicarlo. Para determinar la similitud sustancial, los circuitos Cuarto, Octavo y Noveno emplean una prueba en dos partes: una prueba extrínseca objetiva y una prueba intrínseca subjetiva. Por el contrario, los circuitos Primero, Segundo, Tercero, Quinto y Séptimo emplean el criterio del “observador ordinario”. Los circuitos Sexto y Décimo utilizan una prueba de abstracción-filtración-comparación. Aunque la mayoría de los tribunales tendrán en consideración los principios básicos establecidos en estas tres pruebas, muchos tribunales emplearán variaciones de estos métodos (Fromer y Lemley, 2014; Osterberg y Osterberg, 2021)

El método que aplica el Noveno Circuito requiere dos pasos: un análisis “intrínseco” y otro “extrínseco”. El extrínseco consiste en determinar qué partes de la obra supuestamente infringida son de dominio público y qué partes son expresión original del autor. Aquí, los expertos hacen un importante aporte (Tu, 2021). La parte intrínseca de la determinación de la similitud sustancial se denomina así porque no depende del tipo de criterios y análisis externos asociados a la parte extrínseca de la prueba. En opinión del Noveno Circuito, en este análisis intrínseco no son apropiados ni la disección analítica ni el testimonio de expertos. Se debe acudir al consumidor prome-

22 El autor indica que en Estados Unidos hay una gran dispersión procesal respecto de la utilización del test de similitud sustancial. En un estudio, se pusieron de manifiesto las siguientes alternativas sobre un total de aproximadamente 1000 casos: a) *summary judgment*, en un 47% de las veces; b) *motions to dismiss*, 22%; c) *injunctive relief*, 15%; d) *bench trials*, 6%; e) *default judgement, judgment as matter of law y judgment of the pleadings*, 10%.

dio, como por ejemplo, un joven de 18 años si se trata de demostrar el plagio en casos de videojuegos (Fromer y Lemley, 2014).

Por su parte, el Segundo Circuito también aplica dos pasos: primero, una determinación de la existencia de copia y luego demostrar si esa copia es lo suficientemente sustancial como para constituir una apropiación ilegal. Si la copia corresponde sólo a aspectos triviales del trabajo de otro autor, esto no generará responsabilidad. La infracción sólo ocurre cuando la copia es lo suficientemente extensa. En este segundo paso, el juez aplica el criterio del observador ordinario, sin la ayuda de una disección o el testimonio de un experto, para determinar si la copia resultó en una similitud sustancial entre ambas obras.²³ Sin embargo, en casos de plagio de *software*, el Segundo Circuito entiende que el observador ordinario debe ser un experto debido a las dificultades técnicas implícitas. En esta instancia, la similitud podrá poner foco en la afectación de lo esencial y valioso de la obra del autor originario, siendo el modelo que tal vez más se acerque a la consideración de los derechos de la personalidad del autor (Balganesh, 2012).

Finalmente, los circuitos Sexto y Décimo utilizan el método de abstracción-filtración-comparación, que consiste primero en abstraer y separar las ideas y otros materiales que no tienen protección por derecho de autor, luego filtrar los componentes no protegibles de los elementos expresivos para finalmente comparar los elementos protegidos restantes con la obra supuestamente infringida para determinar si las dos obras son sustancialmente similares.

9.2 Los peritos y la aplicación del test de similitud sustancial

El enfoque del experto hará hincapié en el proceso creativo y sus resultados analizados desde las competencias técnicas del género expresivo del que se trate. Normalmente deberá realizar una disección de la obra descomponiéndola en sus elementos, lo que le permitirá discernir críticamente el proceso creativo, las herramientas y técnicas utilizadas, las escuelas imperantes y la calidad en la ejecución,

23 El caso seminal del Segundo Circuito es *Arnstein v. Porter*, *Circuit Court of Appeals*, Second Circuit, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), del 11 de febrero de 1946.

entre otros aspectos. El público no hará la misma apreciación, para quien solo importará la sustitución de una obra por otra en cuanto satisfactor de la experiencia estética, que a su vez tendrá un impacto en la demanda de dicha obra. El público general solo tiene primeras impresiones.

En nuestro sistema, considerando la valoración final del juez, estas dos aproximaciones —la técnica y la del público— no son anti-téticas, sino complementarias, debido a que la similitud desplaza al producto original, que es reemplazado por la copia. Esta perspectiva se asemeja a la del derecho norteamericano, para el cual la infracción debe afectar los derechos patrimoniales, es decir, aquellos que garantizan la exclusividad del autor o titular. Sin embargo, la jurisprudencia local también se acerca a esta concepción, como ya señalamos:

La violación del derecho de autor es, entonces, la concurrencia hecha a éste en el terreno que la ley le reserva y consiste en suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica o 'suficientemente análoga' a la que se haya buscado en la obra original, de manera que ésta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización.²⁴

El juez puede considerar que esta similitud desde el punto de vista del público —dependiendo del tipo de obra del que se trate— es relevante para evaluar cuánto afectó económicamente la copia del autor de la obra originaria y mensurar en qué medida mermó la explotación de sus derechos. Además, deberá considerar los derechos morales del autor

Otra diferencia entre el sistema norteamericano y el nuestro en la aplicación del test de similitud sustancial radica en que el informe del perito no se debe centrar en la eventual confusión que ambas obras causan en el consumidor u observador medio, ya que esto, en todo caso, podrá (o no) ser una consecuencia de cómo las similitudes (o su ausencia) afectan o podrían afectar las percepciones y emociones de cada una de las personas del público. No se le

24 Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, 21 de septiembre de 1971, *Martinoli Carlos A. c. Rigual, Carlos. La Ley*, pp. 148-339.

pregunta al experto sobre cómo esas semejanzas impactan en una o más personas, juicio que además resulta de difícil generalización, salvo que se recurra al uso de métodos psicosociológicos y estadísticos muy específicos. El perito, en su informe, deberá limitarse a indicar si son resultados obtenidos de modo independiente o bien si la segunda obra en el tiempo depende causalmente de la primera, de modo que las similitudes no puedan deberse a la casualidad o meras coincidencias, dando lugar, por tanto, a la apropiación indebida. Al perito no se le pregunta por la confusión en las diversas audiencias, ya que, para lograr esa convicción, deberían utilizarse herramientas de investigación de mercados tanto cuantitativas como cualitativas, entre las que se podrían mencionar los *focus groups*, las entrevistas en profundidad, las encuestas y las evaluaciones proyectivas, entre otras.

