

El Plagio de los Jueces en las Sentencias

Diego Saenz

En un reciente caso, la Cámara Contencioso Administrativo Federal confirmó la sanción impuesta por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a un abogado que había plagiado el escrito de otro colega en un juicio[1]. Esto nos hace preguntarnos si un juez puede cometer plagio al copiar en su sentencia un escrito de un abogado, jurisprudencia o doctrina y sus eventuales alcances.

I. QUÉ ES UN AUTOR JUDICIAL

Friedman, siguiendo a Foucault en “¿Qué es un Autor?”, se pregunta: ¿Qué es un autor judicial? El reconocido filósofo, en su clásica conferencia, plantea una suerte de apropiación del autor en el ambiente científico: el autor no es precisamente ni el propietario, ni el responsable del texto; ni productor o inventor. Si bien existe una relación de atribución —la obra se asigna a un autor—, es fruto de operaciones críticas, complejas y es raro cuando están justificadas. En el ambiente científico, los discursos comenzaron a recibirse anónimamente como un ensamble sistemático y no como proveniente de un autor único. Esto rompe con el esquema romántico de la visión del autor y nos recuerda la forma en que se crea el conocimiento en el ambiente judicial[2].

La naturaleza colaborativa de la labor legal es el locus classicus en la obra de Sir Coke del siglo diecisiete sobre cómo representa una razón artificial. Ello se logra a través

[1] K., R. D. c/CPACF, IJ-LXXI-10, 21-02-2014 - Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed. - Sala III

[2] Friedman, Peter “What is a Judicial Author?” Mercer Law Review, Vol. 62, 2010, p. 520.

de un amplio rango de herramientas como la cita, el uso del argumento o, incluso, el conglomerado de ideas[3]. La mayor parte del trabajo profesional es colaborativo, pues en la práctica diaria, siempre se basa en documentos anteriores[4]. Esto se ve reforzado actualmente con el uso de herramientas tecnológicas que permiten al juez sumar de manera colaborativa una serie de fuentes que se interrelacionan en un contexto dado[5].

La opinión del juez en la sentencia, comenta Friedman, es la “quinta esencia” de la creación de una empresa “colaborativa”. La opinión judicial es la conclusión, a modo de síntesis, como el resultado de un rico debate entre las partes, los abogados, el fiscal, la opinión de doctrina y jurisprudencia (que, a su vez, se basan en otros escritos, opiniones de doctrina y jurisprudencia), amalgamada, en un expediente en donde no siempre surge con claridad quién es el autor original de la idea que muta de caso a caso y se adapta a las diferentes necesidades del cliente y realidad que la moldean. La opinión del juez en la sentencia no es, entonces, una idea original —como lo sería en el ambiente académico— sino más bien el resultado de esa comunión de ideas aceptadas en el ambiente jurídico[6].

[3] Ibidem.

[4] Schroeder, Jeanne L. “Copy Cats: Plagiarism and Precedent”, Benjamin N. Cardozo School of Law Working Paper No. 185, 2006, p. 66.

[5] Rife, Martine Courant, “Making Legal Knowledge in Global Digital Environments”, 2011, p. 149 con cita de Lessig, L “Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy”, London, Bloomsbury, 2008.

[6] Friedman, Peter, op. cit. ps. 520 , 527 y 537 con cita de Ehrenberg, Suzanne, “Embracing the Writing-Centered Legal Process”, Iowa Law Review, Vol. 89, 2004, ps. 1159, 1191-92.

II. EL PLAGIO

La Ley N° 11.723 sobre propiedad intelectual no contiene el término “plagio” en ninguno de sus artículos. La ley de propiedad intelectual protege la forma de expresar original y el concepto de plagio del ambiente académico no sólo protege la expresión sino también la idea en sí. A veces, ambos conceptos se superponen o confunden y otras no.

En efecto, la doctrina ha dicho que “No existe plagio cuando en una obra sólo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación. Puede haber identidad de estos elementos sin haber plagio. La idea no tiene autor, a nadie pertenece en exclusividad, ni persona alguna puede ejercer un monopolio sobre ella. Nadie es detentador exclusivo de idea alguna.”[7]. Sin embargo, el concepto de plagio es más amplio en el mundo académico porque también alcanza el uso de la idea sin citar la fuente de donde se obtuvo. Esta es una distinción de cuando un autor respeta la ley de propiedad intelectual, pero de todos modos es una infracción en el ambiente académico[8].

El plagio en el ámbito académico, por ejemplo, también alcanza a apropiarse de algo escrito por otra persona y publicarlo con el nombre de uno, pero no lo es en el jurídico cuando un juez firma una sentencia preparada por el relator[9].

El plagio, según explica la doctrina —que sigue al Diccionario de la Real Academia Española—, es la “acción y efecto de plagiar (copiar la obra ajena)” y “copiar en la sus-

[7] Satanowsky Isidro, Derecho Intelectual T. II, Buenos Aires, Ed. TEA, p. 194

[8] Peterson, James D – Gregor, Jennifer L. “Copycat: Plagiarism, Copyright Infringement, & Lawyers” *The Wisconsin Lawyer*, v.84, no.6, 2011, June, p. 6, en especial ver la diferencia entre derecho de autor y plagio y el apartado “Teoría del Plagio”

[9] Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, Pantheon Books, New York, p. 49

tancia obra ajena, dándola por propia”[10]. Por lo general, se trata a quien ha plagiado de “ladrón”[11]. Sin embargo, a ello se ha objetado que cuando se plagia, no se “roba” las palabras del otro, porque, en realidad, siguen en poder de su autor, sino que lo que se arrebatada es el “crédito” merecido[12].

Las sentencias —al estar en el dominio público— no tienen derecho de autor, ni el juez puede lucrar con ellas[13]. Que el juez copie sin citar a la fuente se ha convertido en un verdadero problema al que se ha objetado, como argumento principal, que el plagio no es importante en el contexto judicial porque la sentencia no tiene que ser original, ni pretende el “crédito” académico, sino que se encuentra ante un caso concreto a resolver[14].

La doctrina, en general, ha subrayado que la preocupación principal del juez no es científica, sino que su misión es persuadir sobre un problema concreto y buscar la pacificación[15].

10]Sánchez Herrero, Andrés “El Plagio en los escritos forenses”, Revista La Ley del 31/07/2014, p. 4.

[11] A modo de ejemplo, ver Gaffoglio Gisela L, “El Plagio” L.L., t. 2006-C, p. 1163, quien dice que la palabra que mejor lo define es “hurtar”.

[12] Green, Stuart P., “Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft law: Some Law: some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights”, Hastings Law Journal, Vol. 54, [2002] ps. 173, 181 y 182; St. Onge, *The Melancholy Anatomy of Plagiarism*, 1988, p. 172; Posner, Richard, *The Little Book of Plagiarism*, p. 11.

[13] Mouchet, Carlos- Radaelli, Sigfrido A. *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Tomo II, Buenos Aires, Kraft, 1948, p. 41.

[14] Stern, Simon “Copyright Originality and Judicial Originality”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 63, 2013, p. 406.

[15] Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial*, Fundamento de Derecho, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 216 con cita de Zagrebelsky, G. *Il Diritto miete*, *Legge diritti giustizia*, 1992, Ed. Einaudip, p.167 y Toller, Fernando, “Propiedad Intelectual y Plagio en los Trabajos Académicos y Profesionales” *Revista La Propiedad Inmaterial* N° 15 Nov. 2011, p. 96.

III. EL PLAGIO DEL JUEZ SOBRE LOS ESCRITOS DE LOS ABOGADOS

Un tema interesante en la jurisprudencia ha sido el plagio de los jueces de los escritos de los abogados. No abordaremos la controvertida cuestión de si dicha copia da a lugar a una apelación o recurso de nulidad o extraordinario debido a la falta de motivación de la sentencia y/o por la falta de imparcialidad del juez que copia a una parte[16]. Sin embargo, sí lo trataremos desde el punto de vista de la propiedad intelectual y ética en la sentencia[17].

