



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL

LA DISPUTA POR LOS MANUSCRITOS DE FRANZ KAFKA.
ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR

TESINA

QUE PARA OBTENER EL:
GRADO DE ESPECIALISTA

EN:
PROPIEDAD INTELECTUAL

PRESENTA:
GERARDO VILLANUEVA RASCÓN



TUTORA DE TESIS
MAESTRA CLAUDIA LIZBETH LLANOS ARGÜELLO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD.MX, 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo I FRANZ KAFKA Y SU OBRA LITERARIA	6
1. Franz Kafka y su entorno	6
2. Obras publicadas en vida.....	9
3. Obras no publicadas en vida	10
4. Influencia de Franz Kafka en otras obras	11
5. El rol de Max Brod	14
Capítulo II RECUENTO DE LA DISPUTA POR LOS MANUSCRITOS DE FRANZ KAFKA	17
1. Consideración previa.....	17
2. Partes involucradas y sus pretensiones	18
2.1. Esther Hoffe (8 de mayo de 1906-2 de septiembre de 2007).....	19
2.2 Eva Hoffe (30 de abril de 1934-4 de agosto de 2018) y Ruth Hoffe (¿?- mayo-2012)	19
2.3 Biblioteca Nacional de Israel	20
2.4 Archivo de Literatura Alemana de Marbach.....	22
3. Recuento de la disputa. El juicio en Israel.....	23
4. Sentencia del tribunal israelí.....	26
Capítulo III LA OBRA DE FRANZ KAFKA A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR	30
1. Naturaleza del Derecho de Autor	30
2. Instrumentos internacionales sobre Derecho de Autor.....	32
3. Clasificación de la obra de Franz Kafka	34
4. Derechos morales y derechos de explotación involucrados.....	36
4.1 Derechos morales	37
4.2 Derechos de explotación	41
5. Derechos de simple remuneración.....	46
5.1 Derecho a percibir regalías por comunicación pública	46
5.2 Consideraciones sobre el derecho de seguimiento, de participación, o <i>drot de suite</i>	48
6. Consideraciones en torno a la recuperación de obras de arte.....	50
7. Derechos conexos involucrados.....	53

Capítulo IV COMPONENTES DEL DERECHO DE AUTOR A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN CASO DE DISPUTAS SOBRE EL DESTINO DE MANUSCRITOS	55
1. El reconocimiento de los derechos morales como punto de partida	55
2. El contenido de la obra y el soporte material como hecho diferenciador ..	56
3. El dominio público como primera limitación a los derechos de autor	58
4. La limitación por causa de utilidad pública como posible herramienta para el rescate de bienes culturales y las licencias no voluntarias (obligatorias)	61
5. El Derecho sucesorio como auxiliar del Derecho de Autor.....	64
6. Aspectos diversos al Derecho de Autor a tomar en cuenta	65
6.1 Acción reivindicatoria y estado de conservación de los manuscritos	65
6.2. Estudio de caso por caso	68
7. ¿A quién pertenecen los manuscritos de Franz Kafka?	69
Conclusiones	71
Referencias	75
Bibliografía.....	81

Yo no tengo interés alguno por la literatura, lo que ocurre es que consisto en literatura, no soy ninguna otra cosa ni puedo serlo.

Franz Kafka. Carta a Felice Bauer (14/VIII/1913)

Introducción

La obra literaria de Franz Kafka (Praga, Imperio autrohúngaro; 3 de julio de 1883-Kierling, Austria, 3 de junio de 1924) es reconocida como una de las más relevantes del Siglo XX. Los ecos de su escritura, así como de su pensamiento siguen resonando en la actualidad y lo seguirán haciendo en el futuro. En torno a su persona y a su legado literario rondan una serie de circunstancias y mitos que han impregnado su nombre de cierto misterio que a la fecha no termina de develarse del todo. Autor de novelas, cuentos, ensayos, aforismos, cartas y de uno de los volúmenes de diarios más admirables, su escritura está dotada de genialidad; sin embargo, no está exenta de polémica en el plano legal. Es conocido el destino que tuvieron gran parte de sus manuscritos, a pesar de la voluntad expresa de su autor de que no se publicaran después de su muerte, aunque esto fue solamente el germen de una posterior travesía procesal que duró cerca de cuarenta y tres años, y que hasta ahora sigue dando de qué hablar.

En este trabajo revisaré la disputa sobre ciertos manuscritos de Franz Kafka. Para ello, repararé en la importancia de su escritura, haciendo énfasis en su entorno histórico y literario, haré un recuento de la contienda que se desató desde 1973 sobre los papeles del autor checo y que tuvo como protagonistas a Esther Hoffe y sus hijas, particularmente Eva Hoffe, así como a la Biblioteca Nacional de Israel y al Archivo de Literatura Alemana de Marbach, hasta llegar a una sentencia emitida por un tribunal israelí en agosto de 2016. Finalmente, evaluaré la obra de Kafka a la luz de la normativa de Derecho de Autor que deriva de sus tratados internacionales para destacar cuáles de los componentes de éste no fueron observados, pero que de tomarse en consideración pudieran ser de ayuda para determinar el destino final de manuscritos.

Capítulo I

FRANZ KAFKA Y SU OBRA LITERARIA

1. Franz Kafka y su entorno

Franz Kafka transitó del Siglo XIX al XX en medio de una vorágine creativa, pero también acompañado de sus propios tormentos existenciales. Atestiguó un escenario de enfrentamientos bélicos, así como de cambios radicales en el entorno de la Europa Central. Mucho es lo que se ha escrito sobre su vida, pero también lo que se asume sobre ella.¹

No son pocas las publicaciones biográficas que han ido conociéndose a lo largo del tiempo, algunas con mayor contenido que otras.² Por nombrar tan solo cuatro de ellas, diré primero que está *Kafka, una biografía*, de 1937 y escrita nada menos que por su propio amigo Max Brod. Por otra parte, el poeta Gustav Janouch, publicó en 1951 *Conversaciones con Kafka* un texto donde recoge las charlas que sostuvo con el checo mientras sostuvieron una amistad de cuatro años. También el escritor Josef Čermák, cofundador de la Sociedad *Franz Kafka* de Praga publicó *Ficciones y Mistificaciones*, cuya edición en español corrió a cargo de Emecé Editores en 2008. Una de las biografías más completas y monumentales es la de

¹ "Precisamente por esa razón aparecieron en el mundo los káfkólogos. Cuando la primera horneada de aquellos fanáticos llegó en peregrinación a Praga, apenas terminada la Segunda Guerra –recordemos que Brod comenzó a publicar la obra de Kafka en alemán cerca del año '30, y en el '33 debió trasladarse a Palestina, lo que dificultó la aparición de los libros de Kafka, y después vinieron la anexión de Austria, la invasión a Polonia y la guerra, y tengamos en cuenta que en los primeros años de posguerra no era nada fácil llegar hasta Checoslovaquia–, así que cuando aquellos káfkólogos iniciales se las arreglaron para llegar a Praga en 1946 y 1947, descubrieron que casi no quedaban con vida personas que hubieran conocido a Kafka personalmente (buena parte de la familia y muchos de los amigos habían muerto en los campos de concentración nazis). Por eso impresionó tanto a los káfkólogos la aparición de Gustav Janouch y sus *Conversaciones con Kafka* en 1951." Forn, Juan, "Kafka y sus amigos", *Página 12*, Radar Libros, 9 de junio de 2008, <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/libros/10-3067-2008-06-08.html>, consultado el 20 de julio de 2021.

² "La gran biografía de Franz Kafka no existe. Resulta incluso que el número de intentonas globales es escaso, y hasta el momento no cabe reseñar en todo el mundo más que tres o cuatro introducciones biográficas dignas de mención. En Alemania, donde se habla y se lee el idioma de Kafka, no hay —tres cuartos de siglo después de su muerte, medio siglo después de la primera edición utilizable de sus obras— *ni una sola* biografía de Kafka, a parte de la biografía de su juventud de Klaus Wagenbach, difícil de encontrar incluso en los anticuarios, y del *Manual de Kafka* de Harmun Binder, asimismo agotado hace mucho..." Stach, Reiner, *Kafka*, Traducción de Carlos Fortea, Barcelona, Acantilado, 2016, Tomo I. Los primeros años/Los años de las decisiones, p. 27

Rainer Stach.³ En 2016, la editorial Acantilado publicó en español una edición ampliada que constituye un volumen doble de más de dos mil trescientas páginas y que incluye material que no había sido publicado en ediciones anteriores, tales como fotografías, cartas, dibujos, fragmentos de escritura, entre otros.

De igual forma se conoce a un gran número de autores que han abordado la figura de Franz Kafka más allá de la biografía *per se*, y cuyas propuestas tienden a preguntarse quién era el escritor checo a partir del ensayo o de la fascinante mezcla de realidad y ficción, que, si bien son textos que pueden abonar a incrementar el mito Kafka, en ciertos casos, también brindan mucha más información sobre el autor, que las propias biografías.

Por señalar algunos ejemplos, en esta categoría encaja muy bien *K.*, del editor y escritor italiano Roberto Calasso, donde se enfoca a diseccionar a las narraciones de Kafka, a partir de los protagonistas de *El proceso* y *El castillo*. También podemos encontrar *Kafka*, un bellissimo texto de la autoría de Pierto Citati que arroja mucha luz entremezclando vida y obras de Kafka. Otro texto relevante es el de Hans-Gerd Koch, quien en *Cuando Kafka vino hacia mí*, reúne una serie de testimonios de amigos, familiares, amantes, compañeros de trabajo, vecinos y conocidos de Kafka que permiten dibujar una imagen colectiva del autor praguense. Y sin duda, uno de los textos de investigación más recientes y útiles para el presente trabajo es de Benjamin Balint, *El último proceso de Kafka*⁴, donde relata la historia de los procesos judiciales que se han desatado por la posesión de los manuscritos de Kafka.

³ Ya desde el apartado introductorio de esta enorme obra, Stach hace referencia a los papeles objeto de juicio: “Entretanto, los montones de documentos legados por Brod, no sólo se han convertido en objeto de la codicia de numerosos expertos en literatura y en judaísmo, sino también en un absurdo proceso judicial. Las autoridades israelíes litigan con los herederos de Brod por el futuro lugar de custodia de fondo, y aunque ya en la década de 1990 yo disponía de un catálogo exacto de todo el legado, hasta hoy ha habido pocos (aunque importantes) documentos a los que haya podido tener acceso”. *Ibíd.*, p. 15

⁴ Balint, Benjamin, *El último proceso de Kafka, el juicio de un legado literario*, Traducción de Joan Andreano, España, Ariel, 2019

Checo, judío no practicante, lector acucioso, escritor insomne, poseedor de una lucidez sobrehumana, víctima de incesantes dolores de cabeza, vegetariano obsesivo⁵, abogado, diligente funcionario de una casa italiana de seguros de accidentes laborales y después de la Compañía de Seguros de Accidentes de Trabajo para el Reino de Bohemia,⁶ empleado de traje gris, extranjero —en el más puro sentido del significado extraño—, crítico de la burocracia, el que describió su muerte imaginaria a través de elaborados métodos, obsesionado por la escritura⁷, artista atormentado⁸, un hombre que se debatió entre lo real y lo irreal, antagonista de sí mismo,⁹ personaje de otro mundo, son abundantes las cualidades que se atribuyen a su personalidad, muchas veces a través de hechos ciertamente magnificados, aunque lo cierto es que el entorno europeo que lo rodeó, sus propios debates existenciales, así como el ejercicio infatigable de su escritura lo llevaron a producir una de las obras más relevantes de la Literatura.

Hombre de amplia cultura, pero nunca identificado con alguna en particular, podría decirse que Kafka fue una suerte de desarraigado¹⁰, lo cual transmitió en

⁵ “Mientras que los otros comían carne —esa carne que despertaba en su memoria, llena de odio y de asco, el recuerdo de toda la violencia que los hombres habían desplegado sobre la tierra, y los minúsculos filamentos que se quedaban entre los dientes se le antojaban gérmenes de podredumbre y de fermentación como los de un ratón muerto entre dos piedras—, él derramaba sobre la mesa la rica cornucopia de la naturaleza.” Citati, Pietro, *Kafka*, Traducción de José Ramón Monreal, Barcelona, Acantilado. 2012, p. 13

⁶ “Trabajaba allí, en medio de aquel guirigay, entre aquella multitud de empleados, de porteros y de trabajadores desafortunados, solamente porque sabía que no debía consagrar todo su tiempo a literatura. Temía que la literatura le tragase, como un remolino, hasta hacerle perderse en sus regiones infinitas.” *Ibidem*, p. 12

⁷ “El destino quiso que la obra de Kafka estuviese a punto de perderse en la noche de los tiempos. Cuando vivía, Kafka se preocupó muy poco por su difusión. Le apasionaba más el acto de escribir que el de publicar y la pasiva —y obnubilante— recepción de las admirativas palabras del prójimo.” De Alarcón, Tina, “En torno a Kafka y La Metamorfosis” en Kafka, Franz, *Obras Selectas*, España, Edimat Libros, s.a., p. 5

⁸ “Claro, Kafka no es el primer escritor, ni será el último, que se vea a sí mismo como un mártir de su arte – pensemos en Flaubert, pensemos en Joyce–, pero es notable por la determinación con la que concibió su papel. ¿Quién más habría podido inventar la máquina de tortura en el corazón de su perturbadora historia “En la colonia penitenciaria”, que ejecuta a los malhechores grabándoles su sentencia –le mot juste!– con un agujero de metal en la piel?” Banville, John, “Un Kafka diferente”, Traducción de Pablo Duarte, *Letras Libres*, 19 de marzo de 2014, <https://www.letraslibres.com/mexico/un-kafka-diferente>, consultado el 18 de febrero de 2021

⁹ Véase la novela corta *Descripción de una lucha*, escrita entre 1904 y 1910, donde narra entre una serie de cambios de tono vertiginosos, una serie de conflictos internos, representándose en una suerte de juego de espejos, ante la posible intromisión de lo improbable en lo probable.

¹⁰ “Como vemos, Kafka creció en un cruce de culturas no siempre compatibles, obligado a ser él mismo y sin posibilidades de integración plena en ninguna de ellas. Esto favoreció el desarrollo de una personalidad independiente. Al mismo tiempo, el cóctel cultural, aunque produjo dificultades al hombre concreto obligado a desarrollarse en situación excéntrica, le enriqueció incuestionablemente, poniéndole, de paso, por encima de todo localismo y en situación propicia para convertirse en un escritor de proyección universal.” De Alarcón, Tina. *Op. cit.*, Nota 7, p. 7

sus narraciones a través de sus propios personajes. Sus biógrafos no encuentran consenso en cuanto a sus debates psicológicos. Tal vez una manera incipiente de acercarse a su misteriosa personalidad sea a través de la lectura de sus *Diarios*, donde pueden hallarse frases como: "...a mí, mi educación me ha estropeado más que a toda la gente que conozco..."¹¹, o "Y es que soy como de piedra, soy como mi propia losa sepulcral, no hay resquicio alguno para la duda o la fe, para el amor o la repulsión..."¹², o "La terrible inseguridad de mi existencia interior"¹³, o esta "Triste, nervioso, físicamente mal. Miedo a Praga, en la cama"¹⁴, así como otra serie de reflexiones que sostuvo y puso en papel aún hasta poco antes de su muerte, a causa de tuberculosis en 1924.

En la nota fúnebre que Milena Jesenská¹⁵ publicó en el diario *Národní Listy* de Praga, retrata a Kafka como "tímido, retraído, suave y amable, visionario, demasiado sabio para vivir, demasiado débil para luchar, de los que se someten al vencedor y acaban por avergonzarlo."¹⁶

2. Obras publicadas en vida

Uno de los mitos más comunes en torno a Franz Kafka es que se asume que toda su obra fue publicada después de su muerte, a pesar de la petición hecha a Max Brod, lo cual no es así. Kafka publicó en vida un buen puñado de obras literarias, incluso llegó a leer en público algunas de ellas. El listado de lo publicado en vida es extenso; sin embargo, puedo señalar como obras destacables *La condena* (1913), uno de los relatos que más satisfacción produjo a su autor; un fragmento

¹¹ Kafka, Franz, *Diarios*, Traducción de Joan Parra y Andrés Sánchez Pascual, España, Debolsillo, 2006, p. 39

¹² *Ídem*, p. 54.

¹³ *Ídem*, p. 294

¹⁴ *Ídem*, p. 509.

¹⁵ Periodista y traductora de Kafka al checo, sostuvo una relación ambivalente con éste. Entre 1920 y 1922 entablaron un diálogo epistolar que más tarde se publicaría bajo el título de *Cartas a Milena*. Murió en 1944 en Ravensbruck, un campo de exterminio de los nazis.

¹⁶ Goloboff, Mario, "Milena", *Franz Kafka, selección de textos*, 23 de enero de 2013, p.12, <http://www.elortiba.org/old/kafka.html>, consultado el 10 de agosto de 2021.

de *El fogonero* (1913); *La metamorfosis* (1915), tal vez su narración más conocida a nivel global; *En la colonia penitenciaria* y *Un médico rural* (ambas de 1919).

Además, se sabe que a lo largo de su vida publicó en revistas una serie de textos como *Conversación con el orante* (1909) que posteriormente formaría parte de *Descripción de una lucha*. De ahí que pueda decirse que, en principio, tuvo la intención de dar a conocer a sus posibles lectores parte de su obra a la par que la iba produciendo.

3. Obras no publicadas en vida

Kafka escribió en abundancia, por lo que no toda su producción literaria fue publicada en vida. Sus tres grandes novelas, que de hecho quedaron inconclusas, son ejemplo de ello. *El proceso* fue publicada un año después de su muerte. *El castillo*, en 1926 y *El desaparecido*, que también se conoce como *América* (este título se le atribuye a Max Brod), o también como *El fogonero*, vio la luz en 1927.

Con posterioridad a esos años se fueron publicando una serie de relatos y aforismos que han ido agrupándose en diferentes colecciones por diversas editoriales. La obra de Kafka no podría considerarse integral sin su correspondencia y sus impresionantes diarios.

Las cartas fueron públicamente conocidas hasta los años cincuenta del siglo pasado, por ejemplo, la famosa *Carta al padre* lo fue en 1952, también en ese año se publicaron las *Cartas a Milena*. Por su parte, las *Cartas a Felice* se conocieron hasta 1967 y las *Cartas a Max Brod* en 1989. En 1937 Brod publicó algunos fragmentos de los diarios, siendo hasta 1950 cuando se conoció una edición pretendidamente completa.¹⁷ Asimismo, en 1954 Max Brod publicó la primera edición de los *Cuadernos en Octavo*, una serie de reflexiones escritas por Kafka entre 1917 y 1919 que propiamente no formaban parte de sus diarios.

¹⁷ Véase Kafka, Franz, *Diarios, Op. cit.*, Nota 11, p. 17

En el capítulo siguiente abundaré sobre el contenido del material objeto de litigio en Israel, es decir, sobre qué es lo que hubo de obra de Kafka en disputa y que hasta hace muy poco tiempo no había sido publicada.

4. Influencia de Franz Kafka en otras obras

La obra completa de Kafka no tiene comparación. Si bien se dice que pudo haber sido salpicada de algunas influencias como las de Gustav Meyrink, Fiodor Dostoievski¹⁸, Charles Dickens, o Gustave Flaubert, la originalidad de su escritura representa un parteaguas en la Literatura mundial¹⁹, tanto por su fuerza imaginativa como por su magnífica prosa.²⁰ No se esperaría menos de un hombre que trabajaba en su escritura durante noches enteras poniendo a la Literatura como el centro de su existencia, al punto de después convertirse él mismo en un adjetivo (*kafkaesque/kafkiano*) y en una influencia inevitable para los artistas del siglo XX y XXI. Baste decir que tan solo el expresionismo alemán sería incomprendible sin la influencia de Kafka.

¹⁸ No deja de ser interesante el trabajo del investigador colombiano Guillermo Sánchez Trujillo quien en *El enigma de los manuscritos; desciframiento de El proceso de Franz Kafka* afirma que la novela de Kafka se centra en la segunda parte de *Crimen y castigo*, proponiendo para tal efecto una serie de gráficos apoyados en métodos matemáticos y estadísticos que presumen que el proceso creativo del checo está basado en la obra del autor ruso. Véase Sánchez Trujillo, Guillermo, *El enigma de los manuscritos - Desciframiento de El proceso de Franz Kafka* -, Medellín, s.e., 2009,

http://www.ignaciодarnaude.com/textos_diversos/Kafka,El%20enigma%20de%20los%20manuscritos,G.S.Trujillo.pdf, consultado el 8 de agosto de 2022

¹⁹ “Kafka estableció para siempre su concepción de la literatura; y su idea de la inspiración poética, la más grandiosa después de Platón y de Goethe. Estaba seguro de que en alguna parte había un «poder supremo» que se servía de su mano. No importaba quien fuese: si un dios desconocido, o el diablo, o los demonios, o simplemente el mar de tinieblas que llevaba dentro de sí, y que él advertía como una fuerza sumamente objetiva. Él debía obedecerlo, seguir sus indicaciones, abrirse a su palabra; y transformar su propia vida, su propia mente, su propio cuerpo en un instrumento <<claramente elaborado>> para segregar literatura, como habían hecho los grandes escritores que él admiraba.” Citati, Pietro, *Op. cit.*, Nota 5, p. 62

²⁰ “Una eflorescencia irreal de imágenes que nacen más de la fantasía sobreexcitada que de la mente, hasta que la extenuada estilización de un gesto acaba de golpe con ella.” *Ibidem*, p. 18

El poder de su escritura es evidente, aunque también está dotada de cierta dificultad gramatical. Las largas frases subordinadas que dependen de una sola oración principal implican un reto para sus traductores.²¹

Puede decirse que Kafka, al igual que Tolstói²² representa el arquetipo del escritor por antonomasia, es decir, el que escribe simplemente porque sí, porque la Literatura ha anidado en su interior y debe volcarse con posterioridad en el papel, sin importarles lo que después suceda con su obra en términos de recepción o de publicación. Sin embargo, es innegable la influencia que su trabajo ha dejado a lo largo del tiempo en otros escritores.