Vale la pena resaltar otra diferencia en la aplicación del test cuando interviene un perito. En el sistema norteamericano, en los casos de plagio debe probarse o presumirse que el demandado tuvo conocimiento de la obra copiada. Aunque también es un requisito implícito de nuestro sistema, esto tampoco es un tema a cargo del perito. La prueba de que el plagiarlo conoció, tuvo acceso o debía conocer la obra del demandante no es parte de la compulsa, sino que puede ser objeto de cualquier tipo de medio probatorio. Desde el punto de vista del juez —no del perito—, el informe pericial le será útil para ser más o menos exigente con el requisito de acceso a la obra original, ya que, a mayor similitud, menor necesidad de demostrar que el plagiarlo conocía la obra copiada (Osterberg y Osterberg, 2021). Si la copia es burda, no se requiere probar el acceso. Por el contrario, si hay una prueba muy fuerte sobre el acceso, se fortalece la certeza sobre el origen de las similitudes y fuente de la copia. De esta manera, estaría aquí implícita una relación proporcional entre acceso y similitud.²⁵

Vale la pena insistir en que el plagio siempre se ejecuta al nivel de la creación expresiva y no de las ideas expresadas. “Debe así determinarse en qué medida la expresión potencialmente calificable como plagio reproduce los aspectos creativos de otra expresión pro-

25 El asunto del acceso a la obra copiada fue analizado profundamente en el caso *Arnstein v. Porter*, ya citado.

tegida” (Cabanellas, 2023, p. 668). Por este motivo, al igual que en el sistema norteamericano, como primera parte del test el perito debe en iniciar con una tarea de “filtrar” los elementos comunes no protegibles, es decir, aquellos elementos que están disponibles para cualquier autor como parte del acervo común, la práctica en determinado medio, ambiente o disciplina, lo que podría llamarse el “estado del arte” o “reglas de la profesión”. Aquí entran las ideas, los fondos argumentales, los estilos y las técnicas de expresión, así como los géneros: cine negro, cine policial, de animación, entre otros. Esos elementos no pueden ser utilizados por el demandante para fundar su pretensión, ya que no son protegibles. Luego, sobre aquello que sí es la expresión propia del autor se realiza en primer lugar un análisis extrínseco y luego uno intrínseco. Este filtrado es una tarea primordial del perito en relación con el género expresivo del que se trate. Como hemos señalado, a mayor complejidad —como los casos de *software* o videojuegos—, se requerirá un esfuerzo adicional para “separar la paja del trigo”.

¿Se debe prestar más atención a las similitudes y semejanzas o a las diferencias? La doctrina brinda un criterio general:

Existirá imitación cuando la obra presente sustanciales semejanzas con otra preexistente en sus elementos esenciales, del mismo modo que puede existir cuando esta semejanza se refiera a una parte de la obra, mientras no existirá imitación cuando las semejanzas no conciernen a la individualidad de la obra, como ocurre cuando se refieran a elementos carentes de novedad u originalidad o a ideas de dominio común (...). [Por tanto,] (...) el plagio deberá juzgarse por las semejanzas y no por las diferencias que puedan existir entre ambas obras, y de los elementos comunes de ambas se habrá de inferir o no la apropiación. (Iribarne y Retondo, 1981, pp. 110 y 116)

Sin embargo, pese a que se deben evaluar las semejanzas, tampoco se trata de analizar elementos de modo aislado, sino en el conjunto. La acumulación de semejanzas será determinante si corresponden a elementos cuya elección resultó arbitraria, caprichosa o creativa. No será relevante dicha acumulación cuando se trate de elementos generales usuales en el tipo de obra del que se trate. Hay elementos

comunes que no admiten demasiada creatividad, por corresponder a un género determinado o por tratarse de hechos históricos o situaciones comunes de la vida o el modo habitual de comportarse de ciertas categorías de individuos, como por ejemplo los hábitos o prácticas de una profesión determinada. Así, si se tratara de un personaje profesional de la medicina, éste se desenvolverá en un hospital, ambulancia o consultorio, utilizará bata y barbijo, tendrá que tomar decisiones de vida o muerte, por poner solo algunos ejemplos. En definitiva, en cualquier obra pueden encontrarse elementos originales entremezclados con otros del dominio público (Sprigman y Fink Hedrick, 2019).

Como indica la jurisprudencia, “no es el número sino la calidad de las coincidencias la que ha de poner de relieve la existencia de plagio, y los peritos han determinado que dichas coincidencias recaen sobre circunstancias insustanciales o carentes de originalidad”.²⁶

En otro fallo se indica que

plagiar no es explayarse sobre acontecimientos o tipos que se repiten en la vida, en razón de leyes constantes y universales, sino en reproducir (art. 2 ley 11.723) todos los detalles que caracterizan el plan de una obra y el desarrollo de sus escenas. La semejanza o igualdad de temas originalizados por el genio de los escritores, tales como los amantes, el padre, el avaro, todos los grandes tipos, pueden ser renovados, lo han sido incesantemente y lo serán todavía; igual cosa existe con el amor y el hambre, el matrimonio y el adulterio, fuentes fecundas de común inspiración.²⁷

En un caso de plagio de *software*, se encontraron pocas semejanzas, las cuales fueron suficientes para condenar a la demandada, ya que además se probó que había contratado a ex empleados de la demandante para desarrollar su propia versión, lo cual prueba el acceso

26 Voto del Dr. Mirás, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, causa 430.819., *Arce, Rodolfo Adrián c/Suar, Adrián y Otros s/daños y perjuicios*.

27 Voto del Dr. Molteni, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 26 de marzo de 1987, *Reboiras de Chiappe, H. v. Altavista, Juan C. y otro*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1988-II, p. 6.

al código del demandante. En el caso *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario*, la demandada trató de probar que se trató de un desarrollo independiente.²⁸ Uno de los peritos indicó que no había semejanzas en las estructuras de los modelos de datos de ambas aplicaciones y que, si bien el lenguaje de programación utilizado para la implementación de ambas aplicaciones de *software* era el mismo, no halló “semejanzas en la lógica de los programas ni en la estructura jerárquica de módulos de los mismos e interfaces entre esos módulos. En consecuencia, no hay coincidencias en la arquitectura de *software* desde este punto de vista (...)”.

De acuerdo con el análisis conceptual de los respectivos modelos de datos, la función de ambos sistemas coincide: gestionar la habilitación de conductores y vehículos a fin de lograr un desempeño seguro de ellos. Ambas aplicaciones tienen la misma idea rectora: evaluar conductores y vehículos según distintos criterios para determinar la habilitación de estos. Los peritos no pudieron comparar los códigos fuente, por tanto, no lograron determinar el comportamiento del sistema ante los distintos estímulos y los resultados que este suministra. Asimismo, no pudieron efectuar pruebas de funcionamiento, por ende, no pudieron establecer “si las dos aplicaciones actúan de modo similar y proporcionan el mismo resultado ante determinados estímulos (...)”.

Sin embargo, el juez encontró dos elementos para fundamentar el plagio. En primer lugar, que las dos aplicaciones cumplieran las mismas funciones. Luego, que el diseño de la base de datos a partir de las preguntas y respuestas era exactamente igual (incluyendo las faltas de ortografía y puntuaciones). Respecto del primer punto —la identidad de funciones—, no coincido con el criterio del juez, ya que las funcionalidades no son protegibles, además del hecho de que ambos programadores trabajaron sobre un mismo pliego de requerimientos del demandado, bajo contrato de locación de obra. Que las funcionalidades no son obra protegible, sino que son ideas, ya ha sido resuelto en el paradigmático caso *Lotus Development Corp. v.*

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13 de julio de 2017, *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario*. *El Derecho*, Tomo 276.