En general, la doctrina ha enfatizado que el parámetro de la copia académica no es trasladable a las decisiones judiciales. Es decir, mientras que en el ambiente académico se busca otorgar crédito al profesional la originalidad, en los procesos judiciales se tiende a presentar la decisión como el camino imparcial, obvio, una verdad aceptada por toda la comunidad. Por ello, a criterio de cierta parte de la doctrina, el juez no puede plagiar por aprobación de ideas sin citar por no buscar el crédito[18].

[16] Ver Stern, Simon “Copyright Originality and Judicial Originality”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 63, 2013, p. 1 y Richmond, Douglas R. “Unoriginal Sin: The Problem of Judicial Plagiarism”, *Arizona State Law Journal*, Vol. 45, 2013, p. 1077. El tema también fue tratado por la Corte Suprema de Canadá “*Cojocar v. British Columbia Women’s Hosp. and Health Center*”, 2011, BCCA, 192.

[17] Sobre la propiedad intelectual de los escritos de los abogados ver además Sánchez Herrero, Andrés “El Plagio en los escritos forenses”, *Revista La Ley* del 31/07/2014, p. 4; Satanowsky, Isidoro, *Derecho Intelectual*, Tomo I, Buenos Aires, T.E.A., 1954, p. 178; Lipszyk-Villalba, El *Derecho de Autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 26 y Mendilaharsu Eduardo, “Los Escritos Judiciales como Propiedad Intelectual”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Número 1º, 1942.

[18] Richmond, Douglas R., op. cit., y cita Geyh, Charles “The Prudent Jurist”, *Legal Affairs*, Nov./Dec. 2003; Bast - Samuels, “Plagiarism and

En efecto, la originalidad en las decisiones judiciales no tiene ningún valor, pues los jueces intentan hacer pasar su opinión como algo dado, natural y consecuencia de un concepto aceptado por toda la comunidad jurídica que se la ha impuesto. No se jactan de haber creado o inventado nuevas doctrinas, sino limitan a aplicar la interpretación de la ley al caso dado[19].

Es común que los jueces en EE.UU. copien parte de los escritos de los abogados[20]. Esta práctica ha llevado a los tribunales a declarar sobre la validez (o no) de la decisión del juez en ese contexto y se hace un especial mérito del análisis concreto al copiar[21]. Sin embargo, cuando la copia del escrito es muy extensa y textual, la doctrina se encuentra dividida, pues algunos no advierten la existencia de año alguno y para otros es un acto de plagio[22]. En pocas palabras, a criterio de la doctrina, desde un punto de vista ético, la línea sobre plagio extenso de escritos de un abogado por un juez es borrosa y no se encuentra bien definida[23].

Legal Scholarship in the Age of Information Sharing: The Need for Intellectual Honesty”, *Catholica University Law Review*, Vol. 57, 2008, p. 803 y Morrissey, Siobhan, “A case of Judicial Plagiarism?”, Vol. 2, Nro. 30 *American Bar Association Report* 1/08/2003.

[19] Posner, Richard, *The Little Book of Plagiarism*, p. 22

[20] Richmond, Douglas R., op. cit., p. 1079 y Wyburn, Mary “Disclosure Of Prior Student Academic Misconduct In Admission To Legal Practice: Lessons For Universities And The Courts”, Vol. 8, No. 2, *QUTLJJ*, p. 340 (el uso está aceptada para determinados tipos de escritos y bajo algunos límites).

[21] “US v. El Paso Natural Gas Co.” 376 U.S. 651, 1964 cit. Stern, Simon “Copyright Originality and Judicial Originality”, *University of Toronto Law Journal* Vol. 63, 2013, p. 388.

[22] Miner, Roger J. “Judicial Ethics In The Twenty-First Century: Tracing The Trends”, *Hofstra Law Review*, Vol. 32: Iss. 4, Article 2, 2004, p. 1134.

[23] Lebovits, G.- Curtin, A. Solomon, L. “Ehtical Judicial Opinion Writing” *The Georgetown Journal Of Legal Ethics*, Vol. 21, 2008, p. 265.

A pesar de que —como hemos mencionado— es usual de que en EE.UU. los jueces tomen extractos de los escritos de los abogados para redactar las sentencias, no suele haber denuncias en el colegio de ética por la copia, porque se considera una conducta aceptada o dado que ningún abogado quiere abrir una diferencia con un juez que el día de mañana puede tener en su consideración su futuro caso. También lo han justificado diciendo que nadie espera que el juez sea original[24] o que, dada su función de magistrado, goza de cierta inmunidad por la investidura[25].

Es más, para algunos, no se podría afirmar en forma terminante que hubo una copia del escrito del abogado sin autorización al juez porque quien presenta un argumento lo hace con la firme esperanza de que el magistrado lo acepte como válido e, incluso, será un reconocimiento del valor persuasivo, que este último lo copie textual en la sentencia. Se podría concluir, entonces, que hay una suerte de autorización tácita del abogado que presenta un escrito para su uso por parte del juez[26].

No obsta lo antes expuesto la falta de atribución o cita al escrito de donde se ha tomado como fuente original de la idea o expresión copiada. De hecho, se encuentran muchos casos en donde no se cita expresamente la fuente y no hay plagio por falta de engaño sobre su verdadero autor. Por ejemplo, en las parodias, donde todos saben el origen y no cabe hacer la cita. También los manuales y en los libros de

[24] Bast Carol, Samuels Linda “Plagiarism...” op. cit., p. 802 (por miedo a la ira del juez); otros autores hablan de un “suicidio” profesional cuando piensan en una idea como esa (Pimentel, David “The Reluctant Talletale:...”) entre otros (conf. Richmond, Douglas R. op. cit. p 1094 y 1095, nota al pie N° 109 y sus citas).

[25] Crowne, Emir “The Copyright Issues Associated with Judicial Decision-Making (or, Hold on to Your Briefs: Are Judges Required to Cite Material Written by Lawyers?)” *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol. 22, No. 4, April 2010, p. 16.

[26] Richmond, Douglas R. op. cit., p. 1098.

texto. Nadie cree que un profesor inventó la teoría de la relatividad porque escribió la fórmula sin citar a Einstein. El reconocimiento está implícito en el autor y no hace falta citar[27].

El plagio explica Posner es una especie de fraude al hacer pasar la obra del otro como propia y cuando no existe esa intención o concepto no debería ser sancionado[28].

En efecto, a criterio de unos de los más influyente y citado de los jueces de cámara— al que lee una sentencia no le importa quién la escribió —si fue un relator o el juez— sino su valor como decisión a una contienda judicial, no hay plagio porque no existe un engaño al lector sobre la autoría del trabajo. Muchas de las copias son ínfimas o no causan ningún daño. Asimismo, advierte que si bien existe la práctica de la transcripción textual de escritos de los abogados, los jueces no lucran con dicha actividad, los abogados saben que los copian y no buscan ser autores originales del texto, por lo tanto, no califica bajo el mote de plagio[29].

La doctrina ha dicho pese a que no es ilegal que un juez incorpore parte de los escritos presentados en el juicio como parte de la sentencia desde que la originalidad no es un requisito, en algunos casos, como un recurso de apelación, puede ser problemático por su tratamiento[30]. Sin em-

[27] Posner, Richard, *The Little Book of Plagiarism*, ps. 18, 24 y 61. En la Argentina se ha dado en el caso del Programa PNP en donde se pasan fragmentos de obras para la crítica, sin citar la fuente, y se dijo que nadie piensa que sean los autores por lo que no hay engaño (conf. CNCrim. y Correc. Sala VIII, 30/03/2012 “P.G. y otros s/Sobreseimiento Inf. Ley 11.723” publicado en La Ley On Line AR/JUR/216000/2012).

[28] Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, p. 106.

[29] Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, p. 20 y ss. y Richmond, Douglas R., op. cit. p. 1099 (lo cita para el que el argumento de Posner expone muchas fallas).

