

01.

Doctrina

La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 02/09/2021

Aprobado: 01/10/2021

La prueba pericial y el proceso creativo. El método husserliano

*The expert evidence and creative process.
The Husserlian method*

Por Jonatan S. Lukasiewicz¹

Universidad Nacional de la Matanza, Argentina

Resumen: El presente trabajo demostrará que una obra de arte literaria nunca puede plagiar o defraudar otra obra de arte literaria, aún en el caso extremo de la transcripción total. A esos fines, se tomará como muestra los autos “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”, especialmente lo dictaminado por los peritos, y las presentaciones de diversos académicos que constan en la causa. Seguidamente, se presentará el momento de creación de una unidad de percepción como ideación final de una multiplicidad de actos de percepción originarios.

Palabras clave: Plagio – Originalidad – Propiedad Intelectual – Husserl.

1. Doctorando en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Matanza). Empleado del Ministerio Público, Defensoría Civil y Comercial, del Departamento judicial de La Matanza.

Abstract: *The present work will demonstrate that a literary work of art can never plagiarize or defraud another literary work of art, even in the extreme case of total transcription. For these purposes, the “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento” files will be taken as a sample, especially what is ruled by the experts, and the presentations of various academics that appear in the case. Next, the moment of creation of a unit of perception will be presented as the final ideation of a multiplicity of original acts of perception.*

Keywords: *Plagiarism – Originality – Copyright – Husserl.*

Introducción

En los autos “Katchadjian, Pablo s/Procesamiento” que tramitó ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 05,² se sobreseyó al mencionado autor de “haber violado la protección de los derechos de autor reconocidos a la nombrada en la ley 11.723”³. En efecto, el imputado fue intimado en los siguientes términos por el demandante:

el Dr. Fernando Soto, en nombre y representación de María Kodama (exclusiva titular de la propiedad intelectual de toda la obra de Jorge Luis Borges), puso en conocimiento de la publicación de un libro titulado “El Aleph engordado”, editado por “Imprenta Argentina de Poesía”, en marzo del año 2009 en la Ciudad de Buenos Aires, bajo la autoría de Pablo Katchadjian (como autor y responsable de la edición), quien sin ningún tipo de autorización de Kodama y motivado al parecer por una nueva modalidad o tipo de experimentación literaria (que consistiría en la reescritura de clásicos), habría reproducido íntegramente el cuento “El Aleph” del escritor argentino Jorge Luis Borges –sin aclarar debidamente que estaba haciendo tal reproducción, ni que ella pertenecía a la obra de Borges–, manipulando y modificando su texto conforme a la siguiente mecánica: a) En primer lugar, intercalaba, en el curso del texto original reproducido, palabras, frases y hasta oraciones

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FAI7060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

3. Congreso de la Nación Argentina (26 de septiembre de 1933. Boletín oficial, 30 de septiembre de 1933, vigente, de alcance general). Régimen de propiedad intelectual, Ley 11.723, Buenos Aires, Id SAIJ: LNS0002508.

completas de la cosecha personal del propio Katchadjian, que así venían a agregarse al texto original –engordándolo–, sin siquiera diferenciarse de él a través de una tipografía distinta sin explicar al lector dónde y cómo jugaba la experimentación (no lo aclaraba antes, en un prólogo, ni lo aclaraba luego, en el desarrollo del texto), alterando así completamente la estética, sentido y espíritu de la obra borgeana, de manera de confundir al lector, de tener en cuenta que eran palabras sueltas u oraciones cortas, muy difíciles de advertir si no se tenía el texto original a mano o si no se era un experto en la obra de Borges. A más de ello, los agregados apuntados se extendían a lo largo de toda la obra, desde el principio –incluso a partir de la cita de Shakespeare del epígrafe–, hasta el final. Esto se repetía –de manera creciente– en el resto de la obra, sin que prácticamente se salve casi ninguno de los párrafos. b) Además de intercalar, explicó el denunciante, también, en algunos casos, Katchadjian quitaba palabras del texto original y directamente las sustituía por otras de su propio acervo. A modo de ejemplo, en el primer párrafo de la obra, el texto original se reproducía íntegramente, consistiendo la alteración o modificación exclusivamente en intercalar la prosa nueva entre medio del original. En tanto, en otras partes el imputado, suprimía alguna palabra, avanzando con la sustitución por una propia –como en los otros casos, sin advertir ni diferenciarlo de manera alguna–.