Borland International, Inc.,²⁹ sin embargo, la copia de la textualidad de las órdenes implica un plagio parcial.

La jurisprudencia argentina se ha hecho eco de la práctica norteamericana, utilizando tanto la filtración como el análisis dual de los elementos intrínsecos y extrínsecos. En el fallo *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.*,³⁰ se propuso una prueba dual: una extrínseca y otra intrínseca para comparar dos programas de televisión. La primera consistió en una evaluación objetiva, focalizada en las similitudes entre el esquema, tema, diálogo, ánimo, ambientación, ritmo, personajes y secuencia de eventos para detectar los elementos comunes entre ambas obras. De allí se descartaron los elementos no protegibles, “es decir las escenas que surgen naturalmente de las premisas de la trama básica, elementos comunes a otros programas anteriores y elementos comunes que hayan surgido de la llamada ‘herencia directa’ o del ‘fenómeno de impregnación’”. Satisfechos los requisitos de esta prueba extrínseca, se pasó a la intrínseca, donde el análisis fue más exhaustivo, para determinar si las similitudes van más allá de las necesidades del tema (la verificación de decisiones libres del autor, acotamos nosotros) y descartan los posibles accidentes literarios o casualidades.

La prueba intrínseca consiste en cotejar las dos creaciones como un todo y no desviando la atención solamente en las coincidencias existentes (elementos extrínsecos) con el fin de determinar si las dos obras son sustancialmente similares a los ojos de un observador promedio. (Del voto del Dr. Vilar)

En el caso se consideró que no podía existir plagio desde el momento en que la producción del demandante carecía de originalidad suficiente para merecer la protección del derecho de autor. Vibes (2009) considera que se podría haber llegado a un buen resultado sin

29 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995, Estados Unidos).

30 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 12 de febrero de 2009, *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.* Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2031.pdf>. En el caso no se pudo conformar el jurado de idóneos, con lo cual la comparación entre las obras fue llevada adelante por el mismo tribunal.

cuestionar la originalidad de la obra primigenia, análisis que pone a los jueces en un terreno delicado e inestable.

Otro aspecto sobre el que se le puede consultar al experto es respecto de la reconstrucción del proceso creativo que hubiera tenido que seguir el demandado para lograr ese resultado similarmente substancial al del demandante. Algo así como volver sobre los pasos las elecciones libres del autor durante el proceso creativo. ¿El demandado cuenta con antecedentes y capacidades para lograr ese resultado por sí mismo? ¿Qué tipo de habilidades y conocimientos se requieren? ¿El demandado ha obtenido con anterioridad resultados semejantes? ¿Es previsible que con esos antecedentes pudiera lograr resultados equivalentes? Todo esto, con la finalidad de justificar la independencia (o falta de esta) en la creación del demandado. Si el demandado le presenta al experto bocetos, esquemas conceptuales, diseños preliminares, prototipos, facilita en gran manera su defensa. Si bien la compulsa se hará principalmente sobre las obras terminadas, nada impide acercar elementos que pongan de manifiesto esa creación independiente.

10. Recursos técnicos para demostrar la similitud substancial

Hay diversos modos de demostrar esa similitud substancial, lo que dependerá en parte del tipo de objeto que se deba comparar y la disciplina de la que se trate. Resulta muy ilustrativa una tesis doctoral referida al plagio cinematográfico y los diversos métodos de detección (Ramírez Gómez, 2015). Allí, el autor transcribe el dictamen pericial a cargo de María Teresa Forero y Jorge Zuhair Jury en el caso *Gitano*, el cual merece ser comentado con más detalle.³¹

De acuerdo con los peritos, en la comparación de guiones y sus eventuales semejanzas, se requiere ir de lo general a lo particular, esto es: 1) idea, que puede resumirse en una frase; 2) *story line*, que se representa en dos o tres frases; 3) escaleta, consistente en un resumen de situaciones, escena a escena, sin diálogos; 4) argumento, en cuanto relato narrado de todo lo que ocurre en la película; 5) personajes y

31 El informe pericial referido fue parte de las acciones judiciales iniciadas por Antonio González-Vigil contra Arturo Pérez-Reverte y Manuel Palacios, de-

sus diferentes dimensiones: física, social, psicológica; 6) otros elementos: ámbito geográfico, ambiente, escenografía, vestuario, recreación de escenas, diálogos, música. Las coincidencias reiteradas en estos elementos, y luego en los argumentos, diálogos y expresiones particulares, fundamentan la similitud sustancial.

Las conclusiones de los peritos Forero y Zuahir Jury son demostrativas de cómo se fundamenta un dictamen pericial:

Con lo ya expresado, luego del análisis de analogías de los libros cinematográficos titulados “Corazones púrpura- Gitana” de Juan Madrid y Antonio González-Vigil y “Gitano” de Arturo Pérez-Reverte y Manuel Palacios, consideramos que en sus composiciones de conflicto, situaciones de base, particularidades de personajes, motivaciones conductivas, y aún conceptos de frase, se advierte que dichas analogías se identifican en sus características fundamentales. Resumimos el trabajo afirmando nuestra convicción de la existencia de plagio entre ambos libros, en sus aspectos estructurales fundamentales (story line, argumento, personajes) o, lo que es lo mismo, que un libro no podría existir tal cual es sin el conocimiento previo del otro por parte de sus autores, ya que la acumulación de “casualidades”, tanto en lo fundamental como en lo complementario, la consideramos poco menos que imposible. Conclusión que no es desvirtuada por la existencia de diferencias, ya que éstas se refieren, básicamente, a la incorporación de una trama secundaria y a la literalidad de los diálogos, que es el último de los elementos de un guion, pues se añaden una vez desarrollada la estructura. Por lo tanto, puede ser plagiada la estructura con toda intencionalidad de apropiación sin que lo sean los diálogos, como consideramos ha ocurrido en el supuesto estudiado. (Ramírez Gómez, 2015, p. 164)

nunciados por el plagio cometido en la película *Gitano*, dirigida por Manuel Palacios y estrenada en el año 2000. El denunciante manifestó que la película copiaba muchos elementos de su guion. En sede penal, se absolvió a Pérez-Reverte y a Manuel Palacios. También se los absolvió en la primera instancia en sede civil. Así y todo, la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid revocó esa sentencia y determinó que hubo plagio. Aunque se apeló ante el Tribunal Supremo, la sentencia condenatoria quedó firme. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, 08/04/2011, Resolución 114/2011.