No se pierda de vista la sombra de Kafka detrás del existencialismo representado por Albert Camus en obras como *El extranjero* y por Jean-Paul Sartre en *La náusea*. En las *Ficciones* de Borges, quien también tradujo al español *La metamorfosis*. En *El lobo estepario* de Herman Hesse. En *Naked lunch* de William Burroughs. La lista de escritores que han abrevado de su trabajo literario podría ser mucho mayor.

Algunas obras de Franz Kafka han sido llevadas al cine de la mano de reconocidos directores. Filmes que destacan son *Le procès* (El proceso, Orson Welles, 1962); *Das Schloß* (El castillo, Rudolph Noelte, 1968); *The Trial* (El proceso, David Jones, 1993); *Das Schloß* (El castillo, Michel Haneke, 1996); *Prevrashchenie* (La metamorfosis, Valeri Fokin, 2002), así como los cortometrajes *Kafka Inaka Isha* (Un médico rural, Koji Yamamura, 2007) e *In the penal colony* (En la colonia penitenciaria, Forrest Rice, 2013). En 1991, Steven Soderbergh dirigió *Kafka*, una

²¹ “A parte de la posible dificultad técnica de la traducción —que puede solucionarse con un trabajo paciente—, el traductor se encuentra ante la siguiente disyuntiva: o traducir directamente, literalmente respetando al máximo la prosa kafkiana, con toda la dificultad de lectura que ello entraña, o, por el contrario dulcificar, pulir, suavizar la traducción, facilitando la tarea del lector.” Santo Tomás Colmenarejo, José María, “Nota del traductor” en Kafka Franz, *Obras Selectas*, *Op. cit.*, Nota 7, p. 71

²² “Tolstói quien por momentos se notaba asediado por terceros en cuanto a la publicación y venta de sus obras, envió a los periódicos una carta en la que declaraba conceder a todo el que quisiera “el derecho a publicar gratuitamente en Rusia y en el extranjero, en ruso o en traducción” todas las obras escritas después del año 1881, así como las “obras que puedan aparecer a partir de hoy”. La carta se publicó el 19 de septiembre de 1891 en *Las novedades rusas*, y posteriormente en todos los diarios y revistas.” Tolstói, Lev, *Diarios (1847-1894)*, Traducción de Selma Ancira, Barcelona, Acantilado, 2011, p.p. 479 y 480

película de corte biográfico combinada con fragmentos de obras que recibió críticas favorables.

Pero no solo hay versiones filmicas de la obra del checo, sino también videoseries o películas reflejadas en su obra, en los entornos narrativos creados por él, o en los motivos que abundan en su trabajo, donde se pueden encontrar sueños dentro de sueños, escenas absurdas o no necesariamente lineales, la presencia de insectos, espacios lúgubres, juegos entre lo real y lo fantástico, pesadillas interminables, personajes injustamente acusados o arrestados por la autoridad, y una constante presencia de la laberíntica burocracia; ejemplo de ellos son *Inland Empire* de David Lynch, o su deslumbrante serie *Twin Peaks* de los años noventa del siglo pasado. También se reflejan en situaciones kafkianas otros filmes como *Alien* (Ridley Scott, 1979), *Videodrome* (David Cronenberg, 1983), *Brazil* (Terry Gilliam, 1985), o *Shadows and Fog* (Woody Allen, 1991).

El teatro tampoco ha sido ajeno al encanto de Kafka. Algunas obras de dramaturgia han sido puestas en escena, tales como *La segunda vida de Kafka* (Milán Richter, 2007); *Le gorille* (Alejandro Jodorowsky, 2009), inspirada en *Informe para una academia*, o *H & K* (Silvia Peláez, 2011).

Más allá de su impacto en otro tipo de creadores de arte, lo cual no es nada menor, hay que seguir leyendo a Kafka en el siglo XXI, al hacerlo se navega por su mente, por aquello que lo atormentaba y por los actos que le repugnaban de sí mismo y de los demás. En gran parte de lo que describe se representa lo absurdo, lo surreal u onírico porque es apenas una representación de lo que él sentía respecto a su mundo. Tal vez por esa razón ordenó quemar sus escritos, él sabía que leer sus narraciones era exponer su alma entera con sus deformaciones y pensamientos, deseos frustrados y heridas. Lo que tal vez no intuyó era que como él hay otros tantos que sufren en silencio el peso de su malestar inconsciente, de sus malas decisiones y de no hallar satisfacción de eso que llamamos realidad. Tal vez en ese momento no sabía que él les daría palabras para entenderse a si mismos.

5. El rol de Max Brod

Desde muy joven, Franz Kafka entabló una profunda amistad con otro escritor y filósofo de origen judío llamado Max Brod. El vínculo generado entre ambos se fortaleció con el tiempo²³ y duraría hasta después de la muerte de Kafka. Brod fue sin duda, el primero en reconocer la grandeza de la escritura de Kafka, al punto de convertirse en el mayor impulsor de su trabajo literario.²⁴

Una de las circunstancias más relevantes con relación a la obra de Kafka tiene que ver con su deseo de que sus manuscritos fueran destruidos para evitar con ello su publicación después de su muerte. Evidencia de esto se encuentra en un par de notas dirigidas a Max Brod. La primera data de 1921²⁵ y la segunda del 29 de noviembre de 1922²⁶ en la que se refería especialmente a manuscritos, cartas y publicaciones en revistas. Sin embargo, tales comunicaciones llegaron a manos de Brod, sólo hasta que éste las descubrió posterior a la muerte de Kafka.

Fue así que con el paso del tiempo y adjudicándose el papel de “albacea literario”²⁷, se dio a la tarea de recopilar todo material inédito ayudándose de familiares de

²³ “...por un breve tiempo (*Kafka*) pensó incluso en abrir un nuevo cuaderno, *privado*, que pensaba dedicar exclusivamente a su relación con Brod.” Stach, Reiner, *Op. cit.*, Nota 2, p. 783

²⁴ “Sin inmutarse, y desprovisto de cualquier tipo de envidia, Brod intercedió a favor de Kafka ante editores y editoriales. Sirvió de enlace entre Kafka y la revista *Hyperion*, publicada por Franz Blei, en la que aparecería por vez primera publicada la firma de Kafka. Brod escribía a Martin Buber en 1916: «Si usted tan solo conociera sus profundas aunque lamentables inacabadas novelas, que a veces me lee a horas intempestivas. ¡Qué no haría yo para forzarlo a ser más activo!».” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 37

²⁵ “Quema sin leerlos absolutamente todos los manuscritos, cartas propias y ajenas, dibujos, etcétera, que se encuentren en mi legado (es decir, en cajas de libros, roperos, escritorios de casa y de la oficina, o cualquier otro sitio donde pueda encontrarse algo y te llame la atención), así como todos los escritos o dibujos que tú u otros, a los que debes pedírselo en mi nombre, tengan en su poder. Deben al menos comprometerse a quemar en persona las cartas que no quieran entregarte.” Millares, Kathya, “El kafkacaso”, *Nexos*, diciembre 2019, <https://www.nexos.com.mx/?p=45992>, consultado el 9 de marzo de 2021

²⁶ “—todo eso *sin excepción y de preferencia sin ser leído* (no te prohíbo a ti que lo veas, aunque preferiría que no lo hicieras, pero no debe verlos ninguna otra persona)— todo esto ha de ser quemado sin excepción alguna y te ruego que lo hagas lo más pronto posible.” *Ídem*

²⁷ En estricto sentido, la figura de albacea literario no está reconocida en las leyes. Además, hay que tomar en cuenta que un albacea termina por convertirse en administrador que debe velar por los intereses del *De cujus* sobre su herencia o legado, lo cual en este caso no debía ocurrir, dado que Kafka optó por la destrucción de sus papeles y no por su herencia o legado.

Kafka y de Dora Diamant²⁸, quienes también tenían manuscritos en su poder. Pero su intervención no se limitó a llevar a cabo el rescate de la obra, sino que paulatinamente fue publicando algunas como *El proceso* en 1925, *El castillo* en 1926, *América* en 1927, *Durante la construcción de la muralla china* en 1931 y *Obras completas* en 1935.

Al momento en que los nazis entraron en Praga, Brod reunió sus propios manuscritos y los de Kafka en una maleta, después huyó con ella rumbo a Palestina instalándose en Tel Aviv junto a su esposa, Elsa Taussig, desde donde continuó editando las obras póstumas de su amigo. Luego de la muerte de su esposa en 1942, Brod encontró apoyo en su secretaria Esther Hoffe para continuar con el empeño de tales publicaciones hasta conseguir que los *Diarios* de Kafka vieran luz en 1950. Derivado de la guerra de Suez, Brod tuvo que depositar los manuscritos de *El proceso*, *El castillo* y *América*, en cajas fuertes de un banco suizo. Después entregó en donación los manuscritos de *El castillo* y *América* a la Universidad de Oxford.

Siete años antes de su muerte, Max Brod redactó su testamento, en el cual dispuso que Esther Hoffe continuaría con su trabajo encargándole que los manuscritos los entregara a alguna de estas instituciones: la Universidad Hebrea de Jerusalén, la Biblioteca de Tel Aviv o alguna otra parecida en Israel o en el exterior. “Ese mismo año, hijos de las tres hermanas de Kafka —Elli, Valli y Ottla— entregaron en depósito a la Biblioteca Bodleiana de la Universidad de Oxford manuscritos que sirvieron para la primera edición crítica de la obra de Kafka hecha bajo su sello.”²⁹

Max Brod murió el 20 de diciembre de 1968, dejando así todo el material en poder de Esther Hoffe. Mucho se ha criticado el rol que jugó en todo esto, al haber sido puesto ante una disyuntiva que finalmente lo llevó a publicar la obra de Kafka. Se dice que en una crítica Walter Benjamin lo consideró moralmente hipócrita

²⁸ Actriz polaca y última pareja de Franz Kafka.

²⁹ Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

señalando que Kafka no hubiera tenido amigos como Brod.³⁰ Más allá de los comentarios, Brod argumentó que él mismo hizo saber en vida a Kafka que no cumpliría con sus órdenes.³¹ En otro momento llegó a señalar que esa instrucción era consecuencia de una depresión temporal y que aún en el lecho de muerte su amigo continuó corrigiendo un cuento, por lo que para él era evidente que no tenía intenciones de ocultar su trabajo.³²

Otro punto a considerar más allá de la liberación de las obras póstumas de Kafka por parte Brod es su posible intervención en la modificación de ciertos textos.³³ Se sabe que *El proceso*, *El castillo* y particularmente *América*, eran a juicio de Kafka obras inacabadas, en tanto que su publicación implicó un ejercicio de orden (o desorden, según se vea) por el propio Brod o incluso hasta por los editores involucrados. ¿Qué tanto de lo que conocemos ahora de Kafka lleva la impronta de Brod?, ¿En cuánto modificó, construyó, alteró o mejoró la obra del autor? ¿Incurrió en infracciones a la propiedad intelectual de su amigo? ¿Se podría hablar de que tales ajustes son permitidos por el sistema de propiedad intelectual a la luz de un interés público? Estas preguntas y otras más las analizaré de la mano del sistema internacional del Derecho de Autor en el capítulo tercero. Lo cierto es que, a pesar de las implicaciones jurídicas que pudieran traducirse en posibles infracciones, no puede negarse que gracias a Brod, el mundo pudo leer la obra Franz Kafka.

³⁰ Véase Bornstein, Sagi (director), *Kafka's last story* (documental), udiVsagi Production, 2011, <https://www.youtube.com/watch?v=A3N1s4VUwXk>, consultado el 28 de octubre de 2022

³¹ Lo cual, para efectos de un análisis jurídico, resulta tan insuficiente como las propias instrucciones de Kafka.

³² “Siempre me han preguntado por qué no cumplí su deseo. En primer lugar, no fue una petición formal. En segundo lugar, le dije una y otra vez: ‘Si piensas que voy a destruir tus cosas, estás equivocado’. En tercer lugar, el año antes él mismo entregó cuatro relatos para que fueran publicados e, incluso en su lecho de muerte, corrigió sus primeras páginas. Yo terminé el trabajo pero las primeras hojas, que están en mi poder las corrigió personalmente. En mi opinión, esa petición es la consecuencia de una depresión temporal y no debe ser considerada su último deseo y su última voluntad.” Bornstein, Sagi, *Op. cit.*, Nota 30

³³ Al referirse a *El Proceso*, Tina de Alarcón señala: “Como se sabe, Kafka estaba muy enfermo en junio de 1920, cuando confió a Brod el manuscrito. Éste no había sido revisado. Había faltas ortográficas, los capítulos estaban en desorden, algunos inconclusos. Como Kafka le había leído gran parte de la obra, Brod pudo ordenar los capítulos de manera coherente, subsanando algunas imperfecciones menores.” De Alarcón, Tina, *Op. cit.*, Nota 7, p. 175

Capítulo II

RECUENTO DE LA DISPUTA POR LOS MANUSCRITOS DE FRANZ KAFKA

1. Consideración previa

Las notas mediante las cuales Franz Kafka sugirió a Max Brod la destrucción de sus manuscritos datan de 1921 y 1922. No obstante, se podría ubicar a 1973³⁴ como el año de inicio de la disputa por ellos. Se trata de un conflicto que duró más de cuarenta años y que actualmente sigue dando de qué hablar, de ahí que en este capítulo me limitaré a plantear una descripción sucinta del caso donde pondré énfasis en las partes involucradas con sus pretensiones, y en los hechos más relevantes, hasta llegar a un juicio y a su consecuente sentencia emitida por un tribunal israelí, elementos que me permitirán analizar el caso a la luz del Derecho de Autor en los capítulos tercero y cuarto.

No obstante lo anterior, es importante advertir un par de detalles que pudieran impactar en la revisión del caso, pero que no impiden llevar a cabo un análisis íntegro: por un lado, esta disputa será descrita sin haber tenido acceso a documentos jurídicos tales como testamentos, acuerdos, actuaciones judiciales o sus correspondientes traducciones al español; sin embargo, el contenido de estos se infiere y comprende con facilidad a partir de las diversas fuentes de información consultadas.

Por otra parte, no hay que perder de vista que la resolución definitiva del caso se insertó dentro del marco jurídico israelí, el cual forma parte de un sistema mixto que integra componentes religiosos hebreos y musulmanes, lo cual dista mucho

³⁴ “En 1973 el Archivo del Estado de Israel tuvo noticias de una venta privada en Alemania de al menos veintidós cartas y diez postales de Kafka dirigidas a Brod. Las evidencias apuntaban a Hoffe y las sospechas se confirmaron cuando fue detenida el siguiente año en el aeropuerto de Tel Aviv, con un puñado de cartas de Kafka y ejemplares de los diarios de Brod. No pudo viajar a Suiza con el botín literario —desde 1955 la Ley de Archivos prohibía sacar del país material de interés cultural sin haberlo registrado y copiado— y las autoridades le pidieron que les dejara hacer un catálogo de lo que ella decía que era su colección privada. Los archivistas sospechaban que había más documentos de los que les mostró y además advirtieron descuido en su conservación.” Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

de la tradición jurídica civilista o latina, cuyas instituciones y formas de resolver conflictos podrían no coincidir del todo.

Mucho fue lo que durante años se especuló sobre el posible contenido del material conservado por Max Brod si se toma en consideración el arsenal de obras previamente publicado desde 1925, y también que algunos de los papeles de Kafka fueron vendidos, o se fueron dispersando a lo largo de décadas. Durante el tiempo que duró la disputa por el material se habló de que éste constaba de un archivo de papeles de Kafka y de Brod guardados en cinco cajas de un banco, entre los cuales se podrían encontrar cartas, fragmentos de diarios, dibujos y el manuscrito de otra novela inconclusa de Kafka.³⁵ Al final del recuento indicaré cuál era el material efectivamente disputado y su forma de consulta actual.

2. Partes involucradas y sus pretensiones

Si bien, la cadena de transmisión de manuscritos tiene su origen entre Franz Kafka y Max Brod, y posteriormente entre éste y Esther Hoffé, aquí me enfocaré en señalar a las personas o instituciones que terminaron por involucrarse en el litigio que concluyó ante el tribunal israelí, así como también expongo de manera sintetizada los argumentos que a su juicio los haría merecedores de poseer tan preciados documentos.

³⁵ “¿Cuál es el contenido del patrimonio? Nurit Pagi está escribiendo una tesis doctoral sobre el legado del agente literario checo. "Brod", explica a este diario, "era un escritor obsesivo. Siempre escribió un diario, por lo que supongo que en ese archivo se pueden hallar los diarios que comenzó al menos desde 1939, el año en que emigró a Palestina, si no antes. Podremos encontrar correspondencia de personalidades bien conocidas de la cultura de su época y notas sobre sus proyectos nunca realizados. Estoy segura de que en la maleta que se llevó desde Praga conservó dibujos de Kafka, sus trabajos literarios originales, cartas y quizá esquemas preliminares de sus futuras novelas... Ulrich von Bülow, jefe de departamento del Archivo de Literatura Alemana de Marbach, señala que es posible que también haya fotografías del escritor checo. Y debe de estar, según cuenta en conversación telefónica, el manuscrito de una de las novelas inacabadas de Kafka, *Preparativos de una boda en el campo*." Muñoz, Juan Miguel y Elola, Joseba, “Este culebrón es puro Kafka”, *El País*, Domingo, 15 de noviembre de 2009, https://elpais.com/diario/2009/11/15/domingo/1258260759_850215.html, consultado el 2 de agosto de 2021

2.1. Esther Hoffe (8 de mayo de 1906-2 de septiembre de 2007)

Durante muchos años fue secretaria de Max Brod, con quien colaboró a publicar paulatinamente la obra de Franz Kafka, al punto de sucederlo en el cuidado y control de los manuscritos.³⁶ Se dice que, entre otras cosas, fue la encargada de cotejar las pruebas de imprenta con textos originales previo a su publicación. Hoffe recibió de Brod una gran cantidad de material inédito de ambos escritores.

Luego de la muerte de Brod en 1968, ella comenzó a vender algunos de los manuscritos, entre ellos los originales de *El proceso*. En 1973, Israel la llevó a juicio para reclamar la posesión de los papeles de Kafka. Un año después, el juez Yitzhak Shilo del Tribunal de Distrito de Tel Aviv resolvió que el testamento de Max Brod: “permite a la señora Hoffe hacer con su herencia lo que le plazca durante su vida”.³⁷ En su testamento ella estableció que: *“Los borradores, las cartas y los dibujos de Kafka que me fueron donados por Max Brod los cedí a mis dos hijas en porciones iguales. Los libros de Kafka de la biblioteca de Brod permanecen en posesión de mis dos hijas. Cada una de mis hijas y mis nietas tienen derecho a recibir 40 cartas del legado de Brod”*.³⁸

2.2 Eva Hoffe (30 de abril de 1934-4 de agosto de 2018) y Ruth Hoffe (¿?- mayo-2012)

Hijas y herederas de Esther Hoffe. Fueron las poseedoras de los manuscritos tanto de Kafka como de Brod.

³⁶ “Max Brod redactó en 1961 su testamento y en él establecía que Esther Hoffe se encargaría de los trámites necesarios para entregar su legado a una institución que lo resguardara con esmero. Mencionó a la Universidad Hebrea de Jerusalén, la Biblioteca de Tel Aviv o alguna otra parecida en Israel o en el exterior. Ese mismo año, hijos de las tres hermanas de Kafka —Elli, Valli y Ottla— entregaron en depósito a la Biblioteca Bodleiana de la Universidad de Oxford manuscritos que sirvieron para la primera edición crítica de la obra de Kafka hecha bajo su sello.” Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

³⁷ Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 18

³⁸ Muñoz, Juan Miguel y Elola, Joseba, *Op. cit.*, Nota 35

En 2007, año de la muerte de su madre, intentaron legalizar su testamento ante el Registro Israelí de Herencias³⁹, pero no lo lograron toda vez que la Biblioteca Nacional de Israel intervino para objetarlo ante el Tribunal Familiar de Tel Aviv, iniciándose así el juicio que concluyó hasta 2016. Las Hoffe defendieron la validez tanto del testamento de Max Brod como el de Esther Hoffe, lo que a su criterio les otorgaba el derecho de propiedad sobre los manuscritos de Kafka, por lo que consecuentemente podrían decidir sobre su destino.