[30] Geyh, Charles, “Are Judges Who Borrow From Lawyer’s Briefs Committing Plagiarism?”, *Legal Affairs*, Nov./Dic., 2003, p.17; Torrey, David “Thoughts on Adoption of Proposed Findings and Order” *Lex And*

bargo, en el proceso de administración de justicia —ha concluido la doctrina— debe permitir que hasta cierto grado se tomen prestados fragmentos del texto de las partes. La conducta *per se* no es antiética. Lo importante es que el juez resuelva de manera correcta un planteo concreto que han sometido los judiciales a su decisión[31].

Aun cuando pudiera haber una copia sin autorización, en EE.UU. se ha advertido que la conducta del juez podría estar amparada por el *fair use* porque se toma una parte parcial (no todo el trabajo) y sin uso comercial (a favor de la administración de justicia)[32]. En efecto, el *fair use*, a diferencia del derecho de citas, no exige que siempre se atribuya la fuente y, en el caso, su uso estaría justificado por el fin social que persigue la administración de justicia[33]. Por ello, si bien se conocen algunos antecedentes en donde se denuncia el plagio del escrito ante la Cámara para revisar el contenido fallo como decisión válida y razonada, hay muy pocos casos en donde sólo se abordó la falta ética del magistrado.

Uno de los casos más resonantes fue en un juicio en contra de una tabacalera en donde un abogado había ganado

Verum N° XL, Marzo 2013, p. 1 y Schroeder, Jeanne L., “Copy Cats: Plagiarism and Precedent”, Marzo 12, 2007 Cardozo Legal Studies Research Paper No. 185, p. 69. En sentido contrario, se ha entendido que una extensa copia de una fuente es legal, pero puede no ser realmente ético (Dursht, Jaime S. *op. cit.*, p. 1253).

[31] Richmond, Douglas R., *op. cit.*, p. 1100 con cita de Fjeldstad, Kristen “Comment, Just the Facts, Ma’am—A Review of the Practice of the Verbatim Adoption of Findings of Fact and Conclusions of Law”, *St. Louis Law Journal* Vol. 44, 2000, p.197.

[32] Bast Carol, Samuels Linda, “Plagiarism...” *op. cit.*, p. 802.

[33] Para un análisis pormenorizado y complete de la aplicación del *fair use* al juez en la sentencia ver Clifford, Ralph, “Intellectual Property Right in An Attorney’s work product”, *Trends and Issues in Intellectual Property*, Vol. 3, 2008, p 40 y ss. y Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism, *op. cit.*, p. 1269 y ss

un juicio por US\$ 145 billones de dólares y fue revocado por un tribunal de jueces que plagieron parte del escrito de los demandados. El argumento del plagio se basó en que más del 86% de la decisión fue de autoría del abogado de la tabacalera. La copia casi textual representó 59 páginas de 68 que tenía el original. Al tomar prestado, el juez en ninguna parte hizo referencia o cita a la fuente. Sin embargo, el planteo fue desechado en una escueta decisión[34]. Si bien es una desprolijidad de los jueces, como explicamos, no siempre está mal visto porque es común copiar parte de los escritos.

El único caso en donde se ha reportado una conducta disciplinaria fue en “In re complaint of Doe” decidido por el juez del Octavo Circuito[35]. El actor interpuso una demanda por haber existido un conflicto de interés/relación impropia —sin haber sido denunciada— entre el auxiliar del juzgado y el estudio jurídico del demandado. Asimismo, sigue diciendo, existió un plagio del escrito del demandado en la resolución que rechaza la acción (por ejemplo, dice, se ha plagiado 55% de la decisión del escrito del demandado, error en las citas y mala forma de transcribir los párrafos). Por último, denunció que el auxiliar letrado, el juez y el es-

[34] Friedman, Peter, op. cit. p. 519; Bast Carol M.- Samuels, Linda B. “Plagiarism... op. cit, p. 777; Young Gary “Plagiarism Charges Plague Tobacco Decision” The National Law Journal 2003-08-21; Geyh, Charles “Are Judges Who Borrow From Lawyer’s Briefs Committing Plagiarism?, Legal Affairs, Nov. /Dic. 2003 p.17; Morrissey, Siobhan, “A Case of Judicial Plagiarism?” Nro. 30 American Bar Association Report 1/08/2003; Cunningham, Laurie “Florida \$145 Billion Wipeout Survives” The National Law Journal 2003-9-29 p. 17 y Schroeder, Jeanne L., “Copy Cats: Plagiarism and Precedent” [March 12, 2007]. Cardozo Legal Studies Research Paper No. 185, p. 70 nota al pie N° 315. Todos ellos en referencia al caso “Liggett Group Inv. v. Engle” No. 3D00-3400, 2003 Fla. App. LEXIS 14774, at *1 (Fla. Dist. Ct. App. Sept. 22, 2003) [35] “In re Doe” 640 F.3d 869 (8th Cir. 30 de marzo de 2011) ver también transcripción Richmond, Douglas R. op. cit., p. 1079

tudio de abogados de la demandada conspiraron para mantener todo el asunto en secreto.

A criterio del tribunal, la cuestión es propia de los méritos de una decisión judicial y no de una acción independiente de plagio, como lo habían hecho. Sin embargo, se permite explicar que pese a que el actor ha advertido varios pasajes de la sentencia similares al escrito de la defensa, el juez está autorizado a “tomar prestado” cuanto considere necesario de esos escritos. Por cuanto a los jueces, dice el tribunal, debe concederse amplio “margen” al redactar la sentencia.

Asimismo, recordó que existe una histórica práctica de los jueces de pedir auxilio a la parte vencedora que haga un resumen de los méritos de los hechos y conclusiones de derecho (Federal Rul. Civ. P. 52 [a])(con cita del juez Blackmun en “Bradley” 382 F. 2d at. 423-25). También rememoró el caso “In re Las Colinas Inc.” en donde se advirtió que puede existir un conflicto de intereses entre la necesidad de administración de justicia de pedir auxilio en una de las partes la redacción y de la parte perdedora de que el juez haya realizado un concienzudo mérito de la prueba. Por ello, la conclusión del juez debe reflejar su determinación propia. La independencia del juez puede ser puesta en tela de juicio cuando es usado el escrito de una de las partes. Sin embargo, en el caso, no se observa que exista una falta de conciencia del juez, ni un abandono de sus responsabilidades[36].

IV. EL PLAGIO A LA JURISPRUDENCIA O ARTÍCULOS DE DOCTRINA

Más complicado es el análisis de la situación cuando un juez copia in extenso verbatim una sentencia o doctrina sin

[36] Ibidem. con cita de “In re Las Colinas Inc”. 426 F2d. 1005 (1st. Cir. 1970).

hacer una cita de la fuente, ni usar comillas. En Argentina, la ley autoriza el uso de la obra ajena con fines didácticos, científicos, académicos, crítica, pero obliga a hacer la cita de la fuente para estar amparado su uso legítimo (Art. 10 de la LPI)[37]. Por ello, dada cierta cantidad y gravedad, ese acto podría constituir una práctica indebida[38]. A criterio de parte de la doctrina, esta conducta no se vería amparada bajo el argumento de la mejor administración de justicia, ni la existencia de un bien público superior, entre otros, porque se podrían superar fácilmente con una simple cita concreta[39].

Sin embargo, en sentido contrario, se ha entendido que el juez puede copiar textos de los abogados, revista y literatura sin atribuir fuente, porque no está escribiendo literatura y, en especial, porque su finalidad no es ser original sino resolver una disputa en concreto[40].

A lo que también se le ha objetado que resolver una disputa no tiene ninguna relación con atribuirse un crédito por una idea que no es propia[41].

No obstante, este argumento ético también ha sido contrarrestado sobre la base de que se está trasladando un standard académico a un lugar en donde se aplicaría sólo en forma débil. La cuestión ética por la falta de cita surge

[37] Ver Crowne, Emir "The Copyright...", op. cit., p. 15 con cita de Copyright Act R.S. 1985, C. C-42 y en Argentina Art. 10 de la LPI.

[38] Crowne, Emir, op. cit., p. 16 [la posición de este autor es más extrema porque es Canadiense en donde no están abierta como en EEUU.