Resulta conveniente transcribir uno de los ejemplos propuestos por los peritos aplicando el método indicado, que justifica la conclusión anterior (Ramírez Gómez, 2015, p. 160):

| EL PROTAGONISTA | |
|---|---|
| Visión esencialista de José, protagonista de <i>Gitana</i> . | Visión esencialista de Andrés, protagonista de <i>Gitana</i> . |
| Dimensión física | Dimensión física |
| <p>-Varón, de unos 40 años.</p> <p>-Tiene “bolsa de cuero viejo, botas camperas, cazadora ¾ de cuero” (Escena 1, página 1).</p> <p>-Al parecer es guapo, por cómo reaccionan las mujeres ante él: su ex mujer, Isabel, lo reencuentra y se le insinúa.</p> <p>-Mantiene sus deseos sexuales. Una de sus primeras acciones es llevarse a una prostituta a su casa y tras el sexo, echarla de allí. Tampoco puede apartar los ojos del seno desnudo de Carmen y termina con una escena de sexo al rojo vivo con ella.</p> <p>-También es atractivo para un gay, quien al conocerlo se pone “coquetón”.</p> <p>-Es sensible a las luces fuertes.</p> | <p>-Varón, unos 30 años.</p> <p>-Es guapo, y se lo dice Lola.</p> <p>-Su ex mujer lo reencuentra y se le insinúa.</p> <p>-No por estas actitudes es asexuado, pues respecto del sexo, el primer contacto es llevarse a una prostituta a su casa y no puede apartar los ojos de los senos de una camarera y termina con una escena de sexo al rojo vivo con Lola.</p> <p>-También es atractivo para un gay, quien al conocerlo “coquetea en plan simpático con Andrés”</p> <p>-Parece sensible a la luz: Andrés, flaco, vestido de negro, gafas de sol, muy gitano, baja por las escaleras hasta la plaza.</p> |
| Dimensión social | Dimensión social |
| <p>-Aunque no se menciona, ha pertenecido a la clase media, y al salir de la cárcel necesita dinero, cosa que le ofrece su ex mánager Sader.</p> <p>-Ha estado dos años preso por un delito que no cometió.</p> <p>-Lo enviaron a la cárcel su ex mujer y el amante de ésta, un mánager francés.</p> <p>-Se lleva bien aún con el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Regresa a la casa en que vivió con su familia. Allí vive solo.</p> | <p>-Aunque no se menciona, ha pertenecido a la clase media, y al salir de la cárcel necesita dinero, cosa que le ofrece Peque, el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Ha estado dos años preso por un delito que no cometió.</p> <p>-Lo enviaron a la cárcel su ex mujer y el amante de ésta, un mánager italiano.</p> <p>-Se lleva bien aún con el novio de la mujer que ama.</p> <p>-Regresa a la casa en que vivió con su familia. Allí vive solo.</p> |

| Dimensión psicológica | Dimensión psicológica |
|--|--|
| <p>Es irónico.</p> <p>-Se muestra nostálgico.</p> <p>-Enfrenta al hombre que lo envió a la cárcel y le recrimina su acción.</p> <p>-Es celoso.</p> <p>-Tiene coraje, al punto de golpear al policía que se introdujo en su casa: le pega en el estómago y luego, cuando el policía cae, le pateo la cara.</p> <p>-Puede ser cruel y violento</p> <p>-Sobre el final amenaza con matar a su ex amante, pero la deja viva.</p> <p>-Comprende que la mujer que ama no es para él y se aleja</p> | <p>-Al principio se muestra reticente, con dudas.</p> <p>-Es de un humor irónico.</p> <p>-Enfrenta al hombre que lo envió a la cárcel y le recrimina su acción.</p> <p>-Tiene coraje, al punto de enfrentar a un policía armado y drogado.</p> <p>-Puede ser cruel para matar y salvarse.</p> <p>-Sobre el final, amenaza a su ex mujer y la deja viva.</p> <p>-Comprende que la mujer que ama no es para él y se aleja.</p> |

Tabla 1. Fuente: Ramírez Gómez (2015, p. 160).

Los peritos también hicieron hincapié en la construcción de los personajes y su esquema actancial, un método de análisis del lenguaje y el discurso propio del estructuralismo que se basa en lo que hacen los personajes, sus acciones. También encontraron identidad en función de la aplicación de esta teoría de la narrativa a los personajes de las obras en comparación (Ramírez Gómez, 2015, p. 158).

Como indicamos, es más relevante poner atención a las semejanzas que a las diferencias y, en particular, al peso de esas semejanzas respecto de la impresión general del conjunto, además de la cantidad de dichas similitudes. Respecto al número de semejanzas, en el caso *Gitano* se presentó otro informe pericial, de orientación cuantitativo, que hacía hincapié en la estadística y el cálculo probabilístico, a cargo del perito Gonzalo García Pelayo. Luego de identificar 77 semejanzas, a cada una le asignó un porcentaje de probabilidad de que la coincidencia de esos elementos fuera casual. Ese porcentaje, que es subjetivo, el perito lo determinó a su criterio en relación con las películas existentes en la historia del cine (Ramírez Gómez, 2015, p. 174).³² Así, por ejemplo,

32 Ramírez Gómez critica esta subjetividad, así como la imprecisa base de cál-

la coincidencia del personaje protagonista que sale de la cárcel tras cumplir condena de dos años por un delito que no cometió y relacionado con el tráfico de drogas. Siendo generosos otorgamos un 85% de posibilidades a esta coincidencia, siempre muy por debajo de la realidad, ya que de cada 100 películas no hay 85% en las que las premisas señaladas se cumplan de esta manera.

Por tanto, a esta semejanza le asigna un alto porcentaje de coincidencia.

Por el contrario, al hecho de que ambos guiones en la misma escena transcriban la misma frase de la Biblia en boca del protagonista y en una situación sin relación con el contexto gitano le asigna el 1% de posibilidades de casualidad, ya que no todas las películas citan la Biblia y menos la misma frase, sobre un total aproximado de 100000 frases contenidas en ella.

En otro caso señala: “El protagonista empolva de cocaína la cara de la chica en secuencia erótica. Nunca se me hubiera ocurrido. Que se le ocurra a los dos protagonistas de los dos guiones puede ser evaluado en el 30%”. Ese análisis lo hace sobre las 77 semejanzas, combinándolas, de lo cual resulta una probabilidad total de 1 entre 365000 millones de que se hayan producido las 77 coincidencias por pura casualidad, o, medido según la cantidad de películas que se hacen por año, que deberían transcurrir 6 siglos para que la situación se repita (Ramírez Gómez, 2015, p. 173).³³ A pesar de los defectos en la base de cálculo, este argumento fue tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, para reforzar las conclusiones a que arribaron Forero y Zuahir Jury.

Un recurso técnico al que puede recurrir el perito es el uso de

culo tomada de “las películas de la historia del cine”, argumentando que mal podría dar lugar a una certeza matemática.