Sus argumentos bien podrían resumirse en esta frase de Eva Hoffe: “A alguien que recibe un Picasso como herencia y quiere venderlo, ¿se le prohíbe hacerlo solo porque no conoció a Picasso?”⁴⁰

2.3 Biblioteca Nacional de Israel

La Biblioteca Nacional de Israel es la biblioteca del pueblo judío⁴¹ y posee en su acervo una gran cantidad de archivos de escritores que fueron amigos de Kafka, como Samuel Hugo Bergmann, Felix Weltsch, Friedrich Thieberger y Oskar Baum —poeta, especialmente cercano a Kafka y a Brod—. También se encuentran archivos de escritores como Martin Buber, Anna María Jokl, Ludwig Strauss, Gerome Scholem y Elese Lasker-Schüler. Asimismo, hay entre sus estantes documentos de escritores judíos que escribieron en alemán, pero que no vivieron

³⁹ “Según la Ley de Sucesión de Israel de 1965, uno solo puede ejecutar un testamento mediante la obtención de una «orden de legalización» del Registro Israelí de Herencias. La petición de esa orden incluye una declaración jurada firmada por el solicitante y verificada por un notario, un certificado de defunción original, el testamento original y notificaciones a otros herederos o beneficiarios de la orden de legalización (Israel no tiene impuesto de sucesión para sus residentes). A fin de permitir que se pongan objeciones a la ejecución del testamento, las órdenes de legalización se publican, habitualmente en forma de anuncios en los diarios. El registro proporciona una copia de la petición al administrador general del Ministerio de Justicia, quien tiene la posibilidad de intervenir si lo que hay en juego es un asunto de interés público. Una vez obtenida, una orden de legalización tiene el mismo peso legal que un veredicto de tribunales.” Balin, Benjamin. *Op. cit.*, Nota 4, p. 41

⁴⁰ Frase extraída de *Ibidem*, p. 207

⁴¹ “Al menos así lo pretende hacer valer la institución para obtener ventaja en su favor. Sin duda, más de alguno ha criticado esta postura, tal como lo hace Judith Butler: “Este reclamo, de por sí controversial (ya que oblitera otros modos de pertenencia o, también, no-pertenencia), lo es aún más cuando comprendemos que el caso legal descansa en la presunción de que el Estado de Israel representa al pueblo judío...Por ello, la aserción de que Israel representa al pueblo judío niega la gran cantidad de judíos fuera de Israel que no son representados por, él legal o políticamente, pero también los palestinos y otros ciudadanos no-judíos de ese Estado.” Butler, Judit, *¿A quién le pertenece Kafka?*, Santiago de Chile, Palinodia, 2014, p. 9

en Israel —tal es el caso de Kafka—, entre ellos están Leopold Zunz, Stefan Zweig y Albert Ehrentein.⁴²

Luego de la muerte de Max Brod en 1968, la Biblioteca se puso en contacto con Esther Hoffe para manifestarle su interés por conservar y cuidar el legado de Brod y los papeles de Kafka. Para ello, propuso entrar en una serie de negociaciones⁴³ que nunca llegaron a concretarse debido a la rotunda oposición de Hoffe. Luego de fracasar en su intento negociador, en 2007, Meir Heller, abogado de la Biblioteca acudió al Tribunal Familiar de Tel Aviv para objetar la ejecución del testamento de Esther Hoffe, que había sido solicitado por sus hijas.

El principal reclamo de la biblioteca estuvo basado en la interpretación de los deseos de Brod plasmados en su testamento.⁴⁴ En su defensa se alegó que Esther Hoffe había sido designada por Brod para ejecutar la voluntad de éste, pero que eso no la convertía en legataria de los documentos, lo cual le impedía especular con ellos, ni tampoco pasarlos a la propiedad de sus hijas.

De acuerdo al testamento, “Brod pedía que su herencia literaria fuera cedida, a discreción de Esther, <<a la biblioteca de la Universidad Hebrea de Jerusalén [posteriormente rebautizada como Biblioteca Nacional de Israel], la Biblioteca Municipal de Tel Aviv o cualquier otro archivo público en Israel o el extranjero>>”.⁴⁵ En ese sentido, el testamento de Esther Hoffe no debía ser ejecutado, dado que al hacerlo, se traicionaría la intención original de Brod, cuyos papeles debían volver a su herencia sin compensación alguna para Eva Hoffe.

⁴² Véase la lista de archivos en el sitio web oficial: “Archives”, *The National Library of Israel*, <https://www.nli.org.il/en/discover/archives/archives-list>

⁴³ “A cambio del legado de Brod y los manuscritos de Kafka, se comprometió a financiar investigaciones académicas acerca de Brod, a montar una exposición para celebrar el nacimiento de Brod, en 1983, y a albergar un simposio internacional sobre su obra. Pero Hoffe no cooperó.” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 44

⁴⁴ “El periodista Ofer Oderet intenta explicar la posición de la parte israelí: “La Biblioteca Nacional considera que Brod era judío y sionista, y que si no hubiera emigrado a Israel habría sido trasladado a Auschwitz. Es un escritor judío que escapó del Holocausto, por eso lo consideran parte de la cultura judía. En su opinión, no es un escritor alemán, sino israelí. Éste es un argumento moral, no legal. La Biblioteca también estima que Brod designó en primer lugar Jerusalén como destino de la obra de Kafka; después, Tel Aviv, y en tercer lugar, un archivo público en el extranjero, y alega que es ilegal traficar con documentos de gran significado para el pueblo judío o el Estado de Israel.” Muñoz, Juan Miguel y Elola, Joseba. *Op. cit.*, Nota 35

⁴⁵ Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 43

La Biblioteca hizo valer durante el juicio otra serie de argumentos a favor de arrebatarse el legado de Brod a Eva Hoffe, entre otros, señalaron que poco tiempo antes de morir Brod había acudido a la biblioteca a fin de dar cuenta de detalles técnicos relacionados a la adecuada gestión del archivo, lo cual hacía evidente su intención de depositar sus papeles en esa institución, justo donde se encontraban resguardados los documentos de tantos amigos suyos.

Por otra parte, argumentaron que las Hoffe nunca supieron dar adecuado tratamiento a los manuscritos de Kafka y de Brod, los cuales estaban constantemente expuestos a maltrato, dado que algunos los tenían apilados en el departamento de Esther donde abundaban los gatos.

2.4 Archivo de Literatura Alemana de Marbach

En el sitio web del Archivo de Literatura Alemana de Marbach⁴⁶ se lee que se trata de una de las instituciones literarias más importantes del mundo. Fue fundado en 1955 y en sus archivos se encuentran fuentes históricas y literarias que datan desde 1750. Su biblioteca es la colección especial más grande de literatura alemana moderna y comprende alrededor de un millón volúmenes, además de más de 160 bibliotecas de autores y coleccionistas. La institución coordina dos museos, el Museo Nacional Schiller y el Museo de Literatura Moderna donde se albergan manuscritos, libros, fotografías y objetos del Archivo de Literatura Alemana.

El Archivo también tuvo acercamiento con las Hoffe con la finalidad de negociar la compraventa del material de Brod y de Kafka.⁴⁷ Tal como sucedió con la Biblioteca

⁴⁶ Deutsches Literatur Archiv Marbach, <https://www.dla-marbach.de/>

⁴⁷ “Conforme la tensión aumentaba, Ulrich Raulff, director del archivo de Marbach, escribió una carta a Eva Hoffe dando fe de que su madre Esther había «expresado su intención en numerosas ocasiones de enviar la herencia de Max Brod a Marbach». Elogiando las «instalaciones de última tecnología para almacenamiento y archivo profesional» y sus especialistas en conservación, restauración, desacidificación y digitalización, Raulff deseaba añadir los manuscritos de Kafka a los legados de más de 1.400 escritores que el archivo de Marbach ya poseía en instalaciones de almacenamiento mantenidos a una temperatura constante de 18-19 °C y a una humedad relativa

Nacional de Israel, el Archivo Marbach supo adentrarse en el juicio a través de la contratación del abogado Sa'ar Pliner, especialista en Derecho Intelectual. Sin embargo, a diferencia de la Biblioteca, los alemanes no reclamaron la posesión legal del archivo de Kafka y de Brod, lo que ellos buscaban era que se les otorgase el derecho de pujar por ellos una vez que las Hoffe estuvieran en posibilidad de subastarlos, en caso de que salieran victoriosas en la disputa.

Al igual que los israelíes, el Archivo Marbach exhibió en el tribunal una declaración de su director de manuscritos, Ulrich von Bülow, en la que señaló que en los años sesenta Max Brod visitó el Archivo y declaró su deseo de que sus manuscritos se conservasen ahí. Tanto para El Archivo como para las Hoffe, se trataba de material de propiedad privada que nada tenía por qué ventilarse a los intereses del Estado de Israel.

3. Recuento de la disputa. El juicio en Israel

En 1974 Esther Hoffe fue detenida en el aeropuerto de Tel Aviv cuando se disponía a viajar a Suiza llevando consigo manuscritos de Kafka y de Max Brod. Hasta entonces, se había mantenido renuente a permitir que la autoridad elaborara un catálogo del material con base en la Ley de Archivos vigente en aquel tiempo.⁴⁸

Fue a partir de ese momento cuando las cosas fueron complicándose para quien tenía en posesión un considerable volumen de textos de ambos escritores ya que se sospechaba que a lo largo del tiempo había sido responsable de diseminar sus respectivas obras sin permitir que los estudiosos de sus letras tuvieran acceso a ellas. Desde aquel tiempo los reflectores de investigadores, bibliotecas,

de 50-55 por ciento...Raulff añadía que Marbach ya alojaba una de las mayores colecciones de manuscritos de Kafka, tan solo por detrás de Oxford." Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 50.

⁴⁸ Además de la relevancia cultural que la autoridad atribuyó a los manuscritos, consideraba que era importante catalogarlos en virtud de cierto deterioro que ya presentaban. Asimismo, tiempo después se hizo del conocimiento público que Esther Hoffe había firmado un contrato con la editorial suiza Artemis & Winkler que involucraba la publicación de los diarios de Brod y que a pesar de haber recibido un anticipo no llegó a entregar los manuscritos.

coleccionistas, museos y periodistas apuntaron hacia ella, aún hasta su muerte en 2007.

Como se indicó con anterioridad, fueron sus hijas Eva y Ruth quienes tomaron la estafeta del conflicto, ya que al pretender hacer efectivo el testamento de su madre ante el Registro Israelí de Herencias recibieron a cambio la demanda de la Biblioteca Nacional de Israel oponiéndose bajo el argumento de que antes del testamento de Esther Hoffe estaba el de Max Brod y que este no las designaba como legatarias de los manuscritos, siendo por lo contrario la voluntad del amigo de Kafka que el material quedara en manos de una institución de entre las cuales se sugería la propia Biblioteca Nacional de Israel, denominada Universidad Hebrea de Jerusalén en tiempos de Brod.

Ya para 2009 se sumó al litigio el Archivo de Literatura Alemana de Marbach, el cual buscaba que una vez que las Hoffe tuvieran la propiedad definitiva de los manuscritos pujaría por ellos fundamentalmente para acrecentar su arsenal de obras de autores en lengua alemana.

No obstante esto, también debía defenderse del reclamo del director de la Biblioteca Nacional de Israel, quien argumentó que esta institución poseía ilegalmente el manuscrito de *El proceso* de Kafka el cual fue adquirido en una subasta en 1988 por el coleccionista Heribert Tenschert quien tiempo después optó por donarlo al Archivo de Literatura Alemana de Marbach.⁴⁹ Las autoridades israelíes basaron su reclamo indicando que con la subasta se había contravenido la ley nacional que prohibía extraer bienes culturales del país.

⁴⁹ “A principios de noviembre de 1988 Sotheby’s anunció que el día 17 de ese mes subastaría en Londres el original de *El proceso*. Sí, aquel que había conservado Max Brod. El manuscrito se expuso primero en Nueva York para que los interesados pudieran apreciar las 316 páginas escritas con tinta en tonos azul y violeta. La puja duró sólo 60 segundos. El bibliófilo alemán Heribert Tenschert pagó 2 millones de dólares, cifra récord para una obra literaria escrita en el siglo XX. Tenschert cedió el manuscrito al Archivo de Literatura Alemana de Marbach, uno de los más importantes de Europa central, sin saber que estaba obsequiándoles una manzana podrida.” En Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

El juicio continuó en marcha entre argumentos y presentación de pruebas de cada parte. La Biblioteca Nacional de Israel y el Archivo de Literatura Alemana tuvieron acercamientos por cuenta propia. Los alemanes se comprometieron a acatar el fallo que llegara a emitirse⁵⁰, en tanto que el director de la Biblioteca reconoció que el Archivo debía ser compensado por la adquisición del manuscrito de *El proceso*, la cual derivaba de una subasta ilegal.

Al margen de las actuaciones judiciales, entre el 2009 y 2010 las hermanas Hoffe denunciaron haber sido víctimas de allanamiento y robo en su departamento de Tel Aviv al menos en tres ocasiones, de donde pudieron haberse extraído algunos documentos objeto de la disputa.

Entre todo esto, un tribunal de Tel Aviv congeló sus cuentas bancarias “y ordenó la entrega de las llaves de cinco cajas fuertes⁵¹ en donde podrían estar documentos de Brod y Kafka.”⁵² Estas cajas fueron abiertas hasta el 19 de julio de 2010; de su contenido pudieron reconocerse algunos documentos y dibujos de Kafka. La profesora experta en Literatura e Historia judías Itta Shedletzky⁵³, de la Universidad Hebrea, fue comisionada para elaborar el inventario.

Por si esto fuera poco, en abril de 2011, los herederos de Kafka, anunciaron que pondrían en subasta un conjunto de 45 cartas y 66 postales que el escritor envió a su hermana menor Ottila quien fue asesinada en el campo de concentración de Auschwitz en 1943. Este material había sido resguardado por Vera y Helene, hijas de Ottila y tiempo después formó a pasar parte del acervo que tenía en préstamo la Biblioteca Bodleiana de Oxford. Finalmente, la subasta no se realizó, evitándose así que la obra se siguiera dispersando; en cambio, el material fue adquirido en

⁵⁰ “No obstante, “En noviembre de 2009, Raulff detalló al periódico *El País* que no iban a devolver el original de *El proceso*, que las hermanas estaban dispuestas a venderle al archivo los papeles y que ellos estarían dispuestos a entregar copias a la Biblioteca Nacional de Israel.” *Ídem*

⁵¹ Estas cajas estaban en el USB de Zúrich.

⁵² Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

⁵³ IVRY, Benjamin, “Who is Itta Shedletsky, ‘Kafa Specialist’?”, *Forward*, 10 de julio de 2010, <https://forward.com/schmooze/129435/who-is-itta-shedletzky-kafa-specialist/>, consultado el 1 de marzo de 2022

partes iguales por la Biblioteca Bodleiana y el Archivo de Literatura Alemana.⁵⁴ A este material se añadieron cartas de Dora Diamant, última pareja de Kafka y de Robert Klopstock, su amigo y médico.

4. Sentencia del tribunal israelí

El 14 de octubre de 2012 Eva Hoffe recibió la primera sentencia que se emitió en un juicio que no fue iniciado por ella. Pocos meses antes había muerto su hermana Ruth.

La juez de asuntos familiares en Tel Aviv, Talia Kopelman Pardo, instruyó que los archivos de Max Brod fueran entregados a la Biblioteca Nacional de Israel, señalando que: “los escritos de Kafka, así como toda la colección de Brod, no pueden considerarse un regalo de Hoffe a sus hijas”.⁵⁵

Eva Hoffe tuvo que apelar ante esta instancia, pero el sentido de esta sentencia fue confirmado por el Tribunal de Distrito de Tel Aviv el 4 de julio de 2015. El 30 de marzo de 2016 Eva Hoffe se enteró de que el Tribunal Supremo de Israel había accedido a oír su caso, dada su importancia pública; sin embargo, el 9 de agosto del mismo año terminó por ratificar el destino de los manuscritos.⁵⁶

Algunos criterios que se fueron acumulando a través de estas sentencias son los siguientes:

⁵⁴ Notimex, “Compran Institutos de Alemania y Gran Bretaña cartas personales de Kafka” La Razón, 5 de abril de 2011, <https://www.razon.com.mx/cultura/compran-institutos-de-alemania-y-gran-bretana-cartas-personales-de-kafka/>, consultado el 20 de febrero de 2022

⁵⁵ Millares, Kathya, *Op. cit.*, Nota 25

⁵⁶ “Este mismo año inició el traslado de documentos a Jerusalén. Miles de ellos provenientes del Archivo de Literatura Alemana de Marbach. Pocos días antes de que se cumplieran 95 años de la muerte de Kafka, policías federales de Alemania entregaron en la embajada de Israel en Berlín cinco mil documentos propiedad de Max Brod, pasajes inéditos de su diario y correspondencia con su esposa. Es posible que estos documentos hayan sido los que robaron del departamento de Eva Hoffe en 2009. Según declaraciones del archivista de la Biblioteca Nacional de Israel, Stefan Litt, en 2013 un vendedor israelí los ofreció al Archivo de Literatura Alemana. En lugar de hacer la compra, avisaron a la Biblioteca Nacional de Israel y ésta, a las autoridades. Los documentos aparecieron poco tiempo después en una bodega de una banda internacional de falsificadores de pinturas, desmantelada por autoridades alemanas. El gobierno alemán los resguardó mientras Litt y otros especialistas se encargaban de confirmar su origen.” *Ídem*

- El testamento de Esther Hoffe no podría legalizarse. Se favorecía al alegato del Estado de Israel sobre que Brod encargó sus papeles y los de Kafka a Hoffe en carácter de albacea, pero los documentos no podrían considerarse un regalo bajo ninguna circunstancia; en todo caso, la instrucción derivada del testamento era que Esther gestionara el depósito del material en la biblioteca de la Universidad Hebrea de Jerusalén (hoy Biblioteca Nacional de Israel), la Biblioteca Municipal de Tel Aviv u otro archivo público en Israel o el exterior.⁵⁷
- Se interpretó el testamento de Brod bajo el principio de “herederos sucesivos”. En ese sentido: “el legado de Brod debía colocarse bajo custodia de una biblioteca o archivo público según se estipulaba en el testamento de Brod. Esther tenía el derecho a decidir a dónde iría la herencia literaria, pero al no haberlo ejercido, no poseía el derecho de pasar esa decisión a sus hijas.”⁵⁸
- Al referirse a las intenciones de Eva Hoffe señalaron que estaba “motivada menos por el cumplimiento de los verdaderos deseos de Brod que por el deseo de extraer beneficios de los componentes de la herencia”.⁵⁹
- Con relación a los papeles de Kafka, Brod podía ser considerado propietario: “de aquellos manuscritos de Kafka que este le hubiera entregado en vida, pero no de aquellos que había tomado del escritorio de Kafka tras la muerte de este. Sin embargo, en ausencia de quien los reclamase, este último grupo debería depositarse con la herencia literaria de Brod.”⁶⁰

⁵⁷ “...la biblioteca sostuvo que el obsequio era inválido. Lo dicho tenía como soporte legal una ley israelí -vigente durante el juicio- que determinaba que para que se consume la liberalidad del bien mueble era indispensable que este sea entregado al destinatario, es decir, debía efectuarse la tradición. Por consiguiente, a pesar de que la voluntad de Brod haya podido considerarse inobjetable, los documentos estuvieron bajo su control hasta su muerte, por lo que, interpretó el juzgado israelí, los manuscritos nunca habían salido de la herencia de Brod, lo que implicaba la invalidez de la herencia que dejó Hoffe a sus hijas y, de ahí que, se determinara la adjudicación de la propiedad de los manuscritos a favor de la Biblioteca Nacional de Israel.” Bautista Huarancca, Luis Gustavo, “La última voluntad de Kafka: crónica sobre los conflictos legales y dilemas éticos en torno a los manuscritos de Franz Kafka”, *Pólemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*, 29 de abril de 2020, <https://polemos.pe/la-ultima-voluntad-de-kafka-cronica-sobre-los-conflictos-legales-y-dilemas-eticos-en-torno-a-los-manuscritos-de-franz-kafka/>, consultado el 16 de febrero de 2021.

⁵⁸ Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 86

⁵⁹ *Ibidem*, p. 89

⁶⁰ *Ibidem*, p. 90

- Durante las distintas instancias no se hizo ningún tipo de gestión para localizar posibles herederos de Kafka. Con relación a este punto, vale decir que el 26 de abril de 1951, Brod escribió una carta a la sobrina de Kafka, Marianna Steiner, mediante la cual, entre otras cosas, la ponía al tanto del inventario que guardaban los papeles con los cuales huyó a Palestina.⁶¹ En 1952 Brod volvió a escribir a Marianna Steiner para indicarle que había abierto la caja fuerte ante representantes de Schocken encontrando los manuscritos en buen estado.⁶² Mucho tiempo después, es decir en 2015, Michael Steiner, hijo de Marianna, escribió a los abogados israelíes de la disputa judicial en su capacidad de albacea, ejecutor del testamento de su madre y representante del Legado Kafka, plasmando su postura al respecto.⁶³
- Se puso énfasis en que Kafka fue un escritor judío y que su obra como bien cultural⁶⁴ debía pertenecer al Estado Judío a través de la Biblioteca

⁶¹ “Brod señalaba que la carta de Kafka a su padre, así como los manuscritos de *El proceso* y «Descripción de una lucha», «son de mi propiedad». Las cartas de Kafka a Brod «no pertenecen al legado de Kafka, pero yo mismo las he depositado allí temporalmente» (refiriéndose a una caja fuerte de la Biblioteca Schocken de Jerusalén) ». «Todo lo demás —añadía Brod— pertenece a los herederos de Kafka. »” *Ibidem*, p. 160

⁶² Los manuscritos comprendían: 1. Los manuscritos de las novelas inconclusas *El proceso*, *El castillo* y *América*. 2. Los borradores de algunos cuentos cortos como «Descripción de una lucha», «La madriguera», «Un artista del hambre», «Una mujercita», «Blumfeld, un solterón» y «Josefina la cantora, o el pueblo de los ratones». 3. Los diarios de Kafka y diarios de viaje. 4. Los cuadernos en octavo. 5. La carta al padre mecanografiada. 6. Los ejercicios de Hebreo de Kafka y 7. Las cartas de Kafka a Brod.