[39] Crowne, Emir, op. cit. p. 16

[40] George Joyce C. Judicial Opinion Writing Handbook, Buffalo New York, William S. Hein, 2007, p. 725. En contra, se ha dicho que resolver una disputa no tiene ninguna relación con atribuirse un crédito por una idea que no es propia.

[41] Tehranian John Infringement Nation: Copyright 2.0 and You New York, Oxford University Press, 2011, p. 145 y 146) ambos cit. Stern, Simon "Copyright Originality and Judicial Originality", University of Toronto Law Journal Vol. 63, 2013, p. 388, en nota al pie N° 11

por el prestigio y, por ende, por la propiedad del trabajo del autor original que le beneficia ser reconocido[42]. A pesar de que ese es el concepto más aceptado, alguna parte de la doctrina plantea que —si la copia es muy extensa— podría constituir una falta ética[43].

V. EL PLANTEO EN LA DOCTRINA ARGENTINA

No es muy común el planteo del plagio de los jueces en la Argentina. Los jueces Argentinos suelen citar la fuente no sólo por estilo, sino porque se utiliza como un argumento de autoridad al influir el prestigio del autor o idea de imparcialidad al resolver razones brindadas por terceros o seguridad jurídica al seguir un precedente jurisprudencial[44]. Sin embargo, pese a que no es común, algunas veces, puede encontrarse la acusación de plagio como un elemento más en una serie de denuncias en contra de los jueces por mal desempeño.

Sin perjuicio de que la regulación del derecho moral es diferente en EE.UU. y que se ha analizado desde el aspecto académico y económico[45], en la Argentina se siguen similares consideraciones.

Para comenzar, debemos recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene por costumbre

[42]

[43] Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism...” op. cit., p. 1253; Lebovits, G.-Curtin, A. Solomon, L. “Ehtical Judicial Opinion Writing” *The Georgetown Journal Of Legal Ethics*, Vol. 21, 2008, p. 264 y Lebovits, Gerald “Ethical Judicial Writing” *New York State Bar Association Journal*, Vol. 79, N° 2, Feb. 2007, p. 56

[44] Perelman Ch. y Olbrechts-Tyteca L., *Tratado de la Argumentacion*, Ed. Gredos, Madrid, 1989, p. 469

[45] Band Jonathan- Schruers, Matt, “Dastar, Attribution and Plagiarism”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 33, N° 1, 2005, p. 13, Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, p. 34, entre muchos otros.

hacer muy pocas citas y, en general, no cita autores vivos[46]. Cabe recordar que la Corte Suprema de EE.UU. tenía esta costumbre hasta 1930 —porque era la única autorizada para interpretar la ley— lo que fue progresivamente dejado de lado[47].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también recurre a los empleados y funcionarios para investigar o escribir borradores de sentencias. Se estima que habrá entre 150 y 200 empleados en la Corte Suprema que ayudarían en la gestión. De hecho, hay vocalías de los jueces, secretarías divididas por materia, con sus secretarios y prosecretarios letrados. Cada juez suele tener entre tres y diez relatores que hacen resúmenes, investigaciones o escriben borradores[48]. La mayoría de las decisiones no ha sido redactada por el juez de la Corte[49]. Ello ha generado cierta inquietud en la doctrina, pues se ha encomendado la redacción a los jueces y no a sus relatores[50], pero en general

[47] Post, Robert “The Supreme Court Opinion As Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court” *Minnesota Law Review*, Vol. 85, 2001, p. 1360 y ss. (describiendo la tensión entre los Jueces Stone y Brandeis y Holmes y Taft, la inclusión o no de cita de revistas de doctrina en los casos, la fuerza de sus fallos por el impero de ley o su valor científico, discusión que fue superada por Cardozo. También existió un cambio de paradigma de que la Corte resolvía casos concretos por otro de fijar políticas legales al hablar al público en general).

[48] Barrera, Leticia “La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10 Nro 1, Agosto 2009, p 227 y Nota 37 y Sabelli, Héctor “Cómo Trabaja la Corte” *Sup. J.A.*, 3-11-2007, p. 8 y Nota 25.

[49] Lynch, Horacio “¿Quién Dicta los Fallos de la Corte? La Delegación en la Corte Suprema” (para quien la mayoría de los fallos no son creados por los jueces de la Corte ni tienen tiempo material de mirar las causas que firman) (<http://www.abogados.com.ar/quien-dicta-los-fallos-de-la-corte-la-delegacion-en-la-corte-suprema/> 5113).

se ha aceptado siempre y cuando sean los jueces quienes decidan la solución definitiva[51].

En los Juzgados y las Cámaras de Apelaciones también es común que los empleados o relatores redacten resoluciones de mero trámite y, algunas veces, los borradores de las sentencias, bajo las directivas de los jueces. Esto se debe a que tienen que delegar tareas por el cúmulo de trabajo[52].

El Manual Judicial de Escritura —de los Tribunales Federales en EE.UU.— contempla el hecho de que algunos jueces escriben sus sentencias y otros lo delegan a los empleados, dependiendo de la técnica y uso de cada juez, sin hacer ningún tipo de reparo en ello[53]. De hecho, en la Corte Suprema de EE.UU., nadie sabe cuánto delega en la redacción cada juez. Esto ha llevado a diferentes estudios que demuestran en realidad cuánto de las sentencias de la Corte Suprema ha escrito el juez[54].

Se ha observado con acierto que lo jurídicamente relevante en el caso es lo que concluye el juez, ya que al firmar, convalida lo escrito, con independencia de su autor. El verdadero redactor no importa: el Juez es el responsable del

[50] Carrio, Genaro “Don Quijote en el Palacio de Justicia” L.L., t. 1989-E, p. 1131, citado por Sabelli.

[51] Sabelli, Hector “Cómo...”, op. cit., p. 8 ver también Carrio, Genaro, op. cit. si la acepta cuando la delegación es menor y sigue decidiendo el Juez. No así la delegación excesiva: “No es deseable en la medida en que conlleva un desplazamiento oculto, e inválido de responsabilidad e incluso puede llegar a constituirse en un factor adicional de incremento de errores judiciales.”

[52] Ver Barrera, Leticia “La circulación de expedientes...” op. cit., p 227

[53] Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center p, 1991, p. 10 y Posner, Richard, The Little Book of Plagiarism, p. 20.

[54] Rosenthal J. - Yoon Albert “Judicial Ghostwriting: Authorship on the Supreme Court” Cornell Law Review Vol. 96, 2011, p. 1037; Choi Stephen J.-Gulattig, Mitu “Which Judges Write Their Opinions (and Should We Care)?” Florida State University Law Review, Vol. N° 32, p. 1077, entre otros.

proceso y al firmar la sentencia cumple con la ficción de ser el autor de todo.

Está claro, entonces, que los jueces no redactan todas las sentencias y se deduce fácilmente que no siempre se sirven de ideas y/o conceptos de autores citando la fuente. El Prof. Toller —uno de los pocos autores vernáculos que abordó el tema— también entiende que no hay que evaluar la conducta de copiar judicial con el mismo criterio que el académico. Si bien es preferible la cita de la fuente, no se debe juzgar la falta de manera severa en el ambiente judicial. Considera, sin embargo, más comprometida la cuestión cuando se transcribe in extenso una sentencia o artículo de doctrina. No obstante lo cual, a su criterio, al igual que no está mal que un relator prepare los proyectos de sentencia, no está creando literatura. La función del juez, dice, es dictar sentencias y no escribir doctrinariamente. Por todo ello, concluye, “la utilización de partes de escritos ajenos, sean de doctrina, sean de jurisprudencia, no parece configurar plagio jurídicamente reprochable, porque el interés en la sentencia es de otro tipo que el interés social en un trabajo de doctrina, del mismo modo que quien redacta una reglamentación o un proyecto de ley no comete plagio por tomar partes, aun literales, de documentos anteriores elaborados por otros, estén o no en vigencia.”[55].