El 13 de junio de 2012, más allá de lo expuesto por el abogado de María Kodama, heredera de Borges, la mencionada Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 05, “confirmó el sobreseimiento decretado en la instancia anterior”, ya que es necesaria, para la configuración del tipo penal, no solo una alteración del

texto, como el procedimiento artístico empleado por Katchadjian en su obra “El Aleph engordado”, sino una “actuación dolosa encaminada a defraudar los derechos de propiedad intelectual en lo que hace a la integridad de su creación”⁴. El juez rechazó que hubiera habido una *apropiación* de un texto ajeno –más adelante se verá que eso es imposible, como también lo fue para Borges al momento de construir el cuento–.

El 15 de septiembre de 2014, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de casación que la querrela interpuso, y casó la resolución.⁵ De ese modo, se dispuso el sobreseimiento de Pablo Katchadjian y la prosecución del trámite.

El expediente se abrió a prueba.

La prueba pericial y el proceso creativo

El estudio pericial demostró que el cuento “El Aleph”, de Jorge Luis Borges, se encuentra transcrito en su totalidad, con algunas excepciones, en el cuento “El Aleph engordado”, de Pablo Katchadjian. El perito, a sus efectos, dijo que:

La parodia de un clásico, expresada a través de una acción material, concreta [...] corporal como “engordar” expresa un gesto [...] de

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 5 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

5. Cámara Federal de Casación Penal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2014), “Katchadjian Pablo s/ Recurso de casación”. Id SAIJ: FA14261090. Magistrados: Hornos - Gemignani - Riggi.

vulgarización de un procedimiento literario o poético con el objeto de desacralizar un clásico, un guiño admisible al canon literario que cuenta con antecedentes ilustres dentro de la literatura universal, tal el caso de Miguel de Cervantes Saavedra con Don Quijote de la Mancha, que parodizó la literatura de caballería.⁶

También se remarcó en el estudio pericial que el proceso creativo de *engorde* del texto original de Borges por parte de Katchadjian se realizó con intervenciones, modificaciones de palabras y de frases completas que terminaron por construir “un cambio de forma, de un texto armonioso y cuidado, en otro diferente”⁷. Un estilo literario completamente adversario del cuento que se declara defraudado o plagiado.

Ante la requisitoria expresa de si podía llegar a entenderse que el “El Aleph engordado” resultara de autoría de Borges, la respuesta fue negativa. Sobre el punto se resaltó el contraste marcado entre el estilo de Borges –definido por la economía de recursos, donde “menos” es “más”, la evitación de desbordes y repeticiones, un estilo que alude en vez de decir, que deja al lector inferir los supuestos– y el de Katchadjian –caracterizado por la saturación, la repetición, la explicitación, la valoración definida, la descripción por extensión de las acciones, personales y sucesos que poco deja en manos del lector a la hora de asignar sentido al texto, bajo una sintaxis compleja–.⁸

6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

Se puede advertir que los dos textos son similares. Se ha copiado el cuento acusado de defraudado de forma íntegra y se ha convertido el préstamo en un texto nuevo. Si no existiera el vetusto delito de defraudación o plagio, no existiría la innovación y el avance artístico por sobre el trabajo de los precursores. El mismo Borges (2009), en “Kafka y sus precursores”, concluye que: “El hecho es que cada escritor crea sus precursores” (pp. 80-81, vol. 1). Y nadie, adelantándose en la historia, podrá decir si Katchadjian fue un admirador de Borges o si Borges fue uno de sus precursores, a quien la crítica especializada termine por dispensarle la fama.

El perito agrega: “El cuento de Katchadjian exige analizar el préstamo textual realizado, no solo por la similitud entre ambas obras, sino por sus profundas diferencias narrativas”⁹. Y concluye: “las diferencias entre uno y otro texto son los suficientemente significativas para permitir reconocer que no hubo una reelaboración del texto original, sino la creación de un texto nuevo y diferente, por lo que para los peritos no quedan dudas sobre la autoría de cada texto”. Concluido el procedimiento pericial, se expidió la Cámara en el siguiente aspecto:

Así, conforme el estudio pericial, el procedimiento literario aplicado confluyó en la creación de una obra nueva –“El Aleph En-gordado”–. Se habló de obra nueva porque, en base al núcleo base de “El Aleph”, se llegó a una creación literaria diferente, expandida, elaborada bajo una estructura gramatical y literaria propia del imputado, absolutamente diversa del estilo de Borges