⁶³ “...la familia Kafka siempre ha estado agradecida a Max Brod por todo lo que hizo por la reputación literaria de Kafka...en especial sus negociaciones con Schocken, las editoriales...En 2010, la Biblioteca Nacional se dirigió a mí en busca de información y se sugirió que tal vez el Legado Kafka quisiera unirse al litigio que se preveía. Yo no fui capaz de comprender cómo tras tantos años, podía volver a litigarse la construcción del testamento de Brod determinada por el juez Shilo. Proporcioné la información que pude a Meir Meller (abogado de la Biblioteca Nacional), le expliqué cuáles habían sido los objetivos del Legado Kafka en el pasado y le pedí ver una copia del inventario encargado por el tribunal, a fin de compararlo con la carta de Brod de 1952. Dejé también claro que el Legado Kafka se consideraba propietario de todos los documentos que Brod había aceptado que no le pertenecían, y que podrían incluir los manuscritos de Kafka no enumerados en la carta, pero cuya existencia, por alguna razón, Brod no había enumerado. Este inventario jamás se me ha suministrado. Creo que ahora sería el momento.” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 160

⁶⁴ “De acuerdo a lo señalado por la Convención de UNESCO de 1972, el Patrimonio Cultural se compone de aquello que a lo largo de la historia han creado los hombres de una nación y que, en el momento presente, seguimos creando los que vivimos en la actualidad... Entendemos, entonces...que no consta sólo de objetos del pasado ni de las grandes o pequeñas obras que nos legaron sociedades y generaciones ya desaparecidas. Es mucho más que eso, pues de engrandecer y enriquecer, ya que a lo largo de nuestra historia, se van incorporando costumbres, celebraciones, objetos, creencias, tradiciones, bailes, cantos, lenguas, técnicas, modas, usos y costumbres y hasta expresiones o modismos, al igual que elementos ajenos que se procesa, adaptan y aceptan; todo ello constituye el patrimonio de una cultura viva.” Bákula Budge, Cecilia en INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA DEL PERÚ, *Documentos Fundamentales Para el Patrimonio Cultural. Textos Internacionales para su recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión*, Perú, Instituto Nacional de Cultura del Perú, 2007, p.11

Nacional de Israel en aras de conseguir una adecuada gestión de los papeles.

Eva Hoffe murió el 4 de agosto de 2018. Ahora se sabe que en el botín resguardado celosamente por las Hoffe ya no había tanto material inédito. Fue en 2021, al cumplirse 97 años de la muerte de Franz Kafka, que la Biblioteca Nacional de Israel digitalizó y liberó en su sitio web lo que denominó como la *Colección Kafka* que agrupa más de cien dibujos (incluido un autorretrato), más de doscientas cartas del autor dirigidas a Max Brod y el original de la nota por la que pidió que se quemaran todos sus escritos.

Capítulo III

LA OBRA DE FRANZ KAFKA A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR

1. Naturaleza del Derecho de Autor

Diversas son las posturas que a lo largo del tiempo han buscado describir la naturaleza del Derecho de Autor.⁶⁵ Por principio de cuentas me refiero a éste desde el punto de vista objetivo o como uno de los grandes bloques que integran a la Propiedad Intelectual.⁶⁶

No obstante, la idea que sobre él mayormente prevalece es la de un derecho subjetivo que se reconoce a favor de quienes crean obras literarias y artísticas.⁶⁷

Bajo esta última óptica puede comprenderse si seguimos al Dr. Óscar Javier Solorio Pérez, quien al reunir diferentes elementos que se encuentran en la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana lo define como: “la prerrogativa que el Estado otorga a los creadores de obras literarias y artísticas, a quien se le reconoce como autor, protegiendo dichas obras desde el momento en que se fijan en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión”,⁶⁸ a lo cual agrego que tal protección se consigue mediante un sistema

⁶⁵ “En efecto, se identifica al derecho de autor como derecho real de propiedad; también como un derecho de la personalidad. Se dice que el derecho que tiene el autor sobre su obra es un derecho real. También se considera que la obra del ingenio es la prolongación de la personalidad del autor, quien la exterioriza a través de su creación. O que se trata de un monopolio de explotación temporal. Igualmente se sostiene que el autor no tiene derecho fundado en la creación intelectual sino que ese derecho se lo otorga la ley como un privilegio. Asimismo, es ya centenaria la teoría que haciendo a un lado la tradicional clasificación de los derechos, señala el nacimiento de uno nuevo.” Rangel Medina, David, *Derecho de la propiedad intelectual e industrial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, p. 89

⁶⁶ “De hecho, el término *propiedad intelectual* para referirse en forma general tanto a patentes como a marcas y derechos de autor era extremadamente inusual aun entre los abogados antes de la Segunda Guerra Mundial. Cabe aclarar que en diversas jurisdicciones europeas es común que los términos *propiedad industrial* y *propiedad intelectual* se usen de manera indistinta, aun entre abogados especialistas en la materia. Del mismo modo, en Sudamérica, sobre todo en Argentina, el término *propiedad intelectual* se utiliza para referirse exclusivamente a lo que llamamos *derechos de autor*.” Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford, 2017, p.p. 2 y 3

⁶⁷ Me refiero al Derecho de Autor en sentido clásico o estricto que comprende la protección reconocida vías derechos morales y de explotación económica, no así del Derecho de Autor en sentido lato que puede abarcar otras figuras reguladas por la legislación autoral, tales como derechos conexos, reservas de derecho al uso exclusivo, símbolos patrios, entre otras.

⁶⁸ Solorio Pérez, Óscar Javier, *Op. cit.*, Nota 66, p. 225

de exclusividad que consiste en dos tipos de privilegios: los morales o de corte personal y los de explotación o de corte económico.

Cabe resaltar que los derechos de autor se han venido reconociendo cada vez con más fuerza como uno de los derechos humanos, partiendo de la base de que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 contempla la propiedad intelectual como un derecho fundamental y protege como derechos humanos las expresiones de los creadores, concretamente en su artículo 27, numeral 2, haciendo referencia expresa a la protección de los intereses morales y materiales que les corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sean autores.

De igual manera, otros instrumentos internacionales se acercan al reconocimiento el derecho de autor como un derecho humano. Sin ser objeto de este apartado detallar el contenido de cada uno de ellos, solo señalaré como tales a: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969).

Además de no perder de vista lo anterior, es recomendable tener en consideración posturas como la del Dr. Eduardo de la Parra Trujillo quien en un amplio estudio afirma: “a) que los derechos de explotación de autor no son derechos humanos, pero que existe un derecho humano a la protección de los autores; y b) que hay una estrecha relación entre ese derecho humano y los derechos de autor.”⁶⁹

Cabe indicar que cuando me refiero a Derecho de Autor, lo hago desde su concepción bajo la corriente de protección continental europea, o de origen francés, la cual prevalece en países de Europa (siendo la República Checa, país natal de Franz Kafka, uno de ellos), de América Latina, de África y de Asia, toda

⁶⁹ Parra Trujillo, Eduardo de la. *Derechos Humanos y Derechos de Autor. Las restricciones al derecho de explotación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p.p. 362 y ss.

vez que este sistema difiere de la corriente de protección de la tradición jurídica angloamericana de origen inglés, también conocida como *Copyright*, a la que pertenecen, el Reino Unido, las colonias inglesas, así como los países de la Commonwealth británica.

Como se vio en el capítulo anterior, en la disputa por los manuscritos de Franz Kafka intervinieron al menos tres partes originarias de diferentes países (República Checa, Israel y Alemania), y el tribunal que resolvió el conflicto fue uno israelí, es decir, ni siquiera del país de origen del autor de tales documentos.

En virtud de esto, y a fin de no extraviarme en un entramado de disposiciones autorales que desvíen la ruta de este trabajo, llevaré a cabo el siguiente análisis tomando fundamentalmente en consideración la normativa de Derecho de Autor que deriva de los tratados internacionales aplicables sin entrar al detalle de la regulación particular de cada país involucrado, ya que esto sería materia de otro estudio. No obstante, en algunos apartados y cuando sea necesario, citaré algunas disposiciones normativas locales, sobre todo la ley autoral vigente⁷⁰ de la República Checa, con la finalidad de que esto ayude a la comprensión de ciertos conceptos. En el caso de que tales legislaciones no contribuyan al desarrollo del tema, recurriré sólo de ser necesario a la normativa mexicana, o en su defecto, a otras.

2. Instrumentos internacionales sobre Derecho de Autor

El Derecho de Autor cuenta con un considerable conjunto de instrumentos internacionales que lo regulan y que al mismo tiempo han ido generando a lo largo del tiempo una suerte de homologación normativa, lo que significa que al nivel de las leyes nacionales exista cierta terminología compartida y una tendencia a que se desarrolle una uniformidad de conceptos, instituciones y

⁷⁰ En el entendido de que al ser la vigente se trata de la mejor desarrollada hasta el momento y que su contenido puede contribuir a determinar cuáles de sus disposiciones serían de utilidad si se toman en cuenta frente a un caso de disputa por la posesión de manuscritos.

derechos. Es así que se pueden encontrar tratados exclusivos de derechos de autor⁷¹, otros de derechos conexos⁷², así como instrumentos de comercio internacional que también regulan la materia.⁷³

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas es el instrumento internacional más relevante “y más antiguo de cuantos existen en la esfera del derecho de autor”⁷⁴, dado que establece una serie de disposiciones y principios relativos a la mínima protección que las legislaciones internas deben observar a favor de creadores de obras.

El Convenio data del año 1886, es decir, de tan solo tres años después del nacimiento de Franz Kafka. Para cuando murió, el Convenio tenía 38 años de existencia por lo que es de advertirse que la cultura del sistema de Derecho de Autor que con el tiempo trajo consigo este instrumento no había permeado con la fuerza con que lo hizo años después entre sus países miembros.

Adicionalmente, hay que considerar que Kafka nació en el Imperio Austrohúngaro que tuvo existencia entre 1867 y 1918. En 1919 el Imperio fue disuelto dando origen a otros Estados, entre ellos a Checoslovaquia, hoy República Checa. El Convenio entró en vigor para Checoslovaquia el 22 de febrero de 1921, es decir, tres años antes de la muerte de Kafka. Desde entonces, la legislación en materia

⁷¹ Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas*, 9 de septiembre de 1886, última enmienda el 28 de septiembre de 1979, <https://wipo.int/wipolex/es/text/283700>, consultado el 26 de octubre de 2022 y el Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, 20 de diciembre 1996, <https://wipo.int/wipolex/es/text/295167>, consultado el 20 de octubre de 2022

⁷² Por citar tan solo a la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, *Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, 26 de octubre de 1961, <https://wipo.int/wipolex/es/text/289758> u Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales*, 24 de junio de 2012, <https://wipo.int/wipolex/es/text/295840>.

⁷³ En este rubro se encuentran el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (TTP-11) y el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TMEC).

⁷⁴ OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*. Ginebra, OMPI, 1978, p.5, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf, consultado el 26 de octubre de 2022

de Derecho de Autor en este país ha estado en consonancia con el Convenio de Berna.⁷⁵

Otros instrumentos internacionales que impactan en el Derecho de Autor, pero que no desarrollaré su análisis integral, son el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA) de 1996, el cual, entre otros muchos aspectos, adoptó las disposiciones ya previstas en el Convenio de Berna, pero integró nuevas a fin de actualizar la protección autoral en el ámbito digital. Por otra parte, está el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de 1994, administrado por la Organización Mundial del Comercio, cuyas disposiciones, entre otras, integran como objeto de protección a los programas de cómputo y las bases de datos.

Derivado de lo anterior, analizaré la obra literaria de Franz Kafka fundamentalmente a la luz de las principales disposiciones del Convenio de Berna y del sistema internacional de Derecho de Autor que deriva de dicho instrumento, siendo éste el que impera en su país de nacimiento, así como también ocurre en Israel y en Alemania, países origen de las instituciones involucradas en la disputa por los manuscritos, además de ser el instrumento que mayores respuestas arroja a las consideraciones que se plantean a continuación.

3. Clasificación de la obra de Franz Kafka

Para ubicar la obra de Franz Kafka a la luz del Derecho de Autor, resulta de gran utilidad atender a la clasificación de tipos de obras contempladas por algunas

⁷⁵ "You can find the information on accession of the Czech Republic, or more precisely of the Czechoslovakia (as its predecessor), on WIPO's website: <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/remarks/CZ/15>, see esp. the additional information on the bottom. The Berne Convention entered into force for the Czechoslovak Republic on 22 February 1921. The Czech copyright law – the Act No. 121/2000 Coll., the Copyright Act, as amended, has been in line with the Berne Convention." Respuesta incluida en correo electrónico de fecha 13 de abril de 2022, formulada por Adéla Faladová, directora del Departamento de Derecho de Autor del Ministerio de Cultura de la República Checa a la consulta hecha por el autor de este trabajo.

legislaciones,⁷⁶ así como por la doctrina jurídica. Podría señalar que, de acuerdo a esta, la obra del checo es:

- a) Según su autor, una obra conocida, en tanto que contiene el nombre, signo o firma que lo identifica. Hasta donde se sabe, al hacer pública su escritura, Kafka no optó por el anonimato ni por el uso de seudónimos. En la actualidad su obra es identificable y atribuible a su autor, incluso aquellos manuscritos que fueron disputados en Israel. Sus novelas, relatos, aforismos y diarios están firmados por él.⁷⁷ La gran mayoría de las cartas que escribió a Felice Bauer o a Milena Jesenská, las firmó de distinta manera (F., Franz, Kafka, suyo Kafka, tu Franz, etc.), pero sin dejar duda de su autoría. Además de la obra literaria, Kafka generó obras de dibujo, si bien no todas cuentan con su firma, son atribuibles a su autor y han sido incluidas en diversas publicaciones.⁷⁸
- b) Según su comunicación, a lo largo del tiempo Kafka tuvo obra inédita, divulgada y publicada. Gran parte de su trabajo, dentro del cual se encuentran sus tres novelas permaneció inédito hasta después de su muerte, gracias a las posteriores publicaciones emprendidas por Brod. El material objeto de disputa en Israel también se consideró inédito hasta el momento en que la Biblioteca Nacional de Israel digitalizó y publicó en su sitio web aquello que denominó la *Colección Kafka* en 2021. Pero también recordemos que el autor divulgó⁷⁹ parte de su obra al hacer del

⁷⁶ Véase el artículo 4º en Congreso de la Unión, *Ley Federal del Derecho de Autor*, Diario Oficial de la Federación, última reforma 1 de julio de 2020, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_010720.pdf, consultado el 30 de octubre de 2022

⁷⁷ “Brod intercedió a favor de Kafka ante editores y editoriales. Sirvió de enlace entre Kafka y la revista *Hyperion*, publicada por Franz Blei, en el que aparecería por primera vez publicada la firma de Kafka.” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 37

⁷⁸ En 2021, Galaxia Gutemberg publicó en coedición internacional *Los dibujos*, un volumen que contiene 163 dibujos de Kafka.

⁷⁹ “La leyenda de que Franz Kafka quiso que su amigo Max Brod quemara sus libros ha ayudado a presentar al autor de *La metamorfosis* como alguien que no quería que su escritura fuera en el futuro otra cosa que ceniza. En vida, Kafka leyó con pasión sus textos, en público y en privado, hacía de sus noches de insomnio habitación de sus obsesiones de escritor, se portó con otros autores como un escritor clásico (es decir, despreciaba a unos y a otros, no soportaba sus éxitos o los consideraba desproporcionados para sus méritos), y se preocupaba tanto de sus ediciones, del papel, del color de las tapas, de las tiradas, que resulta imposible compadecer aquella exigencia que expresó a Brod con la realidad que lo acompañó mientras respiraba.” , Cruz, Juan, “Kafka en la habitación de al lado”, *El País*, Suplemento Babelia, 20 de mayo de 2020,

conocimiento público por primera vez, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma, por ejemplo, cuando leyó el cuento *La condena* en público, aún antes de publicarlo. Con relación a su obra publicada puedo señalar, entre otras a *La condena* (1913), *La metamorfosis* (1915) o *En la colonia penitenciaria* y *Un médico rural* (ambas de 1919).

- c) Según su origen, la obra de Kafka resulta ser primigenia. Como todo creador de arte no fue ajeno a las influencias de otros autores; sin embargo, su escritura es considerada una de las más originales del Siglo XX, aportando él —como ya se ha visto— la materia para que otros generaran obras derivadas tales, como películas, cortometrajes, obras de teatro, entre otras.
- d) Según los creadores que intervienen, podríamos decir que la obra de Kafka naturalmente es individual y que no tuvo intención de crear obras en coautoría. No obstante, hay que considerar que la mano de Brod intervino en las publicaciones post mortem⁸⁰, por ejemplo, con el reacomodo de los capítulos de *América* o de *El proceso*. Lo cierto es que Brod en todo momento reconoció la autoría de las obras su amigo, sin pretender adjudicárselas a sí mismo o a terceros.

4. Derechos morales y derechos de explotación involucrados

Como ya se expuso, la obra literaria de Kafka fue dándose a conocer poco a poco a lo largo de su vida; sin embargo, gran parte de su trabajo encontró publicación después de su muerte gracias a Brod. Asimismo, parte de la obra inédita fue

https://elpais.com/cultura/2020/05/12/babelia/1589298349_011706.html?ssm=FB_CC&fbclid=IwAR2eWsQOTU_3xHR5cwtbIN8xvAF1zyHsf60yD9uzMTyi4M7Evv57PCCNm-Y, consultado el 8 de agosto de 2022).

⁸⁰ “¿Podemos decir con certeza dónde acaba Kafka y dónde comienza Brod? Este inventó títulos para lo que Kafka había dejado sin titular, y secuencias para lo que Kafka había dejado disperso y sin numerar. (Fue idea suya, por ejemplo, acabar *El proceso* con la ejecución de Joseph K.) Nunca preocupado por la noción de que los textos de Kafka pudieran ser de algún modo, inalterables o no revisables, Brod agregó y expurgó, de modos tanto sutiles como importantes. Reordenó frases, arregló la puntuación un tanto descuidada de Kafka y sus peculiaridades ortográficas, editó lo que llamó <<errores lingüísticos>> (*Sprachunrichtigkeiten*) y los coloquialismos praguenses, trasteó con cortes de párrafo y notas a los compositores e introdujo sus propias frases en rojo en los manuscritos. Expurgó las referencias sexuales, lascivas o poco favorecedoras de los diarios de Kafka y censuró referencias a gente aún viva.” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p.p. 146 y 147.

dispersándose y llegando a manos de personas que su autor tal vez nunca llegó a imaginar, dado que su aparente deseo fue la destrucción de su trabajo.

Ahora bien, siguiendo la línea de los privilegios que el Derecho de Autor reconoce a los creadores de obras, vale la pena revisar cada uno de ellos en función de los acontecimientos ya descritos:

4.1 Derechos morales

De acuerdo a lo que dispone el artículo 6 bis⁸¹ del Convenio de Berna, los derechos morales comprenden un conjunto de facultades esenciales que contribuyen a proteger la personalidad y el prestigio del autor por sus creaciones.⁸²

Estas facultades se refieren a las atribuciones inmateriales que se distinguen de las de explotación⁸³ o de orden económico y que incluso persisten aún después de la cesión de estos derechos. Veamos cada una de ellas:

- a) Derecho de reivindicar la paternidad de la obra: este derecho consiste en la facultad que el creador tiene para exigir el reconocimiento de su calidad de

⁸¹ “Artículo 6 Bis. 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor. 3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

⁸² “Este artículo, que se insertó en el Convenio en la revisión de Roma (1928), es una disposición importante porque subraya el hecho de que, frente a las prerrogativas de orden pecuniario o patrimonial (cuyo ejercicio es fuente de los derechos de autor, en plural), el derecho de autor entraña prerrogativas de orden moral. Estas últimas dimanarían del hecho de que la obra es reflejo de la personalidad de su autor, mientras que las primeras resultan del deseo del autor de obtener provecho de la explotación de sus obras.” OMPI, *Guía ...*, *Op. cit.*, Nota 73, p. 45

⁸³ Las principales características que las distinguen radican en que son irrenunciables, intransmisible, inembargables, inejutable e imprescriptibles.

autor respecto de la obra creada por él o la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 11 (2) de la Ley de Derecho de Autor vigente⁸⁴ de la República Checa, lugar de origen de autor. Tal como se indicó antes, a pesar de la disputa por la posesión de los manuscritos de Kafka, la paternidad de sus obras nunca fue puesta en controversia o duda.