33 “Considerando que en 100 de toda la historia del cine y siendo otra vez muy generosos es la estimación, es decir, sextuplicando la cifra, se han hecho seis millones de películas, necesitaríamos 60.000 siglos para que esta probabilidad resulte creíble. Si no tomáramos en consideración las dos coincidencias del 1% (pensemos que no han existido), la acumulación de repeticiones más probables nos daría también una probabilidad increíble de 1 de 36,5 millones, es decir necesitaríamos 6 siglos para resultar aceptable” (Ramírez Gómez, 2015, p. 177, transcripción del informe pericial de Gonzalo García Pelayo.

sistemas automatizados de detección de plagio. Son usuales en el ámbito académico para detectar el plagio de alumnos en evaluaciones o trabajos finales, pero también para que las revistas científicas puedan hacer una revisión antes de la publicación de un artículo. Su uso es limitado, ya que compara un texto concreto con los existentes en una base de datos, por lo general, todo lo que esté de libre disponibilidad en Internet. No incluye los documentos de bases de datos con acceso restringido ni documentos que no se encuentran digitalizados. Algunos ejemplos pagos son Compilatio³⁴ o Turnitin³⁵ y, entre los de acceso gratuito, podemos mencionar a Copyscape³⁶ y Duplichecker.³⁷

Estas aplicaciones pueden ser útiles para que un perito identifique y encuentre similitudes entre dos documentos, ya que detectan la literalidad entre frases y párrafos. El experto deberá luego verificar si los hallazgos que efectúan los sistemas informáticos son relevantes, si son textos de autores no considerados en la compulsa o bien textos en dominio público. Estos sistemas suelen indicar que un texto determinado guarda un porcentaje de similitud con otros o bien con el otro texto con el cual se lo está comparando. El dato numérico aislado es insuficiente para sostener un dictamen técnico que justifique una calificación positiva o negativa sobre plagio y que le sirva al juez como prueba en orden a una decisión judicial. El experto no puede transcribir los resultados sin un análisis crítico posterior.

A partir del auge de la inteligencia artificial generativa, también es posible acudir a sistemas diseñados para comparar obras de otros géneros, como musicales, pictóricas o fotográficas. En el caso de la música, es una práctica habitual el entrecruzamiento inspiracional entre autores e intérpretes. Es muy probable que un musicólogo detecte sonidos y matices que pasan desapercibidos para un oído poco entrenado. Algunas de estas prácticas están reconocidas en el medio y los titulares suelen dar autorizaciones mediante contratos para la elaboración de orquestaciones, entre otras alternativas. El problema

34 <https://www.compilatio.net/es>.

35 <https://latam.turnitin.com/>.

36 <https://www.copyscape.com/>.

37 <https://www.duplichecker.com/>.

está en los límites de la inspiración y la falta de autorización. Debido al uso generalizado de la digitalización en la producción y distribución de música, el género musical resulta un terreno fértil para que los sistemas informáticos que utilizan recursos de la inteligencia artificial presten ayuda a un musicólogo (y al juez) para identificar similitudes entre obras musicales.

La comparación entre obras musicales presenta un gran desafío. Como indica Charlotte Tschider (2014):

La música se basa en cinco dimensiones del sonido: el tono, la duración, el timbre, la dinámica y la espacialización. Estas dimensiones se reflejan como sonido y silencio, y cada una de ellas puede representarse no sólo mediante diversos símbolos musicológicos, notación y lenguaje, sino también mediante el reconocimiento del sonido. El tono suele representarse por la tonalidad y el valor de la nota, mientras que la duración se representa por el periodo total de tiempo de sonido o silencio. La duración se combina con la dinámica: un sonido breve puede ser más fuerte que otros sonidos circundantes en la música, puntuando el sonido y combinándose con un patrón de notas más graves y suaves. El timbre refleja la expresión del sonido, es decir, qué instrumento o persona lo ha producido, o su firma única. Los compositores y músicos organizan tonos y timbres variados, alternando melodía y armonía, con tonalidades mayores y menores, intervalos, inversiones y otros métodos para crear contraste e interés sonoro, generalmente descritos como “idea-ejecución-elaboración”. Las notas pueden combinarse en múltiplos, como tríadas, inversiones y acordes para ser consonantes o disonantes. Estos conceptos son sólo los componentes básicos de la música y centenares de características discretas pueden desarrollarse a partir de elementos comunes en una obra musical. (p. 61)

Se propone la utilización de los mismos algoritmos que permiten detectar infracciones en plataformas y remover los contenidos no autorizados por aplicación de la práctica de “notificación y baja” (*notice and take down*, en palabras de la Digital Milenium Copyright Act’s DMCA). En este caso, el algoritmo podría predecir con un alto grado de certeza las similitudes entre dos canciones, presuntamente una

original y otra copia de la primera. Además, permite calcular cuánto de un tema ha sido copiado en el otro (Tschider, 2014; Tu, 2020).³⁸

En música, tradicionalmente se analiza el plagio por similitudes en la melodía y en la letra, pero también puede “sonar parecido” si se toman en cuenta aspectos como el ritmo, la armonía, la orquestación y las estructuras organizativas. “Aunque existe un número casi ilimitado de permutaciones de las notas en una escala, sólo hay unas pocas que resultan agradables, y aún menos que se adapten a las exigencias infantiles del oído popular” (Tu, 2020, p. 848). La colaboración del musicólogo y el uso de recursos tecnológicos para detectar los lugares comunes resultan ineludibles para así determinar la originalidad de la obra primigenia y la eventual copia de esos elementos característicos y propios.

Grinvalsky (1992) sostiene que el análisis de plagio en la música puede verse como una pirámide dividida en cuatro secciones. En la base de la pirámide está la similitud fundamental (características simples y materiales de dominio público). El siguiente nivel es el género (rap, *country*, clásica, *heavy metal*, etc.). El tercer nivel es la similitud de ideas (ya sea en sonido o en papel), que se basa en la opinión de expertos. El nivel superior es una similitud sustancial con obras idénticas en la cúspide de la pirámide.

En resumen, la similitud sustancial debe considerar las semejanzas más que las diferencias, el aspecto cualitativo o peso de las semejanzas dentro de la complejidad de la obra y la cantidad de semejanzas como indicador de la imposibilidad de que haya sido un trabajo independiente.

38 Tschider sugiere el uso de las herramientas provenientes del Music Genome Project (MGP), el motor de Pandora, el gigante de la radio por Internet (<https://www.pandora.com/about/mgp>). Es un ejemplo del esfuerzo por categorizar, almacenar y predecir la similitud musical. Para introducir música, un analista musical capacitado califica 400 atributos específicos de género ponderados como “vectores” y los introduce en la base de datos del MGP para su revisión por pares. El enfoque de Pandora ilustra la posibilidad de que los analistas musicales utilicen una metodología común para evaluar la similitud.

11. Argumentos para desvirtuar un peritaje

En el caso *Ligier*, el demandado pretendió impugnar el informe pericial. El juez de primera instancia indicó:

(...) 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 (...), pruebas que no han sido incorporadas al proceso, al que ni siquiera se aportó la opinión de un consultor técnico adversa al contenido del dictamen oficial.