VI. LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Podemos encontrar en la Argentina muy pocos casos de denuncia de plagio en la Justicia o por ante el Consejo de la Magistratura.

(i) La falta de gravedad del hecho cuando la copia es menor

[55] Toller, Fernando, “Propiedad Intelectual y Plagio en los Trabajos Académicos y Profesionales” Revista La Propiedad Inmaterial N° 15 Nov. 2011, p. 96

En los casos en donde la copia de otra sentencia ha sido menor, no se ha condenado la conducta del juez. Por ejemplo, la Resolución CM N° 64/2014 5/06/204 Expte. N° CM N° SCD 096/14-0 carátula S.C.D. s/ G. B. J. s/Denuncia” el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires analizó la denuncia por el plagio a un Juez de Primera Instancia en una sentencia en donde —según la imputación— se copió sin atribuir la fuente de otra sentencia, en contra del juez F. S. Allí que dijo que se pudo observar que el denunciado reprodujo al sentenciar fragmentos que contienen razonamiento expresados por otro Juez. Sin embargo, el Consejo de la Magistratura firmado por su presidente Juan Manuel Olmos y secretario Jorge Enríquez rechazó la denuncia “...por no revestir de entidad que justifique el reproche disciplinario en el presente caso”[56].

(ii) Las defensas utilizadas ante el plagio: la culpa del relator

Una de las defensas más habituales es alegar que la copia se debió a un accidente, generalmente, por un hecho no culposo al no transcribir la fuente. Así, existe cierta creencia generalizada de que, aun cuando se detecte la existencia de un caso de plagio —en el sentido material de la copia sin cita—, si se trata de un error en la forma de escribir o de un tercero, no sería imputable al responsable por falta del elemento voluntario[57].

En el ambiente académico, para una posición de la doctrina, el plagio, para constituir tal, necesariamente, tiene que ser intencional o, en su defecto, fruto de una inadvertencia por descuido, negligencia o indiferencia en la escritura[58]. Para la otra, la sola demostración del plagio es

[56] Ver DiarioJudicial del 26/04/14 “Copiar parte de un fallo no amerita sanción al Juez”.

[57] Stearns, Laurie, “Copy Wrong...” op. cit, p. 532.

[58] Green, Stuart P., “Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft law...” op.

suficiente para acreditar la voluntad del autor en copiar y, por lo tanto, para demostrar su existencia[59].

En el caso concreto de los jueces, algunas veces, cuando se imputa la copia de una sentencia o doctrina en una sentencia sin la cita correspondiente, el responsable argumenta en su defensa que el error ha sido del empleado, relator o encargado de la redacción y que el juez sólo la firmó porque estaba de acuerdo con las conclusiones. Por ejemplo, esa ha sido la defensa de la jueza Civil y Comercial de Ushuaia M. A. R. que en el año 2008 firmó una sentencia de un caso de un delito muy grave igual a otra anterior de su par el Dr. Juan José Ureta, sin citar la fuente.

La jueza responsabilizó a sus relatores: “Tomado conocimiento de lo que ustedes me están comentando, voy a ver quiénes pueden estar involucrados en esta situación. Más allá de que la firma (en la sentencia) es mía, quiero que entiendan que un juez que subroga durante dos años un juzgado con un movimiento de 12 mil expedientes, más otro tanto del juzgado propio, confía en las personas que tiene como colaboradores, ya sea como relatores o como funcionarios permanentes o subrogantes [...], es imposible que un juez durante dos años pueda manejar un juzgado con ese volumen de expedientes”[60].

Asimismo, el Dr. Varela de la Asociación de Magistrados afirmó que en la burocracia jurídica es común utilizar modelos de otros casos. Así explicó que: “en la burocracia judicial se va construyendo una decisión y cuando las solu-

[59] Conf. Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism...” op. cit., p. 1253, 1258 y 1262 (en especial, en donde se recuerda que en la causa “Newman v. Burgin” 930 F2d 955 (1st. Cir. 1991) se dijo que el plagio puede ser por negligencia o descuido sin intención de defraudar; y aún cuando sea un requisito, el dato objetivo del plagio demuestra la intención de engañar “Napolitano v. Trustees of Princenton Univ.” 453, A2 279 [N.J SuperCt. Chv. Div 1982].

[60] <http://cronicasfueguinas.blogspot.com/2012/06/rapossi-la-jueza-copiona.html>

ciones son parecidas, hay modelos a seguir que son iguales porque es la mejor forma de manejarse en la burocracia. Cuando era Juez de familia redacté una sentencia de divorcio simple y se siguió utilizando la misma salvo que aparecieran controversias con bienes o hijos”. Además, advierte que en el caso concreto de la conducta reprochada no hay daño porque existe un control de abogado de cada parte. Por ello, concluye, no hay perjuicio para los justiciables[61].

En este orden de ideas, la doctrina ha dicho que la firma del juez en la sentencia no equivale a la autoría de su contenido, sino que certifica la validez oficial de ese documento y que es responsable por él[62]. Este es el motivo —explica el autor— por el cual no hay un problema ético de que un juez firme un trabajo preparado por un empleado y sí lo sería, por ejemplo, en el ambiente académico[63].

Estos argumentos han sido desarrollados en extenso en la causa “Vinuta v. Romulo” en las Filipinas. En la controvertida causa de crímenes durante la guerra con Japón sobre mujeres civiles, uno de los jueces de la Corte Suprema —en el rechazo de la acción— plagió varios párrafos de dos libros de doctrina, en donde, si bien se hizo referencia al comienzo del fallo, no se entrecomilla el texto cuando se lo transcribe, ni se atribuye la fuente en cada caso que se utilizó el material, o lo hacía en forma genérica, cuando era copia textual.

Como consecuencia de ello, el justiciable, la universidad y otros organismos presentaron una denuncia caratulada

[61].....

[62] Stern, Simon “Copyright Originality...”, op. cit., p. 404; Bast, Carol M.- Samuels Linda B., “Plagiarism and Legal Scholarship...”, op. cit., p. 77; Choi, Stephen j- Gulati, Mitu “Which judges write their opinions (and should we care)?” Fla. St. UL Rev. Vol. 32, 2005, p. 1077 y Joy Peter A. McMunigal Kevin C. “The Problems of Plagiarism as an Ethics Offense” American Bar Association Criminal Justice, N° 26, 2011, p. 56

[63] Stern, Simon “Copyright Originality...” op. cit, p. 406

“In the Matter of the Charges of Plagiarism, etc., against Associate Justice Mariano C. Del Castillo”. En su defensa, el juez Del Castillo de la Corte Suprema afirmó que su relatora había cometido un error al eliminar algunos párrafos y notas al pie, en donde se atribuía la fuente, por lo que pidió disculpas a la familia.

Siguiendo un artículo en la American Bar Association del Dr. Webb, el voto de la mayoría se basa en que las disputas se suelen centrar en la redacción de una cláusula o norma, por lo que la precisión de la palabra que copia el juez es clave. El refugio en la palabra dada es común entre los abogados y no genera responsabilidad al juez[64]. A su entender, los abogados y jueces toman siempre las palabras y conceptos de antecedentes, por consiguiente, hay que ser escépticos ante la originalidad: solo un arrogante o un genio se pone a escribir de cero[65].

Es cierto —reconocen— que el juez Del Castillo no atribuyó correctamente la fuente. Sin embargo, se ha demostrado que la cita correcta estaba en los borradores originales y por un error material fueron eliminados. Un empleado calificado del tribunal, encargado de la búsqueda de doctrina y jurisprudencia, ha explicado que fue su falta y error al limpiar el documento borrador. Sin embargo, con las citas restantes (que no fueron eliminadas por error) el juez ha demostrado que no se atribuyó la autoría sino que reconoce a otros como autores. El hecho, dicen, no implica una inconducta cuando se trata de un error y no hay intención de defraudar. De lo contrario, ningún juez —por más competente, dedicado y honesto que sea— pasaría la carrera judicial sin una mancha[66]. Tampoco hay negligencia

[64] Voto de la Mayoría de fecha 8/02/2011 con cita de Webb, Duncan “Plagiarism: a threat to lawyers’ integrity?” International Bar Association, Marzo 2000.