- b)** Derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y otros atentados a la misma: también se le conoce como derecho de integridad que implica “el poder del creador de decidir si la obra debe permanecer tal como la concibió o si autoriza algún cambio que en su opinión resulte loable”⁸⁵, en otras palabras, es la facultad de exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor. Es el artículo 11 (3) de la Ley de Derecho de Autor de la República Checa la que lo prevé.⁸⁶

A lo largo del tiempo, tanto la doctrina jurídica como las leyes sobre Derecho de Autor han ido reconociendo otros derechos morales, tales como:

- c)** Derecho de divulgación: cada autor cuenta con el derecho de determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; o la de mantenerla inédita. Baste decir que, por elemental respeto, nadie tiene derecho a leer el diario de otro sin el permiso de éste. Aquí podríamos decir que, con relación a las

⁸⁴ “Article 11. (2) The author shall have the right to claim authorship, including the right to decide whether and in what manner his authorship should be indicated during the making public of his work.” Parlamento de la República Checa. *Copyright Act. Consolidated version of Act No. 121/2000 Coll., on Copyright and Rights Related to Copyright and on Amendment to Certain Acts (the Copyright Act)*, 7 de abril de 2000, <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/5067>, consultado el 30 de octubre de 2022

⁸⁵ PARETS GÓMEZ, Jesús. *Teoría y práctica del Derecho de Autor*, México, Sista, 2017, p. 71

⁸⁶ “Article 11 (3). The author shall have the right to the inviolability of his work, especially the right to grant consent to any alteration of, or other intervention into his work, unless stipulated otherwise by this Act. Where the work is utilized by another person, the utilization may not be executed in a manner that depreciates the value of the work. The author shall have the right of supervision over compliance with this obligation by the other person (author’s supervision), unless ensuing otherwise from the nature of the work or of its utilisation, or unless it is not possible to fairly require of the user to allow the author the exercise of the right to author’s supervision.” Parlamento de la República Checa. *Op. cit.*, Nota 84

notas redactadas por Kafka, donde solicitó a Brod que no se publicaran sus obras después de su muerte, el autor ejerció en vida este derecho, aunque conviene enfatizar que, de forma póstuma, tales notas no constituyen un documento con la fuerza jurídica como pudo serlo un testamento, por lo que este derecho quedó siendo objeto de una interpretación endeble, la de Brod fue aquella que lo llevó a publicar la obra de su amigo. Ahora bien, no se pierda de vista que en los hechos sucedió algo que posiblemente contribuyó a que Brod asumiera la confianza para llevar a cabo la publicación de la obra de su amigo bajo el visto bueno familiar. Luego de la muerte de Kafka, firmó un contrato con Hermann, el padre de éste a fin de llevar a cabo tales publicaciones.⁸⁷

Para verificar si Brod vulneró el derecho de divulgación de Kafka, por principio de cuentas, hay que ver que este derecho debía estar previsto por el Derecho de Autor; sin embargo, en nuestro caso ocurre algo peculiar, ya que a diferencia de los derechos morales de paternidad y de integridad se introdujo en el Convenio de Berna hasta su revisión de Roma, en 1928⁸⁸, es decir cuatro años después de la muerte de Kafka, por lo que esto nos llevaría a sostener que además de que Brod incumplió una petición carente de fuerza jurídica, esto no conllevó formalmente una infracción al derecho moral de su amigo, toda vez que este derecho en aquel entonces no era reconocido.

Resulta interesante que la ley vigente en la República Checa dispone que después de la muerte del autor, ninguna otra persona puede reclamar la autoría de la obra, y que ésta sólo puede utilizarse de manera que no

⁸⁷ “Tras el funeral, los padres de Kafka, Herman y Julie, pidieron a Brod que acudiera a su departamento en el piso superior de la Casa Oppelt para revisar el escritorio de su hijo. Según su biógrafo Reiner Stach, Hermann Kafka «firmó un contrato que otorgaba a Brod el derecho a publicar póstumamente las obras de Franz». Junto al montón de lápices con la punta quebrada, botones de cuello de camisa y un pisapapeles de Karsblad, Brod descubrió un voluminoso archivo de cuadernos sin publicar, borradores y diarios de Kafka.” Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p. 133.

⁸⁸ “...en vista de las divergencias existentes entre los distintos puntos de vista —ya que ciertas legislaciones lo reconocen expresamente mientras que otras lo dejan a la apreciación de los tribunales— se renunció a consagrar en el texto mismo del Convenio el derecho de divulgación, y esta actitud no ha sido modificada en las revisiones posteriores.” OMPI, *Guía ...*, *Op. cit.*, Nota 73, p. 47

disminuya su valor y, a menos que se trate de una obra anónima, debe indicarse el nombre del autor, si se conoce. La protección puede ser reclamada por cualquiera de los familiares del autor quienes mantendrán esta autorización incluso después del transcurso de la vigencia de los derechos patrimoniales a los derechos de autor. Tal protección podrá ser reclamada en cualquier momento también por la persona jurídica que asocie a los autores o por el administrador colectivo de derechos correspondiente de conformidad con la ley.⁸⁹ Esta disposición concuerda con lo que dispone la normativa internacional y la mayoría de las leyes nacionales, en el sentido de que la vigencia de los derechos morales persiste incluso después de la muerte del autor.

- d)** Modificación: los autores cuentan con el elemental derecho de modificar su obra, cuantas veces lo deseen y en el momento que lo deseen. Se sabe que Kafka era un corregidor incansable de sus obras. Tan es así que al estar inconforme con el resultado final de algunas de ellas, optó por no divulgarlas y hasta instruir a su destrucción.
- e)** Repudio: extensivo al derecho de paternidad, en tanto que “nadie puede usurpar el nombre de un autor para atribuirle una obra de la que no es creador”⁹⁰, se trata del derecho a oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación, “negando un derecho de paternidad que no le corresponde”.⁹¹ Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer esta facultad.
- f)** Retracto: conocido también como derecho de retiro de la obra, consiste en “la facultad del autor de decidir si su obra debe permanecer en el comercio

⁸⁹ “Article 11 (5). (5) After the death of the author no other person may claim authorship of the work; the work may be used only in a manner which does not depreciate its value and, unless the work is an anonymous work, the name of the author, if known, must be indicated. Protection may be claimed by any of the author’s kin ¹⁾; they shall maintain this authorisation even after the passage of the term of economic rights to copyright. Such protection may at any time be claimed also by the legal entity associating authors or by the relevant collective administrator of rights in accordance with this Act.” Parlamento de la República Checa. *Op. cit.*, Nota 84

⁹⁰ OMPI, *Guía ...*, *Op. cit.*, Nota 73, p.p. 45 y 46.

⁹¹ Parets Gómez, Jesús. *Op. cit.*, Nota 85, p. 97

o debe ser retirada de la circulación...en el entendido que la ley autoral no exige como requisito que se tenga alguna causa justa”,⁹² aunque su ejercicio podría generar, en ciertos casos, responsabilidad al autor por los daños y perjuicios que cause a terceros por el retiro de su obra del comercio.

En el caso de estudio, Kafka no ejerció los derechos de repudio ni de retracto, ya que por un lado no fue sujeto de usurpación por parte de terceros y, por otro, tampoco decidió retirar de circulación sus obras publicadas, limitándose a sugerir que sus manuscritos inéditos debían ser destruidos.

4.2 Derechos de explotación

A través de los derechos de explotación el autor es capaz de llevar a cabo el control económico exclusivo de sus obras o de autorizar que otros la utilicen en cualquier forma.

Es esta categoría de derechos la que facilita la posibilidad de tener un orden sobre los ingresos económicos derivados de la explotación de las obras.

Es en este campo donde pudieran generarse más dudas sobre el destino que tuvieron las obras de Kafka después de su muerte. Se dice que Max Brod llevó a cabo la paulatina publicación de sus libros gracias a un supuesto contrato que celebró con Hermann, padre del autor, luego la muerte de su hijo. Brod llegó a manifestar que Franz Kafka: “Debería haber designado a otro albacea si estaba total y completamente decidido a que se cumplieran sus instrucciones”.⁹³

⁹² *Ibídem*, p. 93.

⁹³ Berrueta, Julen, “Max Brod, el amigo íntimo de Kafka que le traicionó: por qué gracias a él podemos leer sus obras”, *El Español*, Cultura, 16 de noviembre de 2019, https://www.lespanol.com/cultura/20191116/max-brod-intimo-kafka-traiciono-gracias-podemos/444706073_0.html, consultado el 16 de abril de 2022.

Veamos cómo se fueron explotando estos derechos a lo largo del tiempo:

- a) Reproducción: mediante esta la facultad los autores de obras literarias y artísticas pueden autorizar o prohibir actos tendientes a reproducirlas. No obstante, por las posibilidades que ofrece la reproducción, de acuerdo con Eduardo de la Parra Trujillo, podemos acotar que “la esencia del acto de reproducción: la realización de copias. De ahí que, como consecuencia de la imprenta, el derecho de autor se configuró como la posibilidad de autorizar o prohibir la realización de copias.”⁹⁴

Este derecho se encuentra reconocido ya desde el Convenio de Berna en su artículo 9.⁹⁵ En la actualidad los actos de reproducción no solamente ocurren mediante la copia impresa de ejemplares de una obra, sino también a través de su almacenamiento digital.

La Ley de Derecho de Autor de la República Checa contempla a la reproducción como derecho de explotación en sus artículos 12, (4), a) y 13.⁹⁶

Para el caso que nos ocupa, podemos decir que justamente una de las acciones que Kafka quiso evitar que ocurriera después de su muerte fue precisamente la generación de copias de sus manuscritos, condenándolos al

⁹⁴ Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 234

⁹⁵ “Artículo 9. 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

⁹⁶ “Article 12. **The right to use de work.** (4) The right to use a work shall mean a) right of reproduction of the work.”

“Article 13. **Reproduction.** (1) The reproduction of the work shall mean the making of permanent or temporary, direct or indirect reproductions of the work, and that by any means and in any form, for the purpose of making the work available by means of such reproductions. (2) The work is reproduced especially in the form of a printed, photographic, audio, visual or audiovisual reproduction, of an erection of an architectonic work or in the form of another three-dimensional reproduction, or in an electronic form including its analogue and digital expression.” Parlamento de la República Checa, *Op. cit.*, Nota 84

fuego, cosa que no fue cumplida por Brod y por los editores que a futuro se involucraron con su trabajo.

- b) Distribución:** esta facultad que deriva del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor en su artículo 6^o⁹⁷ resulta complementaria a la de reproducción, dado que mediante ella se consigue la circulación de ejemplares de obras en soportes físicos; sin embargo, “la noción amplia de distribución...abarca la posibilidad de realizar cualquier acto de disposición de propiedad (compraventa, donación, permuta, etcétera) o del uso (arrendamiento, comodato, etcétera) sobre un ejemplar de la obra.”⁹⁸

Actualmente la Ley de Derecho de Autor de la República Checa contempla el derecho de distribución en su artículo 14.⁹⁹

Consecuencia de la reproducción de los manuscritos de Kafka fue sin duda la distribución internacional de sus obras, la cual podemos encontrar tanto en ejemplares físicos como en almacenamientos digitales.

- c) Comunicación pública:** contemplada desde el artículo 11 bis del Convenio de Berna ¹⁰⁰ ciertas legislaciones aportan conceptos generalmente

⁹⁷ “Artículo 6º. Derecho de distribución. (1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad. (2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.” Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, *Op. cit.*, Nota 70

⁹⁸ Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 236

⁹⁹ “Article 14. **Distribution.** (1) The right to distribute the original or copies of the work shall mean making the work available in a tangible form by sale or other transfer of property right to the original or to the copies of the work, including their offer for such purpose. (2) The first sale or other transfer of property right to the original or a copy of the work, by which the work is distributed lawfully on the territory of the Czech Republic, shall exhaust the author’s right to distribute such original or a copy of the work on the territory of the Czech Republic; the right of rental and the right of lending of the work shall remain unaffected.” Parlamento de la República Checa, *Op. cit.*, Nota 84

¹⁰⁰ “Artículo 11 bis. 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar : 1º la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de

uniformes, por ejemplo, y siguiendo con la Ley de Derecho de Autor de la República Checa, que la define así: "La comunicación de la obra al público significa hacer que la obra esté disponible en una forma intangible, en vivo o en una grabación, por medios alámbricos o inalámbricos. La comunicación de la obra al público de conformidad con el párrafo significará también hacer que la obra esté disponible de tal manera que los miembros del público puedan acceder a la obra desde un lugar y en el momento elegido individualmente por ellos, especialmente mediante el uso de una computadora o red similar. La comunicación de la obra al público no significará la mera operación de una instalación que permita o facilite tal comunicación."¹⁰¹

Bajo esta concepción, la comunicación pública puede configurarse a través de distintas acciones, tales como la exhibición, recitación, representación, ejecución pública, transmisión y puesta a disposición. "En pocas palabras, la comunicación pública es la difusión de la obra sin circulación de copias destinadas a ser apropiadas o usadas por el público."¹⁰²

Cabe preguntarse en cuántas formas o bajo cuáles modalidades se llevó a cabo la comunicación pública de las obras de Kafka mientras no estaban en el dominio público, tales como recitación de sus cuentos o novelas, su lectura en audiolibros, o en transmisión o puesta a disposición en programas de radio, de televisión. Actualmente es posible encontrar sus obras recitadas incluso en podcasts. No se pierde de vista que una vez victoriosa del juicio, en 2021 la Biblioteca Nacional de Israel digitalizó y liberó en su sitio web lo que denominó como la *Colección Kafka* que agrupa

imágenes de la obra radiodifundida." Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

¹⁰¹ "Article 18. **Communication to the public.** (1) The communication of the work to the public shall mean making the work available in an intangible form, live or from a recording, by wire or wireless means. (2) The communication of the work to the public pursuant to paragraph (1) shall mean also making the work available in such a way that members of the public may access to the work from a place and at a time individually chosen by them, especially by using a computer or similar network. (3) The communication of the work to the public shall not mean the mere operation of a facility enabling or facilitating such communication." Parlamento de la República Checa, *Op. cit.*, Nota 84

¹⁰² Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 242

más de cien dibujos (incluido un autorretrato), más de doscientas cartas del autor dirigidas a Max Brod y el original de la nota por la que pidió que se quemaran todos sus escritos, lo cual implica la comunicación pública de tales manuscritos.

En el caso concreto la sentencia del tribunal israelí adjudicó la posesión de los manuscritos de Kafka a la Biblioteca Nacional de Israel, la cual no tenía un solo vínculo con el autor, ni derechos conexos a su favor, lo que significa que en principio no podía ejercer los derechos de explotación como el de comunicación pública tal como si de tratase de una heredera legítima. Sin embargo, para cuando ésta llevó a cabo la digitalización y puesta a disposición en internet de la *Colección Kafka*, la obra ya había entrado en el dominio público conforme a la ley de Derecho de Autor de la República Checa.

- d)** Transformación: con cierta frecuencia esta facultad no encuentra definición en las leyes autorales; sin embargo, como señala Eduardo de la Parra Trujillo: “A pesar de lo complejo que puede ser el tema de la transformación, podemos definir este acto como la creación de una obra derivada”¹⁰³, entendidas éstas como aquellas que resulten de la adaptación, traducción u otra transformación como arreglo, paráfrasis, comentarios, o correlaciones.

Y es bajo esta facultad no autorizada por su autor, que a lo largo del tiempo se dieron a conocer obras resultantes de la adaptación, traducción u otras transformaciones sobre la obra literaria de Kafka, y de las cuales ya me referí en el primer capítulo.

Ante el ejercicio de los derechos de explotación vinculados con la obra de Kafka, se podría decir que la diseminación de su obra por parte de Brod a lo largo del tiempo provocó un efecto dominó que terminó por impactar en todos y cada uno de los derechos referidos, máxime que tales derechos de explotación se

¹⁰³ Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 245

encontraban vigentes al tiempo que las obras fueron dándose a conocer, si se considera que la Ley de Derecho de Autor de la República Checa prevé una vigencia de derechos económicos que incluye la vida del autor y setenta años después de su muerte, tal como lo aclaro más adelante.

5. Derechos de simple remuneración

A pesar de que la gran mayoría de las leyes autorales no los definen, los derechos de simple remuneración son una clasificación mayormente reconocida por la doctrina y por la interpretación jurisdiccional.¹⁰⁴ Estos derechos “facultan al autor a percibir ciertas cantidades de dinero al realizarse una utilización de la obra, cuando no tenga control sobre dichos usos. Ello les ha merecido la clasificación de derechos no exclusivos y, además, estos se distinguen por ser irrenunciables.”¹⁰⁵

Los derechos de simple remuneración más comunes son: a) el derecho a percibir regalías por comunicación pública y b) el derecho de seguimiento o también conocido como *droit de suite*. Veamos en qué consisten cada uno de ellos y su posible relación con el caso Kafka.

5.1 Derecho a percibir regalías por comunicación pública

El Convenio de Berna en sus artículos 11, 11 bis y 11 ter reconoce a los autores el derecho a autorizar la comunicación pública de sus obras en cualquier modalidad. Asimismo, el 11.bis.2 señala la posibilidad de que los estados regulen este derecho cuando tal comunicación se haga a través de radiodifusión o mediante otros dispositivos que permitan la transmisión de la obra

¹⁰⁴ Cfr. DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO, Tesis: P./J. 102/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p.6, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170786>

¹⁰⁵ IBARRA PONZA, Stephany Betzabet, *Los derechos de autor y su debida remuneración. El caso de la reforma de telecomunicaciones*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p.p. 35 y 36

radiodifundida, siempre que se respeten los derechos morales del autor y el derecho a obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo, por la autoridad competente.

Por citar tan solo un par de ejemplos, la Ley de Propiedad Intelectual española prevé este derecho en su artículo 90.3¹⁰⁶. Asimismo, el artículo 26 bis¹⁰⁷ de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana lo reconoce como un derecho por el que el autor, o en su caso, sus herederos tengan la posibilidad de exigir el pago de un monto económico por cada acto de comunicación pública de sus obras, “estando facultado el autor para cobrar el adeudo directamente o a través de una sociedad de gestión colectiva que lo represente.”¹⁰⁸

Como se advierte, se trata de un derecho que puede hacerse valer aún y cuando el autor no tenga el control del uso de su obra derivado de los actos de comunicación pública, lo cual es muy frecuente, por ejemplo, cuando las obras musicales son transmitidas por radio o televisión. Esto significa que a pesar de no tener ese control, la ley concede la posibilidad de que el autor se beneficie a través de un incentivo económico irrenunciable.

¹⁰⁶ Artículo 90. **Remuneración de los autores.** 3. En todo caso, y con independencia de lo pactado en el contrato, cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada, los autores mencionados en el apartado 1 de este artículo tendrán derecho a percibir de quienes exhiban públicamente dicha obra un porcentaje de los ingresos procedentes de dicha exhibición pública. Las cantidades pagadas por este concepto podrán deducirlas los exhibidores de las que deban abonar a los cedentes de la obra audiovisual. En el caso de exportación de la obra audiovisual, los autores podrán ceder el derecho mencionado por una cantidad alzada, cuando en el país de destino les sea imposible o gravemente dificultoso el ejercicio efectivo del derecho. Los empresarios de salas públicas o de locales de exhibición deberán poner periódicamente a disposición de los autores las cantidades recaudadas en concepto de dicha remuneración. A estos efectos, el Gobierno podrá establecer reglamentariamente los oportunos procedimientos de control. Ministerio de Cultura, *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, Boletín Oficial del Estado, 30 de marzo de 2022 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>, consultado el 30 de octubre de 2022

¹⁰⁷ Artículo 26 bis.- El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio. El derecho del autor es irrenunciable. Esta regalía será pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras directamente al autor, o a la sociedad de gestión colectiva que los represente, con sujeción a lo previsto por los Artículos 200 y 202 Fracciones V y VI de la Ley.

El importe de las regalías deberá convenirse directamente entre el autor, o en su caso, la Sociedad de Gestión Colectiva que corresponda y las personas que realicen la comunicación o transmisión pública de las obras en términos del Artículo 27 Fracciones II y III de esta Ley. A falta de convenio el Instituto deberá establecer una tarifa conforme al procedimiento previsto en el Artículo 212 de esta Ley. Congreso de la Unión. *Op. cit.*, Nota 76

¹⁰⁸ Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 263

Resulta necesario recalcar que durante gran parte que tomó la disputa por los manuscritos de Kafka, los derechos de explotación del autor permanecían vigentes, por lo que la paulatina publicación de sus obras puso en manos de la generalidad sus novelas, cuentos, ensayos, aforismos, etcétera, los cuales se convirtieron fácilmente en objeto de comunicación pública a través, por ejemplo, de su lectura en programas de radio o de televisión sin autorización del autor o sus herederos y sin el consecuente pago de regalías.

Si bien la Ley de Derecho de Autor de la República Checa no hace una referencia directa al derecho de recibir regalías por comunicación pública, sí establece en su artículo 25 un derecho de remuneración en relación con la reproducción de obras que hayan sido hechas públicas para uso personal cuando este se lleve a cabo mediante a) una fijación de audio o audiovisual, b) una transmisión o c) una impresión u otra expresión gráfica.

5.2 Consideraciones sobre el derecho de seguimiento, de participación, o *drot de suite*

El derecho de seguimiento conocido también como derecho de participación o *drot de suite*, confiere al autor de una obra la obtención de una participación en las ventas del soporte material posteriores a la primera cesión operada por el autor.

Si bien, se trata de un derecho ejercido con mayor frecuencia por autores de obras plásticas, en ciertos casos aplica también a los manuscritos originales de escritores y compositores, según lo prevea cada legislación. Este encuentra su fundamento en el artículo 14 ter del Convenio de Berna.¹⁰⁹ Bajo lo que establece

¹⁰⁹ “Artículo 14 ter. 1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor. 2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada. 3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 81

este instrumento, este derecho no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta sea reclamada. Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.

Con relación a los manuscritos originales de Kafka puestos en disputa, es de hacer notar que la Ley de Derecho de Autor de la República Checa vigente prevé este derecho de participación por reventas de soportes, pero excluye de su aplicación a las obras arquitectónicas, obras de arte aplicado, así como manuscritos de escritores y compositores¹¹⁰, por lo que sus autores o sus herederos no pudieran gozar de esta participación por la comercialización de los soportes donde se encontraba plasmada la obra de un escritor, concretamente, en sus cuadernos o papeles.

Adicionalmente no hay que perder de vista que la disposición de Berna condiciona a que la participación derivará de una primera cesión operada por el autor, cosa que aquí no ocurrió, es decir, Franz Kafka no puso en venta sus documentos, por lo contrario, y como ya hemos visto, fue él mismo quien dispuso tras su muerte nada de su obra se publicara.