Este comentario es consistente con una jurisprudencia reiterada. En otro caso, a fin de denegar la impugnación de un informe pericial en el campo musical, los jueces dijeron:

(...) la Sala ha adherido a la doctrina según la cual aún cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba leal, cuando el informe comporta —como en el caso— la apreciación específica en el campo del saber del perito —conocimiento ajeno al hombre de derecho—, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado.³⁹

El informe del perito debe estar fundado y motivado y no puede sostenerse en meras aseveraciones, sino que se deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen la convicción.⁴⁰ Si el dictamen pericial cumple con esos requerimientos, no puede fácilmente ser dejado de lado. En el caso *Guebel* también estaba en controversia la similitud entre dos guiones cinematográficos. El deman-

39 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 5 de marzo de 1997, *AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora vs. H.C Producciones S.A. y otra. Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 279-281.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

dado impugnó el dictamen producido por un jurado de idóneos, que no había sido cuestionado en primera instancia. La Cámara sostuvo, a través del voto del Dr. Fermé, que actuó como preopinante, con fundamento en el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, si bien la pericia no tiene el carácter de prueba legal, no puede ser dejada de lado arbitrariamente.⁴¹

En el caso los peritos, se limitaron a expresar que “es indudable que el guion filmado por Diego Musiak coincide en gran parte con el filmado anteriormente por ambos autores”, afirmando que la historia, el contenido, la mayor parte de las escenas y los personajes coinciden en numerosos detalles. Pero esta breve explicación no puso de manifiesto los elementos concretos que son coincidentes, con indicación de qué escenas o personajes se trataba, sin brindar claridad sobre la comparación de los guiones que formaban parte del expediente y sus similitudes. La aseveración injustificada significó la descalificación del dictamen por parte de la Cámara. Sin embargo, el magistrado llegó a una conclusión semejante a la de los peritos, luego de analizar por sí mismo toda la prueba obrante en la causa. En concreto, el magistrado indicó que “salvo en unos pequeños ajustes, ambos (guiones) tiene la misma línea argumental, similar desarrollo de las escenas dramáticas, de los diálogos e idénticas caracterizaciones de los personajes”.

El Dr. Fermé, en el caso que estamos comentando, debió realizar una tarea de subsanación de la pericia impugnada. Así, indicó:

(...) en ambas historias, se trata de un joven publicitario llamado Pablo, exitoso, que toma conocimiento de que es HIV positivo, que vive en un loft, juega en su computadora con simuladores aéreos, se encuentra en pareja con una joven profesora o directora de teatro de nombre Virginia. En ambos casos, el personaje principal en un hospital se entera de que se halla contagiado por el virus

41 Art. 477, CPCyCN: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”.

mencionado. No obstante los escasos ingredientes y matices introducidos, las similitudes son múltiples y obvias.⁴²

El juez luego señaló varias identidades adicionales, pero lo transcrito es suficiente para indicar cómo debe elaborarse una pericia para que su análisis se considere debidamente fundamentado. Incluso, para reforzar este resultado, mencionó que elementos comunes no podrían ser considerados obra. Así indicó, por ejemplo, que el impacto y el temor que causa en un ser humano la noticia del contagio es sólo una idea y, como tal, es parte del patrimonio común. Sin embargo, el autor de la obra originaria va más allá, ya que el personaje transita por las calles planteándose interrogantes con la cámara a cuestas y se presenta en el cementerio visitando la tumba de su padre. Este contrapunto que presenta el magistrado entre elementos comunes y específicos lleva a la plena convicción del plagio: “Del examen del segundo guión en comparación con el primero concluyo que no se trata de una obra original. Que no obstante las significativas diferencias introducidas, no contiene un desarrollo personal y distinto”.

En otro caso donde se desestimó el informe del perito, se analizaron publicaciones que referenciaban hechos históricos relevantes acaecidos en la misma fecha de años anteriores.⁴³ El perito señaló que coincidían comentarios de los mismos hechos en ambas publicaciones y transcribió comparativamente los títulos respectivos. Sin embargo, el Dr. Bournichón, vocal preopinante, entendió que los hechos históricos en sí mismos no son apropiables y que en el análisis detallado de los artículos se advertían diferencias importantes, con información presente en algunos casos y no en otros, además de que no se encontró literalidad en la comparación de los textos. En conclusión, no basta con citar similitudes sin un análisis más profundo.

Como se indica en otro fallo,

42 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*.

43 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 12-3-2001, *Taggino, José María c. Arte Gráfico Editorial Argentino*. Disponible en: Biblioteca Jurídica Virtual: <http://www.eldial.com/> referencia AA7F2.

(...) el juez no se encuentra constreñido a la conclusión pericial, pues debe someterla a una minuciosa crítica hasta formarse un juicio propio. Ello es así pues quien sostiene jurisdicción debe considerar el dictamen valorando los aspectos jurídicos en su conexión con la vida social y englobando incluso el resto de los aspectos fácticos y técnicos.⁴⁴

Por tanto, no es suficiente con que el perito alcance la convicción sobre el objeto de su dictamen, sino que debe proveer los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, porque debe prestar un verdadero y real asesoramiento al juez que debe valorar el acierto de las conclusiones. Si el informe pericial no da explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en los que se funda la opinión, carece de fuerza probatoria. De ahí que cuando el perito o el equipo pericial se ha limitado a efectuar una afirmación asertiva y categórica sin dar razón que la sustente, sin remitirse a elementos y circunstancias expresadas en la causa ni a otras pruebas producidas y sin cumplir con la específica misión que le corresponde, que es ilustrar el criterio del juez exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieran tenido en cuenta, el informe pierde sustento debido a la insuficiencia de fundamentos.⁴⁵

En sentido contrario, para impugnar un informe pericial, no basta con que la parte que se siente agraviada se limite a manifestar su desacuerdo, sino que también debe mostrar con recursos técnicos suficientes la falta de sustento del informe. Así se resolvió, por ejemplo, en un caso de plagio musical, donde la pericia estuvo a cargo de la Comisión de Asuntos Artísticos de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC). El tribunal consideró al dictamen “preciso, exacto y de contenido versado”. El dictamen indicó que,

44 Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, 1-6-2005, *Gvirtz, Diego por infracción a la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*. En el caso Raúl Portal y Gerardo Sofovich, titulares del programa televisivo “Perdona nuestros pecados”, denunciaron a Diego Gvirtz por copia a través de su programa “Televisión Registrada”. Fallo disponible en: <https://cerlalac.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1867.pdf>.

45 Del voto del Dr. Cifuentes (CNCiv., Sala C, del 19/09/78, en ED, 81-182).

pese a las leves diferencias, había identidad en el *leitmotiv* o motivo guía, junto con una base rítmica muy parecida que contribuía a resaltar la identidad anterior.⁴⁶ El demandado no logró presentar una crítica concreta y razonada precisando los errores, las omisiones y demás deficiencias con los fundamentos de las objeciones sin caer en afirmaciones genéricas ni impugnaciones de orden general.

Las imprecisiones o incluso errores de los informes periciales suelen provenir de la falta de instrucciones o de un deficiente planteo de las cuestiones bajo examen. Es razonable que los abogados de las partes pretendan orientar las respuestas realizando preguntas que sostengan sus pretensiones, ya sea para resaltar las semejanzas y llegar a una conclusión condenatoria o bien para justificar la falta de plagio remarcando las diferencias, intentando demostrar que no hubo copia o que las expresiones utilizadas no están dentro del ámbito de lo protegible. La respuesta del demandado en el caso *Ligier*, con el que comenzamos este artículo, va en este último sentido.