[65] Ibidem, con cita de Webb, Duncan “Plagiarism:...” op. cit.

[66] Voto de la mayoría de la Corte Suprema de Filipinas A.M. No. 10-7-17-SC “In The Matter Of The Charges Of Plagiarism, Etc., Against Associate Justice Mariano C. Del Castillo” 12/10/2010

cia del juez porque dada la cantidad de expedientes que maneja, es virtualmente imposible que revise todo lo que su relator ha investigado[67].

Por el voto de la minoría, la Dra. Sereno, que mantenía la condena, recordó que conforme la Guía para Estudiantes de Harvard, aun cuando hubo una cita previa, el hacer aparecer una idea como propia es plagio así como la cita textual sin comillas[68]. El alegar —como en la especie hace el juez Del Castillo— que el acto fue involuntario no cambia el hecho de que ha sido plagio. Antes bien, importa un reconocimiento sobre el hecho de que existió el plagio: “Lo que es blanco es blanco no será negro porque lo llamemos de ese modo”. Al igual que en el ambiente académico, la falta de atribución con intención o descuido es suficiente para hacerlo responsable[69]. De todos modos, a su criterio, la omisión de comillas y cita, en el caso, no podía ser un lapsus calami por la forma en que se transcribe en la computadora[70].

En materia de propiedad intelectual, en los juicios de derecho de autor, en EE.UU. se ha dicho que es de responsabilidad objetiva (*strictly liability offence*), sin importar si hubo o no intención[71]. En la Argentina, por el contrario, en temas de responsabilidad por violación del derecho de autor, por lo general, se exige el dolo[72].

67] *Ibidem*.

[68] Harvey, Gordon, *Writing with Sources A Guide for Harvard Students*, Second Edition, Ed. Hackett Publishing Company, Inc. Indiana polis /Cambridge 2008, p. 32.

[69] Voto de la Dra. Sereno en la disidencia de fecha 8/02/2011 Expte. AM No. 10-7-17-SC “In the Matter of the Charges of Plagiarism, etc., against Associate Justice Mariano C. Del Castillo” ver en igual sentido Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism:...” *op. cit.*, p. 1253, 1258 y 1262 (para la que no hace falta intención para que sea plagio).

[70] *Ibidem*. con cita del Código de Integridad de la Universidad de Loyola [ver en sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence].

[71] Stearns, Laurie, “Copy Wrong...” *op. cit.*, p. 533

La doctrina vernácula ha advertido que “[e]s un requisito indispensable para el plagio, la mala fe, el dolo, esto es el conocimiento de que existe obra anterior, cuya parte original es apropiada. En otros términos, debe probarse que el plagiario ha tenido el propósito, la voluntad deliberada de aprovecharse del trabajo intelectual de otro. Ello debe resultar de signos exteriores que revelan una copia literal o con precauciones. No hay plagio por caso fortuito, culpa, negligencia, o ligereza. No basta la similitud o coincidencia [...] la duda se resuelve favorablemente para el plagiario”[73]. De todos modos, a nuestro criterio, el juez debería conocer lo que firma y su origen, lo que podría denotar en algún punto cierta responsabilidad.

En un polémico caso de La Pampa el Superior Tribunal de Justicia el 26/11/2008 resolvió un sumario por plagio a los jueces de la Cámara en lo Criminal de General Pico en donde, luego de eximir de responsabilidad por falta de voluntad y ocultamiento, al ser la falta de cita una omisión involuntaria, exhortó al autor a que en el futuro extremen precauciones para que en lo sucesivo cumplir con su obligación de citar las fuentes y entrecomillar los párrafos que no son de la autoría de quien los escribe y concluye advir-

[72] Sánchez Herrero, Andrés “El Plagio en los escritos forenses” Revista La Ley del 31/07/2014, p. 4 (diciendo que el dolo es un requisito del plagio según la opinión generalizada y más extendida).

[73] Satanowsky, Derecho Intelectual, Editorial TEA, Buenos Aires, Tomo II, pág. 211. Id., Cam. Civ. de la Cap. Fed., 10/11/43, “Calabria, Juan v. Fox Film de la Argentina S.A.”, L.L., T. 33, p. 715). En contra, CNCiv, Sala G, 21/03/1994, “Moreno, Norberto v. Iglesias, Julio” (distinguiendo entre la necesidad del dolo para del delito que para la acción civil); CCiv. 2da 23/12/48 “Bendahan de Vega Rebeca v. Peti de Murat Ulises y otro” L.L., t. 53, p. 402 (“El plagio requiere el dolo, la mala fe, es decir, debe ser la imitación maliciosa de la obra ajena”) y Villalba, Carlos A. “Análisis de jurisprudencia en materia de derecho de autor”, L.L., t. 1995-C, p. 557.

tiendo que si se repite podría ser considerada como falta en el cumplimiento de sus deberes[74].

Sin embargo, a nuestro criterio, para poder entender este último caso hay que poner en contexto los hechos: el voto donde se cometió la copia fue del Dr. A. A., al que el resto de los integrantes el Dr. Mustapich y Dahir adhirieron. Mientras que investigaba el plagio en el sumario se nombró a Mustapich como Juez de la Suprema Corte de la Pampa. El mismo día que se resolvió el sumario —por medio de la Resolución N° 2473— se llamó a integrar a la Corte a Mustapich. Por ello, a nuestro criterio, cualquier reproche de los jueces de la Suprema Corte podría ser vinculado con su nuevo integrante[75]. Es un caso polémico con aristas muy particulares para tomarse como precedente.

(iii) La falta de fundamentación de la resolución que plagia

En Chubut, uno de los jueces del Superior Tribunal de Justicia denunció a un juez de grado frente al Consejo de la Magistratura porque en una grave causa penal había copiado (sin atribuir) la sentencia de otro juez. El Dr. R. juez del Superior Tribunal —también integrante del Consejo de la Magistratura— se había enterado del plagio por los medios de comunicación, pues la sentencia fue declarada nula por la Cámara de Apelaciones y lo denunció por ante el Consejo de la Magistratura.

[74] “El STJ exculpó a Mustapich y Oscar Jorge lo designó” Diario La Arena, Edición del 28/11/2008 y “Ruidosa Llegada Del Nuevo Ministro Al STJ Mustapich: el sumario terminó con un fuerte reto a Alonso” Diario Tras Líneas del 28/11/2008, [http://www.laarena.com.ar/la_ciudad-el_stj_exculpo_a_mustapich_y_oscar_jorge_lo_designo-28239-115.html] y [<http://www.treslineas.com.ar/ruidosa-llegada-nuevo-ministro-mustapich-sumario-termino-fuerte-reto-alonso-n-34896.html>], respectivamente.]

[75] Ver *Ibidem*.

Pese a que el juez que habría plagiado tenía una evaluación no positiva respecto de su desempeño, el Consejo de la Magistratura resolvió el rechazo de la denuncia por siete votos contra cinco. Sin embargo, resulta muy interesante analizar qué elementos tuvieron en cuenta en el Consejo de la Magistratura de Chubut para resolver el caso[76].

El instructor del caso en el sumario N° 112/12 del Consejo de la Magistratura aconsejó el archivo porque, a su criterio, es común que los jueces tomen fundamentos de otros. El Dr. Palacios sostuvo la posición de que el plagiador debía ser removido porque incluso en los cuerpos colegiados se pide la fundamentación individual.

En efecto, según explicó se “viola la constitución provincial, que el Dr. Y. no ha demostrado ni responsabilidad ni dedicación copiando votos de terceros y no fundamentando la parte más importante del proceso como lo es la pena. Agrava este hecho que el consejo declaró insatisfactoria la labor al cabo de los tres primeros años...”. Asimismo, explica que la denuncia efectuada se refiere no solo al término técnico “plagio” sino que también hace especial referencia a que se viola la constitución al no haber fundamentación individual y la Cámara de Apelaciones ha declarado precisamente la nulidad por ese motivo.