¹¹⁰ “Article 24. **Right to remuneration on the resale of the original of a work of art.** (1) Where the original of a work of art which has been transferred by its author into the ownership of another person is subsequently sold, the author shall be entitled to the remuneration stipulated by the rate schedule attached in the annex to this Act, if the sale is being executed by a gallery operator, auctioneer or other person in the course of their business activities (henceforth “the seller”), irrespective of whether such persons are acting on their own behalf or on the behalf of the owner. (2) The person liable to pay the remuneration pursuant to paragraph (1) shall be the seller. (3) For the purposes of the application of the right stipulated by paragraph (1), the original of a work of art shall mean, namely, an original picture, drawing, painting, collage, tapestry, engraving, lithography or other graphics, sculpture, ceramics, jewellery work, photograph or author’s reproduction commonly deemed to be an original. The right to a remuneration shall not apply to architectonic works, works of applied art and to the manuscripts of writers and composers. (4) The seller who is obliged to provide the remuneration to the author pursuant to paragraph (1) shall notify, by the end of January of the calendar year following the year in which the sale took place, the relevant collective administrator of rights of the sale. The liability to notify shall imply itemization of the originals being sold and details on the actual selling price; it shall also include the duty to allow the relevant collective administrator of rights the necessary degree of access to the seller’s ledger and other documents. Parlamento de la República Checa. *Op. cit.* , Nota 84

En virtud del seguimiento o trazabilidad que el derecho de seguimiento brinda a los manuscritos originales es un tema que se vincula con el reclamo de recuperación de obras, el cual no es objeto primordial de estudio en este trabajo, pero lo refiero sucintamente en el siguiente punto.

6. Consideraciones en torno a la recuperación de obras de arte

La recuperación de obras de arte como asunto de controversia¹¹¹ es un tema poco abordado por la doctrina jurídica, en buena medida debido a la complejidad que implica su análisis. Esto es así dado que, al llevar a cabo su estudio, los interesados podrán encontrarse con una serie de circunstancias que variarán, según el caso que se revise.

Cuando ocurren hechos de esta naturaleza surge una serie de consideraciones relacionadas con la protección de la identidad cultural y el derecho de reclamar aquellos objetos que son sus símbolos tangibles, pero también hay quienes recurren a defender el derecho de los poseedores de las obras sin importar la forma en que estas llegaron a sus manos.

Algunos ejemplos de casos documentados son, entre muchos otros¹¹², la recuperación derivada de un acuerdo entre Italia y el Museo Getty de Los Ángeles en 2007 que implicó que volvieran al país europeo cuarenta piezas que habían sido robadas y vendidas por traficantes a dicho museo, y dentro de las cuales se encontraban una estatua de culto de Afrodita, una escultura de mármol de dos grifos atacando a un gamo, así como ánforas, cálices y más. También puede señalarse la demanda interpuesta en 2021 por la abogada Corinne

¹¹¹ “Qué constituye una ‘controversia’ ha sido objeto de comentario. La jurisprudencia inglesa bajo la ley de arbitraje (*Arbitration Act*) de 1950 distinguía entre “diferencias” (*differences*) y ‘controversias’ (*disputes*) siendo la primera más amplia que la segunda al abarcar un abanico más amplio de circunstancias. Dicha distinción ha dejado de tener importancia puesto que fue el término ‘disputes’ que se utilizó en la sección 6 de la 1996 *Arbitration Act* dejando claro que ‘dispute’ comprende toda especie de diferencias.” González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 58

¹¹² Para ver la historia y desarrollo de otros casos de restitución de obras se sugiere recurrir a Waxman, Sharon, *Saqueo. El arte de robar arte*, Madrid, Turner Noema, 2011.

Hershkovitch en contra de los museos d'Orsay y Louvre, para recuperar una serie de obras de artistas como Delacroix, Rodin, Carpeaux, Renoir y Manet que pertenecieron al abogado y coleccionista francés Armand Dorville y que fueron vendidas bajo coacción durante la ocupación nazi.¹¹³

Si bien no es objeto de este trabajo abundar en las particularidades de la recuperación de obras, considero necesario referir ciertos aspectos sobre este tema, toda vez que el caso de la disputa de los manuscritos de Kafka pudiera tener ciertos puntos de contacto con él; sin embargo, hay que ver cómo por la forma en que sucedieron los hechos, por la naturaleza del objeto de disputa y por las consideraciones jurídicas que se tomaron en cuenta para darle solución al juicio, formalmente no se trató de un caso de reclamo de recuperación o restitución de obra.

En el hecho que nos ocupa, por su naturaleza de obra literaria fijada sobre un soporte material, en este caso cuadernos o papeles, los manuscritos de Kafka y de cualquier otro escritor pueden eventualmente llegar a ser objeto de reclamo de recuperación, pero hay que tener en cuenta que este solamente es un punto de partida. Para entablar acciones al respecto habría que considerar otro tipo de factores como los que se revisan a continuación.

La identificación de las causas que dan origen a las disputas por recuperación de obras dependerá de cada caso en particular. No siempre se ha podido seguir su rastro con precisión; sin embargo, puedo señalar algunas de las causas más comunes que han provocado que los soportes en que se encuentran fijadas se alejen de sus lugares de origen o de las manos de sus propietarios originarios o legítimos. Algunas de ellas son: **a)** Causas vinculadas a la custodia de la identidad cultural de los pueblos; **b)** Extravío de las obras; **c)** Robo de obras; **d)** Expolio; **e)** Juicios sucesorios o intestados. Existen también otro tipo de conductas

¹¹³ Noce, Vincent, "French museums face fresh legal action over refusal to retribute works to Jewish families", *The Art Newspaper*, 15 de julio de 2021, <https://www.theartnewspaper.com/2021/07/15/french-museums-face-fresh-legal-action-over-refusal-to-restitute-works-to-jewish-families>, consultado el 10 de agosto de 2022.

estrechamente relacionadas con el saqueo o pérdida de obras de arte, tales como sobornos, tráfico, subastas ilegales, daño y destrucción.

Es importante tener en cuenta que el mercado del arte genera mucho dinero habiendo intereses detrás de las obras, según cada caso, por lo que su destino final no siempre es consecuencia de haber transitado por canales legítimos.

La regulación internacional de la recuperación, repatriación, conservación, protección y difusión de patrimonio cultural también resulta abundante. Son numerosos los instrumentos que se refieren a tales acciones de los cuales señalo simplemente como referencia a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (UNESCO, La Haya, 1954); la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de la Propiedad Ilícita de Bienes Culturales (UNESCO, París, 1970); la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial (UNESCO, 2003) o la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, París, 2005).

Tomados en consideración los componentes anteriormente referidos, podría decir que la recuperación de obras de arte es la acción por la cual el poseedor ilegítimo de una obra de arte devuelve a su propietario el soporte material en que esta se encuentra fijada, cuando haya sido despojado de esta de forma involuntaria, más allá de quién sea el autor, su género, su mérito, o modo de expresión que puedan tener. Hago especial énfasis en el hecho de que no siempre el legítimo poseedor coincidirá con la persona que es autora de la obra.

No obstante lo anterior, es recomendable no perder de vista la complejidad de las recuperaciones e insistir que cada acto restitutorio tendrá sus propias características y peculiaridades¹¹⁴, habrá casos en que sea factible la devolución

¹¹⁴ “Pero no hay respuestas fáciles. No está tan claro qué es lo justo y qué lo injusto, excepto en el caso de arte robado por los nazis. El contexto influye. Los detalles cuentan. Las líneas generales de la polémica terminan por distorsionar la situación en lugar de aclararla. Cabría preguntarse, por ejemplo: ¿es justo analizar con ojos modernos unos acontecimientos de datan de hace doscientos años? ¿Es correcto utilizar palabras como robado y

del soporte material en su integridad, pero en otros no y esto dependerá de caso por caso.

Para quien vaya a involucrarse en un hecho de esta naturaleza, es importante que tenga claro que muy posiblemente el resultado no se trate de un todo o un nada, con seguridad habrá variantes y obstáculos materiales y jurídicos que superar.

Una vez consideradas estas generalidades, se hace énfasis en que el caso de Kafka no se trató de uno sobre la recuperación de los manuscritos, dado que la disputa no implicó resolver los efectos de un despojo sobre el soporte material, en tanto que también fue resuelta con base en la interpretación del testamento de Brod (normas de Derecho Civil), es decir, a pesar de que hubo instituciones internacionales involucradas no se trató de un caso que derivara de robo, expolio, tráfico o acciones similares donde se hubiera tenido que ahondar en la protección de bienes culturales como argumento toral ni recurrir a instrumentos internacionales ad hoc; sin embargo, en su resolución tampoco fueron tomados en cuenta elementos del Derecho de Autor, los cuales pudieron en su caso allanar el camino para las partes involucradas o para el tribunal resolutor, tal como se verá en el último capítulo de este trabajo.

7. Derechos conexos involucrados

Los derechos conexos o a veces también denominados derechos vecinos o relacionados son aquellos que se atribuyen a quienes con su trabajo ponen a disposición del público las obras de los autores. Dentro de ellos se pueden encontrar a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los editores, a los productores de fonogramas y de videogramas, así como a los organismos de radiodifusión.

saqueado para cosas que fueron tomadas cuando la arqueología se hallaba en primera infancia y cuando los primeros exploradores hacían lo que creían mejor?" Waxman, Sharon. *Op. cit.*, Nota 113, p. 19

Esta clasificación de derechos encuentra su fundamento internacional en la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961¹¹⁵, cuyas disposiciones han sido adoptadas en gran medida por las leyes autorales.

No detallaré las peculiaridades de cada una de las categorías de derechos conexos; sin embargo, es importante decir que si atendemos a la primigenia intención de Kafka, justo fue él, el autor de su monumental obra (y con toda seguridad, sin imaginarse el impacto comercial que a la postre generaría la liberación de su trabajo), quien nunca tuvo el deseo de generar aquello que hoy algunos conocen como kafkología, es decir, ese fenómeno provocado por Max Brod y del que por años se han beneficiado económicamente titulares de derechos conexos tales como traductores, editores, guionistas, productores, actores, y por supuesto, explotadores comerciales de la imagen del autor checo a través del merchandising, entre otros.¹¹⁶

¹¹⁵ “Aunque en muchas jurisdicciones la Convención de Roma, como instrumento de carácter internacional, es el único marco legal para proteger a los intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en otras jurisdicciones la legislación nacional provee una protección expresamente, como es el caso de Alemania, en donde se conceden derechos conexos no sólo a los intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, sino también a productores de espectáculos, productores de películas, productores de fotografía y editoriales. El Reino Unido también concede una protección especial a los productores de filmes cinematográficos, así como a transmisoras de televisión por cable y editoriales en lo relativo a diseños tipográficos y de formato.” Solorio Pérez, Óscar Javier, *Op. cit.*, Nota 66, p.p. 242 y 243

¹¹⁶ “Los lectores no tuvieron que esperar demasiado. En los tres años posteriores a la muerte de Kafka, mientras Brod se afianzaba como uno de los grandes crítico literarios del *Prager Abendblatt* y del *Prager Tagblatt*, organizó los papeles que había salvado del escritorio de Kafka, compuso las tres novelas inacabadas de su amigo y las publicó en una rápida sucesión. «Hoy en día —escribe Brod en sus memorias de 1960— se echa mano de cada palabra de Kafka. ¡Pero qué difícil me resultó al principio (es decir, tras la muerte de Kafka) hallar un editor para todas sus obras!» En 1925 encargó a una editorial vanguardista berlinesa (Die Schmiede, fundada cuatro años antes) para que publicase *El proceso*, que Brod preparó para su publicación a partir del manuscrito inacabado de Kafka. En 1926 convenció al editor de Múnich Kurt Wolff para que publicase *El castillo*, también inacabada por Kafka. Más tarde, Wolff se quejó de que había vendido muy pocos de los 1.500 ejemplares de *El castillo* que imprimió. Pero al año siguiente Brod consiguió que Wolff publicase la primera novela de Kafka. El título preliminar para la novela que Kafka había comenzado a escribir en 1912 había sido *El desaparecido*; Brod, que insistía en que Kafka a menudo se refería a la novela en sus conversaciones como su «novela americana», la rebautizó como *América*. Brod expresó su deseo de que «precisamente esta novela [...] revele una nueva manera de entender a Kafka.» Balint, Benjamin, *Op. cit.*, Nota 4, p.p. 144 y 145

Capítulo IV

COMPONENTES DEL DERECHO DE AUTOR A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN CASO DE DISPUTAS SOBRE EL DESTINO DE MANUSCRITOS

Una vez conocidos los principales hechos vinculados a la disputa por los manuscritos de Franz Kafka, desde su origen hasta su conclusión mediante la sentencia emitida por el tribunal israelí en 2016 y con la consecuente exhibición de la *Colección Kafka* en 2021 por la Biblioteca Nacional de Israel, así como habiendo analizado su obra literaria a la luz del Derecho de Autor, considero necesario referirme a ciertos componentes o herramientas previstas por este, que pueden resultar de utilidad si se toman en cuenta ante el caso de disputas que involucren la posesión o propiedad de manuscritos.

1. El reconocimiento de los derechos morales como punto de partida

Una de las fortalezas del sistema de Derecho de Autor, a diferencia del *Copyright*, además de la transmisión de los derechos de explotación que abren un abanico de posibilidades comerciales a los creadores de obras, es justamente el conjunto de derechos morales reconocidos en el Convenio de Berna, así como en las leyes en la materia.

Como tales, son derechos ligados al autor incluso después de su muerte, sin posibilidad de ser transferidos a terceros. Es de resaltar aquí la opinión del Dr. Parets Gómez cuando recalca que se trata de derechos con estrecha vinculación a la obra¹¹⁷. Esto no es asunto menor, toda vez que, en virtud de esa conexión indisoluble entre autor y obra, la legislación les concede las cualidades de irrenunciables, intranmitibles, inembargables, inejecutables e imprescriptibles.

¹¹⁷ “En otras palabras, estamos en presencia de un derecho consustancial y exclusivo del creador, una cualidad jurídica que solo se reconoce con el acto de creación original y fijación material de la misma, independientemente del mérito, destino o modo de expresión. Por lo que, siendo éste un derecho personal y distintivo del creador, tiene gran vinculación con la obra.” Parets Gómez, Jesús. *Op. cit.*, Nota 85, p. 57

Ahora bien, ante el caso de una disputa por los manuscritos originales de un autor, es preciso atender a ese vínculo existente entre la obra y su creador, por lo que, a mi juicio, antes de cualquier argumento social, de identidad cultural, de lenguaje, de identificación nacional, religiosa, o de cualquier otra índole, hay que recurrir a los beneficios intrínsecos que estos derechos morales conceden a los autores.

En tal medida si un autor determina en vida el destino que quiere otorgarle a sus manuscritos, aun siendo la destrucción de estos (en específico a través del ejercicio de su derecho de divulgación), será este un criterio que deba prevalecer ante otros de diferente naturaleza.¹¹⁸ No se pierda de vista que de conformidad a lo que disponen los artículos 2, 6) y 3, 1), a) del Convenio de Berna¹¹⁹, las obras literarias y artísticas gozarán de protección en todos los países de la Unión beneficiando así al autor y sus derechohabientes, además de que los autores nacionales de alguno de los países de la Unión estarán protegidos por sus obras publicadas o no.

2. El contenido de la obra y el soporte material como hecho diferenciador

Definir lo que es una obra de arte no es tarea sencilla si se parte de la idea de que la apreciación de estas siempre será subjetiva, en tanto que el sentido estético o de belleza puede no ser el mismo entre cada persona. El Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI se aventura a proporcionar un concepto

¹¹⁸ “El derecho moral está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra —o derecho a inédito— (darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad) y a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su obra como entidad propia. En muchos países la legislación reconoce expresamente el derecho de retracto o arrepentimiento (o derecho a retirar la obra de la circulación por cambio de convicciones).” Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia, *El Derecho de Autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p.p. 136

¹¹⁹ “Artículo 2, 6). 6) Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes. Artículo 3, 1), a). 1) Estarán protegidos en virtud del presente Convenio: a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no;” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

vinculado primordialmente al sentido estético del receptor.¹²⁰ Ahora bien, es preciso tomar en cuenta que el objeto de protección del Derecho de Autor son las obras¹²¹ sin calificarlas como si fueran de arte o no. Algunas legislaciones autorales aportan su propio concepto de obra, por ejemplo, la mexicana las define como las creaciones originales susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.¹²²

Más allá del mérito, destino o modo de expresión que puedan tener, para efecto de este trabajo identificaré como manuscritos a los soportes materiales en que se encuentran fijadas aquellas obras que comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, tal como se encuentran reconocidas por el Derecho de Autor, particularmente por el artículo segundo, inciso 1) del Convenio de Berna¹²³ y que en gran medida ha sido llevado a las legislaciones nacionales.

Derivado de lo anterior, es preciso tener clara la diferencia entre el contenido de la obra, es decir, esa creación original susceptible de ser divulgada o reproducida (pensemos por ejemplo en *El proceso* o *El castillo* de Kafka) y el soporte en que esta se fije¹²⁴ (hoja de papel, cuaderno, trozo de cartón, servilleta, etcétera), ya

¹²⁰ “Una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla. En la categoría de obras artísticas entran las pinturas, los dibujos, las esculturas, los grabados y, para diversas legislaciones de derecho de autor, también las obras de arquitectura y las obras fotográficas. Si bien en algunos países se considera que las obras musicales constituyen una categoría especial de obras protegidas, en numerosas legislaciones de derecho de autor las obras musicales quedan también comprendidas en la noción de obras artísticas. Análogamente, la mayoría de las legislaciones incluyen en esta categoría las obras de arte aplicado.” OMPI, *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 13, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf, consultado el 30 de octubre de 2022

¹²¹ “...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”. LYPSZIC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLAC, Zavalía, 1993, p. 61

¹²² Artículo 3 de la *Ley Federal de Derecho de Autor*, *Op. cit.*, Nota 76

¹²³ Artículo 2. 1) Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

¹²⁴ “Por consiguiente, las obras son bienes inmateriales o intangibles, es decir *corpus mysticum* (como también los son el resto de los objetos de protección de los derechos intelectuales: las invenciones, las marcas, los diseños industriales, etcétera). Esto trae como consecuencia que, como regla general, la propiedad del soporte material de

que, si bien hay una notoria y estrecha relación entre ambos conceptos, los derechos derivados de ser titular de cada uno de ellos son diferentes. Tenerlo claro, es un elemento clave para resolver disputas por la posesión o propiedad de manuscritos, ya que la posesión o propiedad del soporte, por regla general no implica tener derecho de autor alguno sobre la obra, toda vez que en el caso de los manuscritos se trata de bienes reales, para los cuales el Derecho contempla formas de reclamo diferentes y que veremos más adelante.

En este sentido, se advierte que un argumento a favor de las Hoffe, pero que al parecer no hicieron valer en el juicio era que el derecho de autor de Kafka no está ligado a la propiedad del manuscrito en el que la obra está incorporada. Algunas leyes autorales¹²⁵ al regular esta situación prevén que salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

3. El dominio público como primera limitación a los derechos de autor

Corresponde ahora tomar en cuenta a la figura del dominio público “la cual se relaciona con las obras que están en condiciones de ser libremente utilizadas una vez que dejaron de ser vigentes los derechos patrimoniales...con la restricción de respetar los derechos morales que son imprescriptibles.”¹²⁶

El Convenio de Berna establece en su artículo 7, inciso 1) que el plazo de protección a los derechos patrimoniales de los autores será la vida de estos y cincuenta años después de su muerte;¹²⁷ sin embargo, el inciso 6) del mismo

una obra no traiga aparejada derecho de autor alguno, pues mientras el derecho real de propiedad regula el soporte material (*corpus mechanicum*), los derechos de autor regulan las obras (*corpus mysticum*). Parra Trujillo, Eduardo de la, *Op. cit.*, Nota 69, p. 263.

¹²⁵ Cfr. Artículo 38 de la Ley Federal del Derecho de Autor en México. *Op. cit.*, Nota 76

¹²⁶ García Pérez, Jesús Francisco, *Derechos de Autor en Internet*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Estudios de Posgrado, 2013, p. 109

¹²⁷ “Artículo 7. 1) La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. 6) Los países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de

artículo señala que los países miembros tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos, dándoles la libertad para otorgar más tiempo¹²⁸, pero estableciendo un mínimo de cincuenta años adicionales a la vida de los autores.

Ahora bien, ante el supuesto de que, en efecto, los plazos de protección sean diferentes entre países, el inciso 8)¹²⁹ señala que en todos los casos el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.

De conformidad con la Ley de Derecho de Autor de la República Checa, los derechos patrimoniales se extienden durante la vida del autor y 70 años después de su muerte.¹³⁰ El período de duración de los derechos patrimoniales se computará siempre a partir del primer día del año siguiente a aquél en que se haya producido el hecho determinante para su cómputo.