9. *Ibid.*

y, por tanto, fácilmente diferenciable, no quedando “dudas sobre la autoría de cada texto”.¹⁰

Asimismo, en autos se acreditaron usos primordialmente académicos de la obra acusada de plagio. La profesora Graciela Montaldo¹¹ dijo que hizo uso de “El Aleph engordado” en sus cursos de doctorado. En las clases que dictó y en el trabajo académico, dijo también haber discutido sobre el cuento con sus colegas en congresos y conferencias, en diferentes universidades y foros de Estados Unidos. Dijo que se ha escrito sobre el trabajo realizado por Katchadjian. Señaló que la obra de Katchadjian

era considerada una obra literaria que experimenta con procedimientos estéticos de forma en que lo hacen muchos autores contemporáneos, que da “la posibilidad de explorar nuevos procedimientos estéticos” y cuyo “relato obliga a los lectores a enfrentarse a una doble lectura, a leer a Borges mientras se lee otra obra”.¹²

Montaldo opinó

que la obra de Borges, ya constituida como un clásico universal, no se ve afectada por lo que hizo el imputado, porque se trata de dos obras diferentes y que “El Aleph Engordado” se suma a una cantidad de obras-homenaje a Borges. Finalmente afirmó que

10. *Ibid.*

11. Director of Graduate Studies, Department of Latin American and Iberian Cultures, Columbia University.

12. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 5 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

“Sin entrar en consideraciones concretas en cómo afecta esta acusación la libertad de expresión, creo que la penalización de un autor por usar procedimientos literarios que no perjudican ni a la obra ni los derechos de otros autores significa desconocer el funcionamiento del arte y la literatura en el mundo contemporáneo. Lejos de ser un antecedente, este caso se puede convertir en un escandaloso ejemplo de censura y desconocimiento de la obra del propio Borges”.¹³

Por su parte, académicos como el doctor Ben Bollig,¹⁴ Julio Premat,¹⁵ Annick Louis,¹⁶ la doctora Annette Gilbert¹⁷ y Guillermo Bravo¹⁸ coincidieron en que

la propuesta del “El Aleph Engordado” es un experimento literario contemporáneo con numerosos antecedentes en el siglo veinte y que dicha obra habría sido utilizada académicamente en sus respectivos ámbitos, habiendo sido motivo de discusión y análisis en foros de la especialidad.¹⁹

13. *Ibid.*

14. Fellow and Tutor in Spanish del St. Catherine’s College, University of Oxford.

15. Catedrático de literatura hispanoamericana de la Universidad de París 8, Vincennes Saint-Denis, y director del Laboratoire d’Etudes Romanes.

16. Docente de la Universidad de Reims y de la Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de París.

17. Investigadora y directora del proyecto de investigación “In & Out & Between. Sobre la emmarcación del arte”, con sede en el Instituto Szondi de Literatura General y Comparada de la Universidad Libre de Berlín.

18. Responsable de la cátedra de Introducción a la Literatura Española, editor fundador de Cathay Publishers, Normal Capital University, Beijing.

19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 05 (2017), “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”. Id SAIJ: FA17060007. Magistrados: Pinto - Pociello Argerich.

Y se sumaron comentarios:

“...un trabajo de reescritura literaria que responde a los principios defendidos por Borges, es decir a la idea que la vocación de la literatura es producir variantes literarias destinadas a multiplicar los textos... la capacidad de crear a partir de otra obra es la reivindicación borgeana por excelencia” (fs. 349); “ ...se ve un trabajo creativo y la continuación del relato de Borges, lo que –como lo demuestra una lectura atenta– implica un análisis crítico intensivo y estilístico del contenido del precursor y al mismo tiempo le mayor valor. ‘El Aleph engordado’ contribuye al renombre de Borges y es una invitación a una segunda lectura...” (fs. 370).²⁰

De la labor de los peritos, los académicos y la defensa se desprende que de un cuento original, “El Aleph” de Jorge Luis Borges, surge otro cuento original, “El Aleph engordado”, de Pablo Katchadjian. El procedimiento, completamente lícito, se encuentra justificado por los trabajos fenomenológicos desarrollados por Edmund Husserl, principalmente en cuanto a la fenomenología descriptiva.