Por este motivo, las cuestiones planteadas al perito deben ser claras. A modo de ejemplo, si se tratara de un caso de plagio entre dos obras audiovisuales, estas podrían ser las instrucciones para el experto:

1. Que indique si ambas obras pertenecen al mismo género expresivo y cuál sería éste.
2. Que mencione cuáles son los elementos que caracterizan al referido género expresivo.
3. Que establezca las similitudes o elementos comunes entre ambas obras. Que verifique si esas similitudes obedecen a un fondo argumental conocido y de amplia divulgación en la literatura fantástica o en la cultura popular mediante leyendas de transmisión oral. Que determine si los elementos comunes son de uso habitual y de amplia divulgación entre los creativos del género audiovisual.
4. Que determine las diferencias entre ambas obras y las particularidades de cada una.

46 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 18 de octubre de 2002, *D'arby T.T. y otro c. S. Mario. La Ley*, 2002, p. 764. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/865.pdf>.

5. Que explicita si las diferencias entre las obras importan originalidad suficiente o proceso creativo independiente por parte de la demandada.
6. Que compare cada uno de los capítulos de ambas series, así como los elementos comunes y diferentes de los capítulos que le dan unidad y originalidad a cada conjunto.
7. Que compare los capítulos que componen cada obra e indique similitudes y diferencias en capítulos con temática similar.
8. Que identifique las fuentes de inspiración que le dieron origen a cada uno de los capítulos de cada obra.
9. Que analice y explique el proceso creativo de cada serie y sus capítulos, en relación con su origen e inspiración en elementos del folklore, leyendas y todo antecedente utilizado por los creadores de uno y otro conjunto a fin de determinar si son procesos creativos independientes. Especialmente, si se verifican obras literarias objeto de transformación, que se determine autor, fecha de creación y si está en dominio público,
10. Que individualice y verifique los elementos expresivos utilizados en la producción cada capítulo de acuerdo con los antecedentes que se dispongan: guiones y argumentos, sinopsis, diseño de personajes protagonistas y secundarios, expresión gráfica, estética y diseño gráfico, participación de actores, locución, escenografía, musicalización, entre otros.

En nuestra opinión, por tanto, aunque la palabra final la tiene el juez, este no debe apartarse arbitrariamente de un dictamen debidamente fundado.

12. Conclusiones

Principalmente en los casos de plagio, pero también en otras infracciones a los derechos de autor, el juez usualmente requerirá la intervención de peritos o expertos técnicos para verificar la semejanza entre las obras (o la falta de ella) para probar si el demandado ha hecho pasar lo ajeno como propio; en definitiva, si se configura apropiación indebida de la expresión del demandante. Ya sea en sede civil o en sede penal, el perito oficial o el jurado de idóneos pueden recibir la

colaboración de peritos de parte. En todo caso, se debe convocar a expertos en la disciplina propia del género creativo al que pertenece la obra. Se deberá prestar especial atención cuando la pretendida copia corresponde a un diferente género o lenguaje expresivo que la obra primigenia, como cuando se copia una novela en un guión o película, una historieta en un videojuego, una fotografía en una obra pictórica.

El primer paso, mediante el método de la “filtración”, consiste en separar los elementos comunes de acuerdo con el género creativo: datos históricos, mera información y otros elementos no apropiables o en el dominio público. Una vez que se determina que la obra del demandante es original, se deberán indicar cuáles son los elementos característicos que también se encuentran en la obra del demandado. El perito deberá indicar si esos elementos semejantes tienen peso suficiente para dar la impresión de una similitud de las obras en su totalidad. Deberá indicar, asimismo, si la acumulación de semejanzas relevantes obedece a la casualidad o a la creación independiente o si se debe a una imitación o aprovechamiento, de modo que no se podría haber llegado al resultado semejante sin haber copiado la primera obra, ya sea total o parcialmente. Esta comparación se denomina “test de similitud sustancial”.

En particular, el perito no deberá perder de vista la distinción entre idea y expresión, ya que solo esta última tiene protección. El uso o copia de ideas no constituirá plagio. Ahora bien, distinguir las ideas de las formas expresivas en un arte determinado, como la música o el *software*, requiere un dominio de los fundamentos de la disciplina, de modo que el dictamen sea circunstanciado y preciso, no siendo válido caer en generalidades ni subjetividades. Los peritos no emiten una opinión basada en sus apreciaciones artísticas o percepciones subjetivas, sino que deben utilizar recursos técnicos y científicos, de modo que el dictamen se sustente en los principios y teorías aceptadas en la disciplina.

En el análisis de similitud sustancial son más relevantes las semejanzas que las diferencias. Diferencias nimias o cosméticas no dan lugar a una obra nueva, sino que sustancialmente es la misma de la cual se puede comprobar el aprovechamiento indebido. La acumulación de semejanzas, aunque cada una de modo individual pueda parecer accidental, es una señal de que no estamos ante una casualidad.

Bibliografía

- Aistars, S. (2023). Copyright's Lost Art of Substantial Similarity. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 26, 101-169. <https://ssrn.com/abstract=4565009>.
- Antequera Parili, R. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Reus.
- Antequera Parili, R. (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Temis.
- Asay, C. D. (2022). An Empirical Study of Copyright's Substantial Similarity Test. *U.C. Irvine Law Review*, 13, 35-102.
- Balganesh, S. (2012). The Normativity of Copying in Copyright Law. *Duke Law Journal*, 62, 203-284. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol62/iss2/1>.
- Balganesh, S. y Menell, P. S. (2021). The Use of Technical Experts in Software Copyright Cases: Rectifying the Ninth Circuit's 'Nutty' Rule". *Berkeley Technology Law Journal*, 35, 663-716. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3632082.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos.
- Bugallo Montaña, B. (2024). *Propiedad Intelectual* (2ª ed., Vol. 2). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cabanelas, G. (2023). *Compendio del Derecho de Autor* (Vol. 2). Heliasta.
- Cabrera, A. M. (1998). *Felicitas Guerrero. La mujer más hermosa de la República*. Emecé.
- Campbell Rennie, D. (2014). This Book is a Movie: The "Faithful Adaptation" as a Benchmark for Analyzing the Substantial Similarity of Works in Different Media. *Oregon Law Review*, 93(1), 49-90. <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/18593/Rennie.pdf?isAllowed=y&sequence=1>.
- Der Manuelian, M. (1988). The Role of the Expert Witness in Music Copyright Infringement Cases. *Fordham Law Review*, 57, 127-147. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol57/iss1/4>.
- Emery, M. A. (2019). El plagio: protección de los personajes y protección de la idea en el derecho de autor. *El Derecho*, Tomo 234, 184-189.
- Fernández Delpech, H. (2011). *Manual de los Derechos de Autor*. Heliasta.
- Fromer, J. C. y Lemley, M. A. (2014). The Audience in Intellectual Property Infringement. *Michigan Law Review*, 112, 1251-1304. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=mlr>.
- Grinvalsky, P. M. (1992). Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement. *California Western Law Review*, 28, 395-429. <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol28/iss2/8>.
- Iribarne, R. A. y Retondo, H. (1981). Plagio de obras intelectuales. En *Los ilícitos civiles y penales en el derecho de autor* (pp. 109-120). Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor Iá.
- Joyce, C., Leaffer, M., Jaszi, P. y Ochoa, T. (2010). *Copyright Law* (8ª ed.). Lexis Nexis.