El Dr. Jones adhiere a la opinión de Palacios agregando que el informe sometido a consideración del Consejo de la Magistratura solo se ha enfocado sobre el plagio y no tuvo en cuenta la falta de fundamentación en que incurrió el juez Y., que fue resuelto por la cámara penal al dictar la nulidad de la sentencia y no corresponde a ese consejo revisar. A su criterio, existió una falta grave que merece la remoción, pues es una función esencial del juez la fundamentación lógica y jurídica de las sentencias sobre todo en un caso en donde se aplica la pena máxima penal como es la privación de la libertad.

[76]El Acta del Debate del Consejo de la Magistratura de Chubut fue publicada en Reseña de Gestión 2012/2013, Acta N° 215/Noviembre 2012, p. 247 (disponible en www.conmagchubut.gov.ar)

La posición contraria la adoptó en la voz del Dr. Lewis sembrando dudas sobre los reales motivos de la denuncia que fueron adoptados por el Tribunal Superior sobre la base de recortes periodísticos cuando es tan “quisquilloso” con los abogados. No coincide con el voto del Dr. Palacios y, a su criterio, en la sentencia sí hubo una fundamentación aunque “escueta” (y a continuación de la transcripción). A su criterio, habría algún trasfondo diferente que no ha salido a la luz, puesto que se tomó la denuncia de los medios de prensa (es decir, la investigación se tendría que haber profundizado más). El resto de los integrantes no se expidió y al final, como dijimos, la mayoría decidió archivar la causa siete votos contra cinco.

Conforme el Art. 34, inc. d, ap. 4 y el Art. 163, inc. 5, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación así como de la interpretación del preámbulo, Art. 17 y 18 de la Constitución Nacional y el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es un deber del Juez a fundar el motivo de la sentencia[77]. El planteo del Consejo de la Magistratura de Chubut sobre la falta de fundamentación cuando se copia —al margen del punto técnico del plagio— es interesante.

Así, no podemos dejar de mencionar que cuando el juez realiza su propia tarea, en lugar de copiar, practica un análisis más profundo del caso. No se trata de la originalidad de las sentencia (como se ve en el plagio) sino de la habilidad que el juez debe tener para fundar una decisión. Si se corta y pega varias partes del mismo texto, da la idea a los terceros de que el juez realizó un acto automático sin analizar de manera concienzuda y justa los argumentos de las partes. En contraste, el proceso de escribir sirve para enfocar la atención en los diferentes puntos a decidir. De hecho, al escribir uno mismo lo que ha leído obliga a pensar (o significa pensar) lo que se escribe[78]. Por ello, el plagio de-

[77] Conf. Masciotra, Mario “Deber de fundar las sentencias” Diario La Ley 10 de diciembre de 2013, ps. 1 y ss.

muestra esa falta de análisis que hace pasible el reproche.

Cuadra también recordar que Carnelutti decía que uno de los motivos por los cuales se obliga a los jueces a fundamentación de la sentencia es porque se los “obliga a razonar al juzgar”. El Juez, dice Sagües, por razones legales y de prestigio, se ve obligado a presentar una explicación atendible[79]. Asimismo, la fundamentación permite el control por los justiciables: Calamandrei decía que es el “espejo revelador de los errores del juzgador”[80]. Si alcanzara con copiar y pegar, estos motivos no se cumplirían porque no razona, ni da sus explicaciones atendibles, lo que también limitaría la facultad de impugnar el fallo.

Aun cuando es indudablemente cierto que es mejor que el juez razone —por medio de creación y exposición sus motivos—, se ha contestado que no es menos que hay muchos fallos que hacen extensas citas atribuidas y que su conclusión (personal) es escueta, sin que ello constituya una falta de fundamentación, ni de ética, por parte del magistrado[81]. Sin embargo, como contraargumento se ha imputado la falta de ética del juez que cobra un sueldo sin hacer su propio trabajo de análisis para arribar a la conclusión, limitándose a hacer pasar aquel trabajo y esfuerzo de investigación del otro como suyo[82].

En Australia existió un caso muy resonante en los medios en donde un juez renunció al cargo por haber plagiado

[78] Kellogg, Ronald *The Psychology of Writing* Oxford 1994, p. 16 y Oldfather, Chad M. “Writing Cognition and the Nature of the judicial Function” *Georgia Law* Vol. 96, 2008, p. 1283 cit. p. 391

[79] Sagües, Néstor P. *Derecho Procesal Constitucional Recurso Extraordinario*, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 149 y cita de Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Tomo II, p. 267

[80] Calamandrei, Piero “La crisis de la motivación” en *Proceso y Democracia* p. 118 cit. Masciotra Mario “Deber de fundar las sentencias” *Diario La Ley* 10 de diciembre de 2013, p. 1

[81] Stern, Simon “Copyright Originality...” op. cit., p. 396

[82] Stern, Simon “Copyright Originality...” op. cit., p. 403

algunos párrafos de otras sentencias. Se comprobó que una jueza federal también había copiado tres decisiones que fueron publicadas de otro juez sin atribuir autoría. La jueza aceptó la imputación, lamentó su conducta y luego renunció al cargo. Ante la renuncia, el sumario administrativo no siguió su curso. Sin embargo, la doctrina —comentando el caso— ha advertido que cuando se copia los precedentes, indicaría que el que los copia, en realidad, los ha estudiado; es decir, la falta de cita supone una investigación y análisis propio que pertenece a un tercero. Por ello, aun cuando no se invoque originalidad de lo escrito, sí lo hay respecto de haber realizado el trabajo propio del juez[83].

(iv) El planteo ético

Más allá de que no se puede trasladar un estándar académico al ambiente judicial y que no haya un daño económico, lo cierto es que el tribunal de disciplina de los jueces responde a una sociedad que percibe como algo éticamente reprochable el plagio. La sociedad, en general, ve al plagio como una forma de hacer trampa. El estigma de plagio ha sido sancionado éticamente en otros ambientes como en el caso de empleados, periodistas, políticos, abogados y científicos[84]. La norma en general tiene que ser evaluada no sólo por su contenido, sino también por el sentido común de la sociedad[85].

Su falta, entonces, no gira alrededor del aspecto económico, ni de los derechos morales de autor de un trabajo, o el rédito académico del juez, sino de una infracción ética que, en el ambiente judicial, aunque más “atemperada”, sigue existiendo cuando hay mala fe. Los jueces deberían ser los sujetos éticos por excelencia y, el plagio más que nada embiste en el corazón de ese requisito porque es una falta de honestidad intelectual.

[83] Stern, Simon “Copyright Originality...” op. cit., p. 413

[84] Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism....” op. cit., p. 1269.

[85] Sagües, Néstor P. op. cit., p. 118

La falta de atribución no daña —en gran medida— al autor, ni al lector que no se ve defraudado porque el juez no sea el verdadero autor, pero sí a la administración de justicia como institución. Es clave para la administración de justicia, no sólo cómo funciona, sino cómo es percibida por la sociedad porque la visión de los jueces legitiman las decisiones judiciales. Aun cuando la conducta del juez en el proceso de creación y sus decisiones sean cuestiones diferentes, la mayoría de la gente lo considera una sola cosa. Ellos deben representar el ideal de justicia y honestidad viva. Por ello, la ética del juez debe ajustarse a ese estándar esperado por la sociedad —no solo en el ambiente judicial— para que no impacte en la reputación de la institución[86].

Esta exigencia de la sociedad, en la Argentina, es manifiesta en todos los artículos periodísticos que sancionan con vehemencia la conducta del juez que copia una resolución[87]. El juez que engaña de mala fe y copia toda una sentencia o artículo de doctrina puede merecer el reproche de la sociedad. El Consejo de la Magistratura debe conocer los resortes de la justicia, pero también el reclamo de la sociedad.