Tomando en consideración la fecha de muerte de Franz Kafka (3 de junio de 1924), podríamos señalar que sus derechos económicos expiraron el 31 de diciembre de 1994.¹³¹ Es importante considerar esta fecha ya que la disputa por

protección más extensos que los previstos en los párrafos precedentes.” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

¹²⁸ “El plazo de protección ha sido tema de debates, ya que en ocasiones se ha considerado excesivo y, por el contrario, se ha sostenido que es necesario dar una mayor protección para incentivar a los autores y que tengan bienes para heredar. La idea histórica detrás del plazo de protección es que éste dure la vida de autor y dos generaciones más. Para el caso de las obras de cómputo, por ejemplo, se ha argumentado que el plazo es por demás excesivo dada la rápida obsolescencia de los mismos.”. Herreras Franco, Bernardo “Comentario” en Ortíz Bahena, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa, 2017, p.118

¹²⁹ “Artículo 7. 8) 8) En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.” Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

¹³⁰ “Article 27. (1) Unless stipulated otherwise, economic rights shall run for the life of the author and for 70 years after his death.” Parlamento de la República Checa. *Op. cit.*, Nota 84

¹³¹ According to Article 27 Paragraph 1 and Paragraph 8 of Act No. 121/2000 Coll., Copyright Act, economic rights shall run for the life of the author and 70 years after his death. The period of duration of economic rights shall always be calculated from the first day of the year following the year in which the event decisive for its calculation occurred. In view of the fact that the work of the writer Franz Kafka (died on 3 June 1924) is, as a result of the expiry of the duration of economic rights (on 31 December 1994) pursuant to Article 27 Paragraph 1 and Paragraph 8 of the Copyright Act, a free work (in public domain) within the meaning of Article 28 of the Copyright Act.

sus manuscritos y los juicios correspondientes estuvieron llevándose a cabo mientras la obra aún no pasaba a formar parte del dominio público, siendo que tal circunstancia no fue hecha valer por las partes interesadas ni traída a cuenta por el tribunal.¹³²

Bajo esta tesitura se considera que en casos relativos a disputas por la posesión o propiedad de manuscritos, si la obra no ha pasado al dominio público deben observarse primeramente los derechos del autor, en particular paternidad y divulgación. Si la obra ya hubiera pasado al dominio público mientras se lleva a cabo la disputa, entonces ésta versará únicamente sobre la posesión del manuscrito como bien real, que fue lo que resolvió el tribunal israelí en 2016.

Lo anterior cobra lógica si se revisan algunas disposiciones de leyes autorales que de alguna manera refuerzan la protección de derechos morales. Baste tan solo como ejemplo lo que establecen los artículos 29 y 77 de la Ley Federal del Derecho de Autor en México¹³³, la primera justamente al referirse a la figura del dominio

However, the so-called posthumous protection of the work, or the personal rights to the work, pursuant to Article 11 Paragraph 5 of the Copyright Act, which lays down the legal conditions for the use of the work after the death of the author, must be respected. After the death of the author no one may claim authorship of the work. The work may only be used in a way which shall not detract from the value of the work and, the name of the author must be indicated, provided that such shall be a normal practice and unless the work is an anonymous work. Protection may be claimed even if the protection of the economic rights expired by any of the author's kin, legal persons associating authors or by the relevant collective management organisation.” Respuesta incluida en correo electrónico de fecha 13 de abril de 2022, formulada por Adéla Faladová, directora del Departamento de Derecho de Autor del Ministerio de Cultura de la República Checa a la consulta hecha por el autor de este trabajo.

¹³² Nótese que como señalamos en el capítulo II, en 1974, el juez Yitzhak Shilo del Tribunal de Distrito de Tel Aviv resolvió que el testamento de Max Brod: “permite a la señora Hoffe hacer con su herencia lo que le plazca durante su vida”. Para ese año, la obra de Kafka no había pasado al dominio público.

¹³³ **Artículo 29.-** Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.

Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Cien años después de divulgadas.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

Artículo 77.- La persona cuyo nombre o seudónimo, conocido o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por transgresión a sus derechos.

Respecto de las obras firmadas bajo seudónimo o cuyos autores no se hayan dado a conocer, las acciones para proteger el derecho corresponderán a la persona que las haga del conocimiento público con el consentimiento del autor, quien tendrá las responsabilidades de un gestor, hasta en cuanto el titular de los derechos no comparezca en el juicio respectivo, a no ser que existiera convenio previo en contrario. *Op. cit.*, Nota 76

público señala quienes son los sujetos autorizados para la explotación de la obra, y la segunda nos indica quienes tienen facultades de defensa en caso de transgresión a los derechos del autor.

4. La limitación por causa de utilidad pública como posible herramienta para el rescate de bienes culturales y las licencias no voluntarias (obligatorias)

El Derecho de Autor guarda una importante relación con el derecho a la cultura. Si bien, es para él una prioridad la garantía de las prerrogativas que se reconocen a los creadores de obras literarias y artísticas, también hay en su contenido un trasfondo de salvaguarda y promoción del acervo cultural de las naciones. “Recordemos que las leyes de derecho de autor fueron pensadas y articuladas sobre la base de esta íntima relación que existe entre la protección de las obras y el desarrollo de la cultura”.¹³⁴

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, reconoce “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna.”¹³⁵

Las leyes autorales suelen establecer supuestos o catálogos de limitaciones y excepciones a los derechos de explotación. Comúnmente estas limitaciones derivan de lo que se conoce como “regla de los tres pasos”¹³⁶ prevista en el Convenio de Berna, en otras palabras, se trata de una serie de casos en que las

¹³⁴ Villalba, Carlos A., “Cultura, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Evolución de la Legislación Nacional. Los Tratados Internacionales y el Orden Constitucional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2014, Número 1. Derecho de Autor. Cuestiones Actuales, p. 7, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2014.pdf

¹³⁵ Cfr. Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. *Op. cit.*, Nota 70

¹³⁶ Los tres pasos consisten en que: a) las limitaciones y excepciones estén previstas para casos especiales; b) que con el uso de la obra no se atente a la explotación normal de la obra, y c) que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Op. cit.*, Nota 70

obras pueden ser utilizadas sin autorización de los titulares de derechos de autor o conexos sin la obligación de dar a cambio una compensación económica. Suele hacerse referencia al término "libre utilización" de obras protegidas para referirse a esas limitaciones, y estas figuran en el párrafo 2) del artículo 9 (reproducción en determinados casos especiales), el artículo 10 (citas y uso de obras a título de ilustración de la enseñanza), el artículo 10bis (reproducción de artículos de periódicos o artículos similares y el uso de obras con fines de información sobre acontecimientos actuales) y el párrafo 3) del artículo 11bis (grabaciones efímeras con fines de radiodifusión).

Del mismo modo, en el Convenio de Berna se contemplan dos licencias no voluntarias que permiten la radiodifusión (artículo 11 bis)¹³⁷ y la reproducción mecánica de obras musicales y la letra respectiva (artículo 13).¹³⁸

Asimismo, a través del Acta de París de 1971, el Convenio de Berna incluyó un Anexo que permite a los países en desarrollo emitir licencias obligatorias para la traducción o reproducción de obras extranjeras a un idioma de uso general en su territorio; sin embargo, algunos doctrinarios como Alberto Cerda Silva, quien ha estudiado con detalle el Anexo, señalan que en la práctica ha probado ser ineficiente y que se requiere la adopción de un mecanismo más apropiado para tal efecto.¹³⁹

¹³⁷ "Artículo 11 bis. 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar : 1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida." *Ibidem*

¹³⁸ "Artículo 13. 1) Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente." *Ibidem*

¹³⁹ "Dichos países no han adoptado el burocrático y limitado mecanismo previsto en el Convenio sino que soluciones peculiares en su legislación interna, las cuales varían de un país a otro. Adicionalmente, el "Anexo" suscita incertidumbre jurídica respecto de su aplicación a entornos en línea y resulta insuficiente para satisfacer necesidades de desarrollo, especialmente de minorías culturales y lingüísticas. Estas críticas deberían ser suficientes para instar a la adopción de un nuevo instrumento que provea una solución para satisfacer

Países como México¹⁴⁰, Ecuador¹⁴¹ o República Dominicana¹⁴² establecen en sus leyes autorales, limitaciones por causas de utilidad pública, aplicables a la publicación o traducción de obras necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, o la posibilidad de la concesión de licencias no voluntarias u obligatorias, mediante las cuales las obras puedan ser utilizadas en determinados casos sin la necesidad de contar la autorización del titular de los derechos, considerándose para tal efecto una compensación.

Este tipo de herramientas jurídicas podrían ser útiles para determinar si en casos concretos es necesario recurrir a la publicación de las obras, aun permitiendo que los poseedores o propietarios de los manuscritos los conserven, permitiendo que su contenido sea del acceso público, sobre todo tratándose de casos donde exista una demanda razonable por argumentos de acceder a bienes culturales.

necesidades de desarrollo.” Cerda Silva, Alberto J, “Derechos de Autor y Desarrollo: Más allá de la ilusoria solución provista en el ‘Anexo’ del Convenio de Berna”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Número XXVIII, 1er semestre, 2012, p. 231, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a05.pdf>, consultado el 30 de octubre de 2022

¹⁴⁰ El artículo 147 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: “Se considera de utilidad pública la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Cultura, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción mencionada. Lo anterior será sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.” *Op. cit.*, Nota 76

¹⁴¹ Los artículos 217 al 220 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación establecen los casos en que la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá conferir licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos de un titular, constituidos sobre obras literarias o artísticas, musicales o audiovisuales. Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial, 9 de diciembre de 2016, [https://lotaip.ikiam.edu.ec/ikiam2019/abril/anexos/Mat%20A2-Base Legal/codigo_organico_de_la_economia%20social_de_los_conocimientos_creatividad_e_innovacion.pdf](https://lotaip.ikiam.edu.ec/ikiam2019/abril/anexos/Mat%20A2-Base%20Legal/codigo_organico_de_la_economia%20social_de_los_conocimientos_creatividad_e_innovacion.pdf), consultado el 30 de octubre de 2022

¹⁴² El artículo 45 de la Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor establece que el Estado, por medio de la entidad que se designe en los Reglamentos, podrá conceder licencias obligatorias no exclusivas e intransferibles de traducción y de reproducción de obras extranjeras, destinadas a los objetivos y con el cumplimiento de los requisitos exigidos para dichas licencias, de conformidad con los tratados internacionales de los cuales forme parte la República o se adhiera en el futuro. EGEDA Dominicana. Sociedad de Gestión Colectiva., *Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor*, <https://www.egeda.do/documentos/Ley%20No.65-00%20sobre%20Derecho%20de%20Autor.pdf>, consultado el 30 de octubre de 2022

¿Acaso no era una alternativa de solución a la disputa por los manuscritos de Kafka que la familia Hoffe conservara los documentos, instruyéndole únicamente a permitir el acceso a su contenido a cualquier interesado, tales como universidades, investigadores, biógrafos de Kafka, entre otros?

5. El Derecho sucesorio como auxiliar del Derecho de Autor

Es frecuente que para la adecuada aplicación de la legislación autoral deba recurrirse a otras materias del Derecho que sirven como auxiliares para solución de controversias o conflictos. Unas de las áreas más cercanas al Derecho de Autor es la sucesoria, toda vez que sus disposiciones son el punto de partida para establecer, entre otras muchas cosas, quienes pudieran contar con derechos sobre soportes materiales de obras a la muerte de los autores.

Siguiendo a María de Montserrat Pérez Contreras, “la sucesión es el medio por el que una persona ocupa en derechos el lugar de otra; es decir, lleva implícita la sustitución de una persona, por cuanto a su titularidad de derechos y obligaciones, por otra que los adquirirá a falta de la primera.”¹⁴³

Sin abundar en las disposiciones que regulan al Derecho Sucesorio, diré que la regla general es que sean los autores quienes en vida dispongan libremente del destino de sus derechos mediante testamento, por el cual pueden instituir herederos o legatarios; sin embargo, es muy frecuente que los autores mueran sin haber establecido el destino de sus derechos ante lo cual se debe recurrir a la sucesión intestada o legítima para que en un juicio se determine conforme a las reglas de los códigos civiles aplicables quienes pueden tener derecho a la sucesión como pudieran ser por ejemplo, hijos, cónyuges, padres, hermanos, etcétera.

¹⁴³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM - Nostra Ediciones, 2010, p. 185

Es por esto que el destino de un manuscrito debe sujetarse en primer lugar a la voluntad del autor, a falta de este o si su voluntad no es clara, a lo que dispongan las leyes sucesorias.

En casos complejos y largos como el de la disputa por los manuscritos de Kafka, suelen aparecer argumentos que no guardan relación con el Derecho Sucesorio y que versan mayormente sobre elementos de identificación cultural, lingüísticos, religiosos, etcétera, pero estos no contribuyen a resolver el problema, o dicho de otra forma, en ocasiones pueden constituir un obstáculo para la adecuada aplicación del Derecho de Autor y del Derecho Sucesorio.

No se pierda de vista que este tipo de argumentos son útiles en otro campo, por ejemplo, para que los académicos ubiquen la obra dentro de un contexto en particular, pero no resuelven el tema de a quién pertenece legalmente las obras o sus soportes materiales.

Podría decirse que la sentencia del tribunal israelí de 2016, si bien pudo haber tenido influencia de tales argumentos, sobre todo los esgrimidos por la Biblioteca Nacional de Israel (los cuales siempre se pusieron en duda)¹⁴⁴, optó por no considerar componentes del Derecho de Autor que pudieron ser útiles, ajustándose a la interpretación estricta del testamento de Max. Brod, quien dispuso que sus papeles y los de Kafka quedaran en manos de una institución pública, pero no así en la voluntad del autor de los manuscritos.

6. Aspectos diversos al Derecho de Autor a tomar en cuenta

6.1 Acción reivindicatoria y estado de conservación de los manuscritos

Por su naturaleza de obra literaria fijada sobre un soporte material, en este caso papeles o cuadernos, los manuscritos de cualquier persona pueden eventualmente llegar a ser objeto de reclamo sobre su posesión o propiedad por

¹⁴⁴ *Vid. supra*, Capítulo II, apartado 2, inciso c)

parte de terceros ajenos al autor, pero para entablar acciones al respecto habría que considerar una serie de factores como los que se revisan a continuación.

Si bien no es común encontrar disposiciones normativas locales que con especificidad contribuyan a la solución de conflictos relativos a la recuperación de manuscritos debido a las peculiaridades y complejidades que supone cada reclamo, en este tipo de disputas suele entrecruzarse el estudio o aplicación de normas de diversa índole y según cada caso concreto.

Es muy probable que para encontrar una salida entre las partes involucradas se recurra, como se ha referido ya, al cobijo de normas civiles, procesales, de propiedad intelectual, de conservación cultural, de archivos¹⁴⁵, de arbitraje, entre muchas otras, y que en ciertas ocasiones no necesariamente se encuentran vigentes al momento de buscar solución al caso concreto ¹⁴⁶, pero que pudieron estarlo al momento de la creación de la obra o durante la vida de su autor.

Sin embargo, lo anterior no significa que no existan vías jurídicas apropiadas para conseguir la recuperación de un manuscrito cuando éste se encuentre en poder de algún poseedor ilegítimo. Por principio de cuentas vale señalar a la acción reivindicatoria, una figura reconocida en los códigos civiles a través de la cual el legítimo propietario de una cosa reclama su devolución al demandado que la posee o detenta sin derecho y en algunos casos también el valor de frutos y gastos.

¹⁴⁵ En el capítulo segundo vimos como en 1973 el Archivo del Estado de Israel tuvo noticias de una venta privada en Alemania de al menos veintidós cartas y diez postales de Kafka dirigidas a su amigo Max Brod. Al año siguiente, Esther Hoffe, secretaria de Brod, fue detenida en el aeropuerto de Tel Aviv cuando pretendía viajar a Suiza, con un puñado de cartas de Kafka y ejemplares de los diarios de Brod. Su detención tuvo sustento en una Ley de Archivos que desde 1955 prohibía extraer del país material de interés cultural sin haberlo registrado y copiado, siendo que a partir de ese momento se desató una batalla legal por los manuscritos de Kafka que duraría más de cuarenta años.

¹⁴⁶ Además del caso de Kafka, podríamos señalar dos casos significativos: 1. El litigio internacional iniciado por el gobierno de Grecia en contra del Museo Británico, a fin de reclamar la restitución de los mármoles provenientes de distintos templos de la Acrópolis y 2. El de María Altmann en contra del gobierno de Austria, cuyo trasfondo tuvo la recuperación de ciertas obras del pintor Gustav Klimt, en particular el *Retrato de Adele Bloch Bauer I*. La disputa por los cuadros comenzó a desarrollarse en tribunales de los Estados Unidos y terminó siendo resuelta en un arbitraje internacional.

Esta figura puede ser de ayuda en casos muy concretos, por ejemplo, cuando el actor y el demandado se encuentran en el mismo lugar y existe un tribunal competente para conocer del caso; sin embargo, la complejidad de su uso se presenta cuando el poseedor ilegítimo o la obra se encuentran fuera de su país de origen, a lo cual habría que recurrir a notificaciones por exhortos internacionales, o en su caso, demandar la restitución en el país donde se encuentre el soporte material de la obra, supuesto que puede resultar costoso y de difícil ejecución para la parte actora.

Es el plano del Derecho Internacional donde existen una serie de instrumentos que bien podrían contribuir a que cuando un país considere como un deber conseguir la recuperación de alguna obra que se encuentra fuera de su territorio recurra a estos, aunque no siempre el entramado normativo es suficientemente robusto para ello.¹⁴⁷

Señalar que bajo la idea de la custodia de la identidad cultural, todo tipo de manuscritos que no se encuentren en su lugar de origen deberían ser restituidos, podría resultar aventurado. Para tal efecto, habría que analizar la naturaleza de cada obra, así como otras circunstancias que la rodean como pudiera ser, por ejemplo, el soporte material en que se encuentran fijados y la posibilidad de manipularlos, su antigüedad o su estado de conservación.

Aunque no se trata como tal de un manuscrito. Un caso que ejemplifica esta situación tiene que ver con la reciente petición formulada por el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, al gobierno de Austria con relación a la devolución del conocido penacho de Moctezuma, a fin de contar con la pieza para

¹⁴⁷ Para mejor referencia véase la nota publicada en el diario *El Economista*, en la que Jorge Sánchez Cordero, abogado especialista en patrimonio cultural e integrante del Consejo de Dirección del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDORIT) habla sobre la insuficiencia del marco jurídico mexicano para la restitución de bienes culturales, particularmente ante la falta de ratificación del Convenio Unesco-Unidroit de 1995, nota que derivó de la subasta de un lote de piezas precolombinas procedentes de México en la casa de subastas francesa Millon. Notimex, “El arsenal jurídico de México para restituir sus bienes culturales es insuficiente: Jorge Sánchez Cordero”, *El Economista*, Arte e Ideas, 23 de septiembre de 2019, <https://www.economista.com.mx/arteseideas/El-arsenal-juridico-de-Mexico-para-restituir-sus-bienes-culturales-es-insuficiente-Jorge-Sanchez-Cordero-20190923-0006.html>, consultado el 17 de enero de 2022

la celebración del 200 aniversario de la independencia de México en 2021. Sin embargo, el Antiguo Museo de Etnología de Viena, donde se ubica la pieza, ha manifestado que su estado de conservación no es el óptimo para poder soportar un traslado hasta en tanto no exista una tecnología que pueda impedir cualquier vibración, lo cual coincide con un dictamen publicado por comité mexicano-austriaco que restauró el penacho en 2012.¹⁴⁸

6.2. Estudio de caso por caso

No hay que perder de vista que el Derecho es una útil herramienta de protección a los autores de obras, aunque que como toda creación normativa no ofrece soluciones únicas u homogenizadas. Lo cierto es que aporta una serie de instituciones y figuras, como las vistas en este capítulo, que aplicadas a cada caso en concreto pueden contribuir a la resolución de disputas sobre la posesión de manuscritos.

Es recomendable tomar en cuenta la complejidad de las restituciones o recuperaciones e insistir que cada reclamación tendrá sus propios antecedentes, características y peculiaridades; habrá casos en que sea factible la devolución del soporte material en su integridad, pero en otros no; habrá ocasiones en que los derechos de autor se encuentren vigentes o existan herederos de los autores afectados, pero esto dependerá de la revisión de caso por caso.

Para quien vaya a involucrarse en un caso de esta naturaleza, es importante que tenga claro que muy posiblemente el resultado final no se trate de un todo o un nada, ya que con seguridad habrá variantes y obstáculos materiales y jurídicos que superar.

¹⁴⁸ SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Comunicado No. 400.- Especialistas de México y Austria coincidieron en que su frágil estado no permite que sea trasladado hasta existir una tecnología que pueda impedir cualquier vibración*”, 27 de octubre de 2017, <https://www.gob.mx/sre/prensa/el-penacho-del-mexico-antiguo-vuelve-a-ser-exhibido-en-austria-tras-restauracion>, consultado 24 de julio de 2021

7. ¿A quién pertenecen los manuscritos de Franz Kafka?

Después de analizar la forma en cómo se presentaron los hechos que dieron origen a la disputa por los manuscritos de Kafka, y habiendo considerado los elementos descritos en este capítulo, se puede afirmar que la propiedad de manuscritos al ser considerados bienes reales, susceptibles de sucesión corresponderían a los legítimos herederos del autor, los cuales no fueron llamados al juicio y son ubicables, particularmente Michael Steiner, quien a pesar de haber estado de acuerdo con los actos de Brod, tenía derechos a valer conforme a ley.¹⁴⁹

Ahora bien, a pesar de las críticas vertidas con relación al mínimo vínculo de Kafka con Israel o con el judaísmo, el efecto de la sentencia emitida en 2016, produce que tales documentos tengan un adjudicatario (que no propietario) siendo este la Biblioteca Nacional de Israel.

No es la primera vez que una biblioteca resguarda manuscritos de un escritor que no pertenece al país de origen de la biblioteca. Por citar tan solo algunos ejemplos de ello, el Centro de Humanidades Harry Ransom de Texas y la Biblioteca Huntington de Santa María, California, albergan colecciones de manuscritos del escritor británico Kingsley Amis. Esta última biblioteca también cuenta con documentos de William Shakespeare.