- Judge, E. F. y Gervais, D. (2009). Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law. *Cardozo Arts. & Entertainment*, 27, 375-408. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1545986.
- Lec, E. y Moshirnia, A. (2022). Do Experts Matter? A Study of the Effect of Musicologist Testimony in Music Cases. *University of Illinois Law Review*, 2022, 707-803. <https://illinoislawrev.web.illinois.edu/wp-content/uploads/2022/04/Lec-Moshirnia.pdf>.
- Lemley, M. A. (2010). Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement. *Journal of the Copyright Society*, 57, 719. <https://ssrn.com/abstract=1661434>.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO/CERLALC/Zavalía.
- Lipszyc, D. (2019). *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos conexos*. Hammurabi.
- Lukasiewicz, J. (2021). La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano. *Revista de la Escuela Judicial*, (1). <https://doi.org/10.59353/rej.v1i1.11>.
- Lukasiewicz, J. (2022). La influencia y el plagio. *Aequitas Virtual*, 14(33). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/6285>.
- Mitelman, O. (2021). *Tratado de la Propiedad Industrial* (Tomo III). ElDial.
- Osterberg, R. C. y Osterberg, E. C., (2021). *Substantial Similarity in Copyright Law* (18ª ed.). Practising Law Institute.
- Palazzi, P. (2009). Los conceptos de idea y obra en el derecho de autor (a propósito de la protección de un “plan de comercialización”). *El Derecho*, Tomo 234, 189-202.
- Parets Gómez, J. (2012). *Teoría y Práctica del Derecho de Autor*. Sista.
- Quagliariello, J. (2019). Blurring the Lines: The Impact of Williams v. Gaye on Music Composition. *Journal of Sports & Entertainment Law*, 10, 133-145. <https://journals.law.harvard.edu/jsel/wp-content/uploads/sites/78/2019/02/HLS105.pdf>.
- Ramírez Gómez, D. (2015). *El Plagio Cinematográfico, un método para su detección*. Facultad de Ciencias de la Comunicación, Universidad de Málaga. <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/13837>.
- Sánchez Herrero, A. (2013). *Confusión de Marcas*. La Ley.
- Sprigman, C. J. y Fink Hedrick, S. (2019). The Filtration Problem in Copyright’s ‘Substantial Similarity’ Infringement Test. *Lewis & Clark Law Review*, 23(3), 571-598. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3384114.
- Tobón Franco, N. y Varela Pezzano, E. (2015). Dos problemas jurídicos alrededor de las fotografías: la originalidad y el derecho a la intimidad. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (5), 13-36. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/433>.
- Tschider, C. A. (2014). Automating Music Similarity Analysis in “Sound-Alike” Copyright Infringement Cases. *New York State Bar Association Entertainment, Arts and Sports Law Journal*, 25(2), 60-68.
- Tu, S. (2021). Use of Artificial Intelligence to Determine Copyright Liability for

Musical Works. *West Virginia Law Review*, 835-872. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617300.

Vibes, F. (2009). El 'test de originalidad' en la obra televisiva. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, (2009 E).

Jurisprudencia citada República Argentina

Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, 1 de junio de 2005, *Gvirtz, Diego por infracción a la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1867.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala M, 9 de marzo de 2011, *Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, octubre de 2006, *Giangreco, Luis c. Editorial Errepar y otros*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1560.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 19 de marzo de 2004, *Smith, Francisco Brydon c/Lerner, Alejandro y otros s/daños y perjuicios*. *El Derecho*, Tomo 212, p. 281.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 26 de marzo de 1987, *Reboiras de Chiappe, H. v. Altavista, Juan C. y otro*. *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1988-II, p. 6.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 14 de noviembre de 2014, *Cabrera, Ana María c/Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 28 de noviembre de 2006, *De Biase Martín Gonzalo c/Gelblung Samuel s/Daños y perjuicios*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1301.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 19 de septiembre de 1978, *Cresseri, Artidorio, suc. C. SADAIC*. *El Derecho*, Vol. 81, p. 169.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 12 de febrero de 2009, *Paz, Teodosio Luis c. Asociación Argentina de Televisión por Cable A.T.V.C.* <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2031.pdf>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 5 de marzo de 1997, *AA-DI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora vs. H.C Producciones S.A. y otra*. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 279-281.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, causa 430.819, *Arce, Rodolfo Adrián c/Suar, Adrián y Otros s/daños y perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 12 de marzo de 2001, *Taggino, José María c. Arte Gráfico Editorial Argentino*. <http://www.eldial.com>.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 4 de noviembre de 2022, *G., A. J. c. Ligier SA s/Daños y Perjuicios*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 18 de octubre de 2002, *D'arby T.T. y otro c. S. Mario*. *La Ley*, 2002, p. 764. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/865.pdf>.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 5 de agosto de 1999, *Guebel Norberto c. Fernández Musiak, Diego Marcelo*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1626.pdf>.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13 de julio de 2017, *Driving Consultancy S.A. y otro c/Pan American Energy LL Suc. Argentina s/ordinario. El Derecho*, Tomo 276.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 15 de mayo de 2017, *Katchadjian, Pablo s/Procesamiento*. <http://www.saij.gov.ar/>.
- Cámara Nacional de Apelaciones, Sala C, 21 de septiembre de 1971, *Martinoli Carlos A. c. Rigual, Carlos. La Ley*, pp. 148-339.
- Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, 30 de diciembre de 1996, *Forgione, Delia c. Antonio de los M. Berili y otros s/ordinario*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2647.pdf>.
- Juzgado Civil N° 89 Primera Instancia, diciembre de 2013, *Cabrera, Ana María c/ Buenos Aires Producciones S.A. s/Daños y Perjuicios*.
- Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, Tandil, Expte. N° 47165, 14 de noviembre de 2018, *Pastor Nancy Susana C/Di Marco Maria Cecilia S/Daños y Perj.*
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 3, *Levy, José y otros s/infracción Ley 11.723, (art. 71). Denunciante: Fresco y Benaim, Alfonso Daniel*.

España

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, 08/04/201, Resolución 114/2011.

Estados Unidos de Norteamérica

- Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 382 F. Supp. 3d 312, 318 (S.D.N.Y. 2019). Segunda Instancia *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 11 F.4th 26 (2d Cir. 2021), *Corte Suprema Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 143 S. Ct. 1258, 1272 (2023).
- Arnstein v. Porter*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), del 11 de febrero de 1946.
- Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)
- Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).
- Williams v. Gaye*, 895 F.3d 1106, 1117 (9th Cir. 2019).