[86] Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism...” op. cit., p. 1282, 1283, 1287 (con cita del caso “In re Brennan” en donde se dijo que la falta de ética del juez al plagiar afecta a la institución de la administración de justicia)

[87] “Escándalo en el Poder Judicial: posible plagio en una sentencia” [<http://www.radiofueguina.com/index.php/2012/06/26/escandalo-en-el-poder-judicial-a-raiz-de-un-posible-plagio-en-una-sentencia> / Visitada el 20/11/2014] ; “El Superior presentó una denuncia por el presunto plagio de un juez” [<http://www.pensamientopenal.org.ar/puerto-madryn-el-superior-presento-una-denuncia-por-el-presunto-plagio-de-un-juez> / Visitada 20/11/2014] ; Plagio judicial: “Esto no es una cuestión aislada, es una cuestión estructural” <http://sur54.com.ar/plagio-judicial-esto-no-es-una-cuestion-aislada-es-una-cuestion-estructural-1>

(v) La sanción por la existencia de plagio en la sentencia o negligencia en su redacción

En el voto de la minoría de la Dra. Sereno en el caso del juez Del Castillo se abre otro planteo: qué sanción tomar en estos casos. Dado el carácter de la falta, se puede tomar como una cuestión menor administrativa o falta grave. En el ambiente académico el plagio de un alumno, autor o científico puede significar la expulsión de la institución. Sin embargo, en el ambiente judicial no hay un criterio uniforme y definitivo desde los que entienden que es una falta ética a los que lo ven como una cuestión administrativa.

A los efectos de imponer una sanción, por un lado, hay que tener en cuenta que no existe un cierto, concreto y efectivo daño patrimonial al autor. No hace falta otra sanción, pues el hacer saber que no es el real autor es suficiente demérito para el que ha copiado. La infracción fue hacer parecerse como el autor para obtener prestigio y la sanción es demostrar que no ha sido lo que se lo quita. La conducta reprochada y la sanción son simétricas. La sanción más común fuera del ambiente académico es la humillación, el ostracismo y otras vergüenzas por haber violado la norma social de no plagiar[88].

Por el otro, como las posibilidades de descubrir un plagio son bajas, a criterio de parte de la doctrina, aplicando analógicamente los conceptos penales, hay que subir la pena para desalentarlas. Dicho de otra manera, como la oportunidad de ser atrapado es baja, la sanción tiene que ser alta. De lo contrario, la pena no es disuasiva de la conducta que se quiere erradicar como desvalidos para la sociedad porque se pone incentivos para copiar[89].

A nuestro criterio, no existe una situación en donde a priori se pueda dar una solución general para todos los problemas. Una es una visión que busca reparar el daño y la otra fijar una política para evitar que ocurra en el futuro.

[88] Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, ps. 35 y 37

[89] Posner, Richard *The Little Book of Plagiarism*, p. 78.

El tema tiene que ser analizado, caso por caso, para poder alcanzar una solución justa y acorde al real impacto de la infracción. Hay evaluar si la copia fue negligente o intencional y su extensión.

VII. CONCLUSIÓN

Debemos tener en mente que no todo lo que se copia es plagio: cada ambiente académico, artístico y profesional tiene su propio (explícito o implícito) código de honor[90]. En el mundo académico el prestigio depende de los créditos como autor más que las regalías por el trabajo en sí. El prestigio por la labor intelectual es una de las metas más importantes, y copiar la obra de otro implica una falta grave e insalvable que perjudica —por no decir destruye— su carrera académica[91]. En el mundo literario también es una falta grave que puede llevar a causas penales o perder premios[92]. Debemos ser cautos, entonces, para no imponer cargas del mundo académico a la práctica legal[93].

En principio, en el ambiente judicial, no siempre hay

[90] Schroeder, Jeanne L., “Copy Cats: Plagiarism and Precedent” [March 12, 2007], Cardozo Legal Studies Research Paper No. 185

[91] Band Jonathan- Schruers, Matt, “Dastar, Attribution and Plagiarism”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 33, N° 1, 2005, p. 13.

[92] En La Argentina está el resonado caso de Federico Andahazi que escribió “El Conquistador” (2006), ganador del Premio Planeta 2006 y que en el 22/03/2007 fue acusado de plagiar la obra “Los indios estaban cabreros” (1958), de Agustín Cuzzani por sus herederos. El caso tramitó a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal N° 30, a cargo del Dr. Jorge Adolfo López, Secretaría N° 164, “Andahazi Kasnya Carlos F.” Expte. N° 24.416/07 en donde se reconoció la ucronía de trata el tema de la conquista a la inversa, desde el lado de los indios, pero basandose en las pericias de los expertos pericias Sylvia Saítta y Soledad Quereilhac que no había plagio pues a pesar de la trama, no había identidad de los texto, ni del inicio o fin. La Cámara Nac. de Apelaciones en lo Criminal, Sala

una clara autoría, ni originalidad de las ideas. Cuando se trata del uso de ideas, expresiones o simples fracciones incorporadas en una sentencia a modo de una creación autónoma, en principio, no debería ser tan severo en el análisis como la exigencia que se aplica en el ambiente académico. Las creaciones de los jueces, en el marco del derecho, son propias de una actividad en conjunto y, como tal, no siempre se puede —o conviene— identificar una autoría específica: no se busca prestigio sino dar una solución justa a las partes.

Quizá sea deseable que, en su delicada misión de impartir justicia, los jueces no estén preocupados pensando de dónde obtuvieron un argumento, expresión o idea, al escribir la sentencia o si han copiado un pequeño extracto de escrito de una parte aquí o de doctrina allá. A nuestro criterio, es preferible que un juez razone bien en lugar de preocuparse por la responsabilidad legal de una eventual cita defectuosa. Las leyes, por lo general, no suelen condenar por pequeñas o insignificantes infracciones de derecho de autor[94].

Uno prefiere que el juez sea el mejor escritor posible. Esto puede llevar al copiar alguna parte de un escrito u

I, 23/10/2008, en el Recurso N° 34. 900 luego de haber revocado previamente un sobresimientos pidiendo ampliación de informe, confirmó el mismo para no seguir la cuestión al infinito, zanjar la cuestión de manera definitiva sobre la ucrónia [inérito].

[93] Webb, Duncan “Plagiarism: a threat to lawyers’ integrity?” International Bar Association, Marzo 2000

[94] Dursht, Jamie S. “Judicial Plagiarism...” op. cit., p. 1253, 1256, Sterns, Laurie “Copy Wrong...” op. cit. p. 528 [con cita de SHAW, Ralph R. *Literary Property In The United States 1950*, p. 45-46] es necesaria una copia substancial para que exista una infracción a la ley de derecho de autor. También se ha dicho que se aplica el adagio “*minimis non curatpraetor*” por el “*iusususinnocui*” pues si no es sustancial debe ser flexible (conf. Castán Pérez-GómezAntonio, *El plagio y otros estudios de derechos de autor*, Madrid 2009, Ed. Reus, p. 170 con cita de RogelVide

otros, lo que ahorra tiempo, producir más trabajo y mejorar la justicia. El lector no está interesado en la originalidad o si es defraudado sobre el verdadero autor sino en la calidad del trabajo[95].

No obstante lo expuesto, como explicamos, sí nos preocupa que los jueces en su resolución razonen bien y expliquen a las partes como —fruto de ese razonamiento han concluido— en la adjudicación de justicia. La resolución, entonces, a pesar de la copia, tiene que dejar ver ese razonamiento de su propia auténtica decisión y en alguna medida su fuente. Esto permitirá al justiciable evaluar el razonamiento e impugnar el eventual fallo.

Por último, el juez no debería copiar verbatim dentro de la sentencia una obra extensa de un autor, ni desconocer el derecho de autor y al cual bajo nuestro derecho hay que atribuir la cita para que sea un uso honesto (Art. 10 de la LPI). De lo contrario, no solo sería un problema ético —que como hemos visto impacta en la imagen de la Justicia en la sociedad—, sino también podría ser una violación a la ley.

Carlos, “De los límites de infracción del derecho de autor en España” en *Estudios Completos...* p. 163).

[95] Posner, Richard, A. *The Little Book Of Plagiarism*, p. 71 y 72 (para quien hablar de plagio judicial es una contradicción).