Tampoco es la primera vez que un conjunto de manuscritos se publica a pesar de la voluntad en contra de su autor. Se dice que poco antes de morir Virgilio ordenó

¹⁴⁹ De acuerdo con la legislación checa existen una serie de categorías hereditarias en caso de ausencia de disposición mortis causa. En la sexta categoría hereditaria, si no hereda ninguno de los herederos de las primeras cinco (1. Hijos y cónyuge. 2. Cónyuge y padres del causante. 3. Hermanos y pareja de hecho. 4. Abuelos a partes iguales y 5. Abuelos de los padres del causante), la herencia pasa a los hijos de los hijos de los hermanos del fallecido (los hijos de los sobrinos) y a los hijos de los abuelos del causante (sus tíos). Si no hereda alguno de los tíos, su cuota pasa a sus hijos (los primos del causante). European Justice, *Sucesiones. Chequia*, 14 de diciembre de 2020, https://e-justice.europa.eu/166/ES/succession?CZECH_REPUBLIC&init=true&member=1, consultado el 13 de agosto de 2022.

quemar *La Eneida* por considerarla imperfecta.¹⁵⁰ En 2009, Dimitri Navokob cedió los derechos de *El original de Laura*, una novela inacabada de su padre, Vladimir Navokob, la cual se publicó a pesar de que éste había ordenado su destrucción.¹⁵¹

En el plano fáctico, se puede decir que a pesar de que los manuscritos estén en poder de la Biblioteca Nacional de Israel y además digitalizados para consulta gratuita por cualquier persona, tales documentos paradójicamente no tienen propietario, pero al mismo tiempo pertenecen a todos. Esto no es más que una consecuencia del efecto expansivo que produjeron los actos de Brod y de Esther Hoffe al ir permitiendo la publicación y diseminación de los manuscritos de Kafka a lo largo del tiempo, al punto que gracias a él la humanidad entera ha podido acceder a la obra completa del escritor más importante del siglo XX; sin embargo, en cuanto a su voluntad de anonimato y no divulgación de su obra, ya no hay marcha atrás.

En virtud de los tintes kafkianos que tuvo la disputa por sus manuscritos, esta pudo ser una más de las historias construidas por el autor.

¹⁵⁰ Cfr. Rivas Iturralde, Vladimiro, "Broch y la muerte de Virgilio", *Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, Época 3, Volumen VII, Número 80, septiembre de 2005, p.p. 46-54, https://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/80_sep_2005/46_54.pdf

¹⁵¹ - - -, "Publicado el manuscrito que Nabokov quiso destruir", *El País*, Cultura, Londres, 17 de noviembre de 2009, https://elpais.com/cultura/2009/11/17/actualidad/1258412410_850215.html, consultado el 10 de julio de 2022

Conclusiones

Primera. Ante una visión panorámica del Derecho de Autor he analizado la disputa sobre los manuscritos de Franz Kafka, habiendo reparado en la importancia de su escritura, su entorno histórico y literario, llevando para tal efecto un recuento de la contienda que se desató desde 1973 hasta llegar a la sentencia emitida por un tribunal israelí en agosto de 2016, así como la posterior digitalización y liberación de tales documentos en 2021 por parte de la Biblioteca Nacional de Israel.

Segunda. No existe literatura jurídica especializada que con anterioridad haya profundizado en el estudio de este caso; sin embargo, mi análisis me ha permitido destacar ciertos elementos o componentes del Derecho de Autor que no fueron observados durante el tiempo que duró la contienda, pero que tomarlos en consideración en casos similares podría ayudar a determinar el destino final de manuscritos en disputa.

Tercera. Con relación al destino de su obra literaria, Franz Kafka impuso a Max Brod una obligación sin fuerza jurídica, podría decirse que su petición fue casi moral, toda vez que las cartas por las que le solicitó la destrucción de sus manuscritos no son en estricto sentido un testamento con las formalidades y la fuerza legal necesarias. El hecho de haber expresado en vida el deseo de la destrucción de sus papeles, quedó únicamente como una petición sin consecuencias ante su incumplimiento.

Cuarta. Al haber muerto intestado Kafka, sus manuscritos como parte integrante de su patrimonio, debían pasar a manos de sus legítimos herederos conforme a la legislación del lugar. Se sabe que estos respaldaron a Brod para mantener los manuscritos en su poder así como para publicarlos. Por otro lado, antes de partir a Palestina, Brod firmó un supuesto contrato con el padre de Kafka que lo facultaba a publicar los papeles inéditos. Más allá de las formalidades con que se hubiera llevado a cabo tal acuerdo, se podría afirmar que Brod formalizó sus

actos con uno de los primeros herederos legítimos de Kafka, su propio padre, dado que el autor no tuvo hijos.

Quinta. A pesar de su falta de fuerza testamentaria, podría intuirse que las instrucciones de Kafka de no publicar los manuscritos pudieron haber resultado legalmente vinculantes a la luz de sus derechos de autor, los cuales se sustentan en los principios de protección automática y ausencia de formalidades. De una primera impresión podría llegarse a pensar que con la publicación de sus obras Brod habría vulnerado en particular su derecho moral de divulgación; sin embargo, no hay que perder de vista que si bien en aquellos años ya regía el Convenio de Berna, inicialmente este solo reconocía a los derechos de explotación, pero que no fue sino hasta su revisión de Roma en 1928 que se empezaron a reconocer los derechos morales, situación que estrictamente liberaría a Max Brod de infringir el derecho de divulgación de Franz Kafka.

Sexta. Ante el ejercicio de los derechos de explotación vinculados con la obra de Kafka, se podría decir que la publicación y diseminación de su obra por parte de Max Brod y de Esther Hoffe a lo largo del tiempo provocó un efecto dominó que terminó por impactar en todos y cada uno de los derechos referidos, máxime que tales derechos de explotación se encontraban vigentes al tiempo que las obras fueron dándose a conocer.

Octava. Ante disputas por la posesión de manuscritos, si un autor determina en vida el destino que quiere otorgarles a estos, aún siendo su destrucción (en específico a través del ejercicio de su derecho de divulgación), será este un criterio que deba prevalecer ante otros de diferente naturaleza. No se pierda de vista que de conformidad a lo que disponen los artículos 2, 6) y 3, 1), a), de Convenio de Berna, las obras literarias y artísticas gozarán de protección en todos los países de la Unión beneficiando así al autor y sus derechohabientes, además de que los autores nacionales de alguno de los países de la Unión estarán protegidos por sus obras publicadas o no.

Novena. Es preciso tener clara la diferencia entre el contenido de la obra y el soporte en que esta se fije, ya que, si bien hay una notoria y estrecha relación entre ambos conceptos, los derechos derivados de cada uno de ellos son diferentes. Tenerlo claro, es un elemento clave para resolver disputas por la posesión o propiedad de manuscritos, ya que la posesión o propiedad del soporte, por regla general no implica tener derecho de autor alguno sobre la obra, toda vez que en el caso de los manuscritos se trata de bienes reales, para las cuales el Derecho contempla formas de reclamo en específico.

Décima. Se considera que, en casos relativos a disputas por la posesión o propiedad de manuscritos, si la obra no ha pasado al dominio público, deben observarse primeramente los derechos del autor, en particular paternidad y divulgación. Si la obra ya hubiera pasado al dominio público mientras se lleva a cabo la disputa, entonces ésta versará únicamente sobre la posesión del manuscrito como bien real, que fue lo que resolvió el tribunal israelí en 2016.

Décima primera. Las limitaciones por causa de utilidad pública o las licencias no voluntarias podrían ser una herramienta útil para determinar si en casos concretos es necesario recurrir a la publicación o traducción de las obras, aun permitiendo que los poseedores o propietarios de los manuscritos los conserven, dejando así que su contenido sea del acceso público, sobre todo tratándose de casos donde exista una demanda razonable por argumentos de acceder a bienes culturales.

Décima segunda. La disputa por los manuscritos de Kafka no se trató de un caso sobre recuperación o restitución de bienes culturales, dado que el conflicto no implicó resolver los efectos de un despojo del soporte material a su legítimo poseedor, además de que fue resuelta con base en la interpretación del testamento de Max Brod (normas de Derecho Civil), es decir, a pesar de que hubo instituciones internacionales involucradas no se trató de un caso que derivara de un robo, expolio, tráfico o acciones similares donde se hubiera tenido que

ahondar en la protección de bienes culturales como argumento toral. Tampoco fue necesario recurrir a instrumentos internacionales ad hoc.

Décima tercera. En casos complejos y de amplia duración como el de la disputa por los manuscritos de Kafka, suelen aparecer argumentos que no guardan relación con el Derecho de Autor o con el Derecho Sucesorio, y que versan mayormente sobre elementos de identificación cultural, lingüísticos, religiosos, etcétera, pero estos no contribuyen a resolver el problema, o dicho de otra forma, en ocasiones pueden constituir un obstáculo para la adecuada aplicación del Derecho de Autor y del Derecho Sucesorio. No se pierda de vista que este tipo de argumentos son útiles en otro campo, por ejemplo, para que los académicos ubiquen la obra dentro de un contexto en particular, pero no resuelven el tema de a quién pertenece legalmente las obras o sus soportes materiales.

Décima cuarta. La indiscutible relevancia de la obra literaria de Franz Kafka hizo que sus manuscritos inéditos se conviertan en objetos altamente codiciados, al tratarse de una figura universal cuyo trabajo trascendió más allá de territorios, estados o lenguajes. La sentencia del tribunal israelí vino a dotar de un resguardo seguro a los papeles del autor, gracias a esto ahora podrá continuarse difundiendo y traduciendo su trabajo sin peligro de que la obra se siga dispersando o destruyendo; sin embargo, así como la destinataria fue la Biblioteca Nacional de Israel, pudo haber sido cualquier otra si así lo hubiera dispuesto Max Brod en su testamento.

Referencias

Libros y artículos

- - -, “Publicado el manuscrito que Nabokov quiso destruir”, *El País*, Cultura, Londres, 17 de noviembre de 2009, visible en https://elpais.com/cultura/2009/11/17/actualidad/1258412410_850215.html
- BALINT, Benjamin, *El último proceso de Kafka, el juicio de un legado literario*, Traducción de Joan Andreano, España, Ariel, 2019.
- BANVILLE, John, “Un Kafka diferente”, Traducción de Pablo Duarte, *Letras Libres*, 19 de marzo de 2014, <https://www.letraslibres.com/mexico/un-kafka-diferente>.
- BAUTISTA HUARANCCA, Luis Gustavo, “La última voluntad de Kafka: crónica sobre los conflictos legales y dilemas éticos en torno a los manuscritos de Franz Kafka”, *Pólemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*, 29 de abril de 2020, <https://polemos.pe/la-ultima-voluntad-de-kafka-cronica-sobre-los-conflictos-legales-y-dilemas-eticos-en-torno-a-los-manuscritos-de-franz-kafka/>
- BERRUETA, Julen, “Max Brod, el amigo íntimo de Kafka que le traicionó: por qué gracias a él podemos leer sus obras”, *El Español*, Cultura, 16 de noviembre de 2019, https://www.elespanol.com/cultura/20191116/max-brod-intimo-kafka-traiciono-gracias-podemos/444706073_0.html
- BORNSTEIN, Sagi (director), *Kafka’s last story* (documental), udiVsagi Production, 2011, <https://www.youtube.com/watch?v=A3N1s4VUwXk>
- BUTLER, Judit, *¿A quién le pertenece Kafka?*, Santiago de Chile, Palinodia, 2014.
- CERDA SILVA, Alberto J, “Derechos de Autor y Desarrollo: Más allá de la ilusoria solución provista en el ‘Anexo’ del Convenio de Berna”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Número XXVIII, 1er semestre, 2012, p.p. 181-238, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a05.pdf>
- CITATI, Pietro, *Kafka*, Traducción de José Ramón Monreal, Barcelona, Acantilado. 2012.
- CRUZ, Juan, “Kafka en la habitación de al lado”, *El País*, Suplemento Babelia, 20 de mayo de 2020,

https://elpais.com/cultura/2020/05/12/babelia/1589298349_011706.html?ssm=FB_CC&fbclid=IwAR2eWsQOTU_3xHR5cwtbIN8xvAF1zyHsf60yD9uzMTyi4M7Evv57PCCNm-Y

European Justice, *Sucesiones. Chequia*, 14 de diciembre de 2020, https://e-justice.europa.eu/166/ES/succession?CZECH_REPUBLIC&init=true&member=1

FORN, Juan, “Kafka y sus amigos”, *Página 12*, Radar Libros, 9 de junio de 2008, <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/libros/10-3067-2008-06-08.html>

GARCÍA PÉREZ, Jesús Francisco, *Derechos de Autor en Internet*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Estudios de Posgrado, 2013.

GOLOBOFF, Mario, “Milena”, *Franz Kafka, selección de textos*, 23 de enero de 2013, p.12, <http://www.elortiba.org/old/kafka.html>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.

IBARRA PONZA, Stephany Betzabet, *Los derechos de autor y su debida remuneración. El caso de la reforma de telecomunicaciones*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA DEL PERÚ, *Documentos Fundamentales Para el Patrimonio Cultural. Textos Internacionales para su recuperación, repatriación, conservación, proteccion y difusión*, Perú, Instituto Nacional de Cultura del Perú, 2007, https://oibc.oei.es/uploads/attachments/276/patrimonio_cultural_per%C3%BA.pdf

IVRY, Benjamin, “Who is Itta Shedletsy, `Kafa Specialist’?”, *Forward*, 10 de julio de 2010, <https://forward.com/schmooze/129435/who-is-itta-shedletzky-kafka-specialist/>

KAFKA, Franz, *Diarios*, Traducción de Joan Parra y Andrés Sánchez Pascual, España, Debolsillo, 2006.

-----, *Obras Selectas*, España, Edimat Libros, s.a.

LYPSZIC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLAC, Zavalía, 1993.

- MILLARES, Kathya, “El kafkacaso”, *Nexos*, diciembre 2019, <https://www.nexos.com.mx/?p=45992>
- MUÑOZ, Juan Miguel y ELOLA, Joseba, “Este culebrón es puro Kafka”, *El País*, Domingo, 15 de noviembre de 2009, https://elpais.com/diario/2009/11/15/domingo/1258260759_850215.html
- NOCE, Vincent, “French museums face fresh legal action over refusal to retribute works to Jewish families”, *The Art Newspaper*, 15 de julio de 2021, <https://www.theartnewspaper.com/2021/07/15/french-museums-face-fresh-legal-action-over-refusal-to-retribute-works-to-jewish-families>
- Notimex, “Compran Institutos de Alemania y Gran Bretaña cartas personales de Kafka” *La Razón*, 5 de abril de 2011, <https://www.razon.com.mx/cultura/compran-institutos-de-alemania-y-gran-bretana-cartas-personales-de-kafka/>
- Notimex, “El arsenal jurídico de México para restituir sus bienes culturales es insuficiente: Jorge Sánchez Cordero”, *El Economista*, Arte e Ideas, 23 de septiembre de 2019, <https://www.economista.com.mx/arteseideas/El-arsenal-juridico-de-Mexico-para-restituir-sus-bienes-culturales-es-insuficiente-Jorge-Sanchez-Cordero-20190923-0006.html>
- OMPI, *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf
- OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*. Ginebra, OMPI, 1978, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf
- ORTÍZ BAHENA, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa, 2017.
- PARETS GÓMEZ, Jesús. *Teoría y práctica del Derecho de Autor*, México, Sista, 2017.
- PARRA TRUJILLO, Eduardo de la. *Derechos Humanos y Derechos de Autor. Las restricciones al derecho de explotación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM - Nostra Ediciones, 2010.
- RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la propiedad intelectual e industrial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.
- RIVAS ITURRALDE, Vladimiro, “Broch y la muerte de Virgilio”, *Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, Época 3, Volumen VII, Número 80, septiembre de 2005, p.p. 46-54, https://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/80_sep_2005/46_54.pdf
- SÁNCHEZ TRUJILLO, Guillermo, *El enigma de los manuscritos - Desciframiento de El proceso de Franz Kafka* -, Medellín, s.e., 2009, http://www.ignaciodarnaude.com/textos_diversos/Kafka,El%20enigma%20de%20los%20manuscritos,G.S.Trujillo.pdf
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Comunicado No. 400.- Especialistas de México y Austria coincidieron en que su frágil estado no permite que sea trasladado hasta existir una tecnología que pueda impedir cualquier vibración*”, 27 de octubre de 2017, <https://www.gob.mx/sre/prensa/el-penacho-del-mexico-antiguo-vuelve-a-ser-exhibido-en-austria-tras-restauracion>
- SOLORIO PÉREZ, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford, 2017.
- STACH, Reiner, *Kafka*, Traducción de Carlos Fortea, Barcelona, Acantilado, 2016, Tomo I. Los primeros años/Los años de las decisiones y Tomo II. Los años del conocimiento.
- TOLSTÓI, Lev, *Diarios (1847-1894)*, Traducción de Selma Ancira, Barcelona, Acantilado, 2011.
- VILLALBA, Carlos A., “Cultura, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Evolución de la Legislación Nacional. Los Tratados Internacionales y el Orden Constitucional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2014, Número 1. Derecho de Autor. Cuestiones Actuales, p.p. 2-17, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2014.pdf
- y LIPSZYC, Delia, *El Derecho de Autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

WAXMAN, Sharon, *Saqueo. El arte de robar arte*, Madrid, Turner Noema, 2011.

Legislación y tratados

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2200A (XXI)*, 16 de diciembre de 1966, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial, 9 de diciembre de 2016, https://lotaip.ikiam.edu.ec/ikiam2019/abril/anexos/Mat%20A2-Base_Legal/codigo_organico_de_la_economia%20social_de_los_conocimientos_creatividad_e_innovacion.pdf

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 de noviembre de 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Conferencia Internacional Americana de la Organización de los Estados Americanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* 2 de mayo de 1948, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos.>

Congreso de la Unión, *Ley Federal del Derecho de Autor*, Diario Oficial de la Federación, última reforma 1 de julio de 2020, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_010720.pdf

EGEDA Dominicana, Sociedad de Gestión Colectiva, *Ley No. 65-00 sobre Derecho de Autor*, <https://www.egeda.do/documentos/Ley%20No.65-00%20sobre%20Derecho%20de%20Autor.pdf>,

Ministerio de Cultura, *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, Boletín Oficial del Estado, 30 de marzo de 2022

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, 26 de octubre de 1961,

<https://wipolex.wipo.int/es/text/289758>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales*, 24 de junio de 2012,

<https://wipolex.wipo.int/es/text/295840>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, 20 de diciembre 1996,

<https://wipolex.wipo.int/es/text/295167>

Parlamento de la República Checa. *Copyright Act. Consolidated version of Act No. 121/2000 Coll., on Copyright and Rights Related to Copyright and on Amendment to Certain Acts (the Copyright Act)*, 7 de abril de 2000,

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/5067>

Unión de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, *Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas*, 9 de septiembre de 1886, última enmienda el 28 de septiembre de 1979,

<https://wipolex.wipo.int/es/text/283700>

Jurisprudencia

DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO, Tesis: P./J. 102/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6,

<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170786>

Páginas de internet

“Archives”, *The National Library of Israel*, <https://www.nli.org.il/en/discover/archives>
Deutsches Literatur Archiv Marbach, <https://www.dla-marbach.de/>

Bibliografía

ARTEAGA ALVARADO, Carmen, *Limitaciones y Excepciones. El equilibrio de la exclusividad*, s.l., s.e., s.a., <https://bibliotecas.uaslp.mx/NACO-Mexico/archivos/eventos/10a%20conferenciay8oseminario/Talleres/Taller6%20--%20Limitaciones%20y%20excepciones%20en%20la%20LFDA-def.pdf>

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos Resolución 217 A (III)*, 10 de diciembre de 1948,
https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

COHEN, Nili, “The Betrayed(?) Wills of Kafka and Brod”, *Law & Literature*, The Cardozo School of Law of Yeshiva University, 2015, volumen 27, p.p. 1-21,
https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/Law/faculty%20members/Nili%20Cohen/betrayedwillsmarch15.pdf

FERNÁNDEZ PALOMO, Laura, “El último juicio de los papeles de Kafka y sus dilemas éticos” *La Vanguardia*, 6 de noviembre de 2018,
<https://www.lavanguardia.com/vida/20181106/452779269901/el-ultimo-juicio-de-los-papeles-de-kafka-y-sus-dilemas-eticos.html>

MENDES, Lev, “A (Kafkaesque) Legal Battle Over the Author’s Papers Is at the Heart of ‘Kafka’s Last Trial’”, *The New York Times*, 24 de octubre de 2018,
<https://www.nytimes.com/2018/10/24/books/review/benjamin-balint-kafkas-last-trial.html>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Declaración de aplicación continuada del Convenio de Berna por la República Checa*, 18 de diciembre de 1992, <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/parties/remarks/CZ/15>

- PEHAR, Lara, “Kafka on trial: Cultural Appropriation and the Politization of Literature”, *The Third Euroacademia International Conference: Identities and Identifications: Politized Uses of Collective Identities*, Lucca, Italia, 19 al 20 de junio de 2015, <http://euroacademia.eu/presentation/kafka-on-trial-cultural-appropriation-and-the-politicisation-of-literature/>
- PRADO, Benjamín, “Una guerra de 46 años para adueñarse de Kafka” *El País*, El Pulso, 5 de enero de 2020, https://elpais.com/elpais/2019/12/30/eps/1577728781_301644.html
- ROBERT, Marthe, *Kafka*, Traducción de Carlos A. Fayard, Buenos Aires, Paidós, 1969.
- SAN JOSÉ, Héctor, “La compleja cuestión de las devoluciones de arte”, *Ars Magazine*, 22 de octubre de 2020, <https://arsmagazine.com/la-compleja-cuestion-de-las-devoluciones-de-obras-de-arte/>