El método husserliano

Cuando un artista creador construye una obra de arte literaria, lo hace de a fragmentos, fácilmente reconocibles para aquel que conoce los precedentes, precursores e influencias del autor artista. De ese modo, la obra de arte no es nunca original en el momento de su construcción, porque es una suma de actos de percepción

20. *Ibid.*

que se corresponden con elementos objetivos, que pueden ser otras obras literarias o fragmentos textuales de otras obras de arte literarias. Se produce así el *acto simple*. Wilhelm Szilasi (1973) da el siguiente ejemplo:

Si camino alrededor de la mesa y la miro desde los distintos lados, tengo una serie continua de actos de percepción, pero veo siempre la misma mesa. Los actos aislados no se reúnen ulteriormente por medio de un acto totalizador, como si yo –por así decir– viera la mesa solo cuando he dado vueltas en torno de ella y reconstruido las imágenes intuitivas²¹ aisladas. Lo que realmente ocurre es que cada fase aislada de la percepción es en sí misma, dentro de la integridad de la secuencia continua del percibir, una percepción de la cosa. (p. 56)

Luego, examinando la obra de Husserl, afirma algo fundamental:

Puedo detenerme en cualquier momento de la trama serial de percepciones plenas y ver, sin embargo, la mesa misma, no meramente un pedazo de ella. Cada fase de la percepción es ya una percepción plena. En cada fase la cosa se muestra presencialmente y como ella misma. No completamos ninguna síntesis de los datos aislados mediante una acción cosificadora pura del entendimiento, sino que la serie se detiene en uno de sus grados. Todas las fases tienen el carácter del simple tener-ahí de lo mentado. “Simple” caracteriza, por lo tanto, contra el criterio

21. “La palabra *intentio* significa ‘dirigirse a’. Toda vivencia, toda actitud anímica, se dirigen a algo. La percepción es, en cuanto tal, percepción ‘de algo’, y lo mismo ocurre con la representación, el recuerdo, el juicio, la conjetura, la expectativa, la esperanza, el amo. Siempre se trata de determinadas formas de conducta que se dirigen a algo” (Szilasi, 1973, p. 32).

tradicional, a la percepción como unidad inescindida de los meros datos sensibles con la captación de la unidad de la cosa, de tal modo que en cada grado del acto se consuma la percepción total, y cada momento, como también cada fase, es una percepción completa. “Simplicidad” designa, según esto, unicidad (*Einshaftigkeit*), inexistencia de actos graduados, que solo posteriormente se unificasen. Un acto de percepción simple puede ser complicado, y, sin embargo, el objeto mentado –esta mesa– captarse de modo simple y sencillo, sin síntesis ni transformaciones. A tales objetos, que se muestran simple y llanamente, los llama Husserl objetos reales. Trátase de una extraña, pero clara concepción de la realidad. Es extraña porque, a pesar de los condicionamientos subjetivos de la ejecución del acto, y a pesar de la necesidad de la unión de los distintos actos, el objeto es captado con independencia de toda subjetividad. (pp. 56-57)

Este es el estado en el que interviene el lector. Habíamos visto que, previamente, los objetos son series de actos simples de percepción. Lo mismo a decir que son unidades. Pero eso ocurre con la visión que tiene el artista creador con su obra de arte literaria. El lector tiene otra función:

Otra manera de la intuición categorial se denomina “ideación”. Al mirar la alameda decimos: “Esos son árboles”. Y al mirar la bandada; “Son pájaros”. Ningún árbol y ningún pájaro son idénticos entre sí. No consideramos las diferencias. No vemos lo individual sino lo general. Lo general no se obtiene a través de actos lógicos. Es cierto que está fundado, pero es visto de modo inmediato. El mismo tipo de generalización que muestra la percepción fundada de una alameda con respecto a los árboles individuales,

es visible también cuando es un solo objeto individual el que se halla ante nosotros. Digo, por ejemplo: “Aquí hay una mesa”. Pero aquí no hay una mesa cualquiera, sino una mesa perfectamente determinada. Existe una multiplicidad muy grande de mesas distintas. Nosotros mismos conocemos muchas que apenas si tienen entre sí alguna cualidad común. Pero miramos esta y decimos: “Una mesa”. Vemos lo que en todas las mesas constituye lo invariante. Reconocemos esta mesa como tal porque vemos lo invariante [...] Por tanto, si observamos estos dos grupos de la intuición categorial –la intuición categorial en su carácter de síntesis y la intuición categorial de lo general, o sea la ideación–, vemos que ambos tienen las siguientes determinaciones comunes: 1) Son actos fundados. Presuponen algo previamente dado, y solo son posibles sobre la base de la captación previa de algo dado. 2) Los actos categoriales, en su carácter de actos de intuición, son actos donantes, es decir, indican nuevos objetos intuitivos que no están contenidos en los actos fundantes. 3) En los actos categoriales están co-mentados los objetos fundantes de manera diversa en cada caso. (pp. 58-59)

Y, fundamentalmente, la percepción de la obra de arte previamente construida por el artista creador por fragmentos de percepción alcanza su totalidad, su unidad objetiva, en la figura del lector:

El acto de la ideación se distingue del acto de la síntesis en que, si bien construye sobre objetos fundantes, no los mienta. El acto de la ideación es intuición de lo general. En cuanto intuición, se da un objeto. Lo que él da, se designa como “idea”, *species*. Los actos de la intuición de lo general dan, justamente, lo que se ve primero y de modo simple en las cosas, la *species*, es decir: lo

general previo a la individuación. En una cantidad de tonos rojos individuales veo inmediatamente que todos ellos son "rojo". Eso lo veo incluso antes que el rojo morado o el rojo azulado, es decir, lo particular. Aquello a lo cual miro al comparar las distintas superficies rojas es aprehendido aisladamente en su puro estado de cosas. Ese estado de cosas al que llamamos "rojo" es aquí completamente indiferente a toda individuación determinada. No importa en cuáles objetos concretos, en qué matices se individualiza el rojo. La species reviste el carácter de la indiferencia frente a las individuaciones posibles. (p. 60)

Conclusión

En el presente trabajo se abordó el delito de defraudación o plagio que surge de la Ley 11.723. En la introducción se presentó el caso "Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento" en el que María Kodama, viuda de Jorge Luis Borges y sucesora universal de toda su obra, por medio de su abogado Fernando Soto, acusaba a Pablo Katchadjian de haber defraudado el cuento "El Aleph", de Borges, que el procesado tituló como "El Aleph engordado". En la misma acusación se describe el procedimiento empleado por Katchadjian. A simple vista, parecería configurarse el delito de defraudación que establece la Ley 11.723. Sin embargo, de las pericias surge que la obra, más allá de contener una copia textual del cuento de Borges, sigue siendo original. En el presente trabajo se demostró, con el método de Edmund Husserl, cómo una obra de arte sigue siendo original más allá de la transcripción literal de la considerada plagiada o defraudada.

Al momento de la creación, el artista, en este caso Borges, ve los actos individuales de percepción que le permitieron construir su obra. En el prólogo al volumen de cuentos *El Aleph*, Borges (2009) dice: “En [...] El Aleph creo notar algún influjo del cuento ‘The Crystal Egg’ (1899) de Wells” (p. 1071, vol. 1). De esa forma, vemos que Borges conocía a sus precursores. Sabía cómo había construido su obra. Conocía cuáles eran los actos de percepción que le habían permitido aprehender lo dado en el mundo (objetos, pinturas, fragmentos de otros cuentos, argumentos de película u obras de teatro). Es imposible, desde la fenomenología de Husserl, poseer una conciencia que no esté construida por lo dado en el mundo. El creador artista conoce cuáles fueron sus influencias. Sabe, o sospecha, que lo que edifica no es del todo original. Una desintegración de la obra podría arrojar como resultado los fragmentos, que acaso surgen de los libros de sus biógrafos, de cómo se construyó el cuento “El Aleph”.

Pablo Katchadjian utiliza el mismo procedimiento que utilizó Borges, solo que lo hace sin disfraces. Copia íntegramente el cuento, lo aprehende, y crea una obra que, al igual que en el caso de Borges, nunca es original para el artista creador que ve la estructura, los precedentes y las influencias, pero sí lo es para el lector, que no ve una multitud de actos de percepción. El lector no especialista no ve cómo está construido “El Aleph engordado”. En una segunda instancia, ve la obra como una totalidad. Lo que le queda es un procedimiento de ideación que constituye un solo acto de percepción. De esa forma, la obra de arte siempre es original para él. Y el artista creador que se siente plagiado no podrá jamás acusar de plagio al continuador de la idea de la que se toma préstamo, ya que él mismo construyó su obra sobre la base de otras obras y

percepciones, creando así una obra que no puede ser nunca plagiaria (Szilasi, 1973).

Bibliografía

BORGES, J. L. (2009). *Obras completas*, 3 vols. Buenos Aires: Emecé.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (1978). *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Ginebra: OMPI.

SZILASI, W. (1973). *Introducción a la fenomenología de Husserl*. Buenos Aires: Amorrortu.