NOTA: Para dejar constancia que la querella y la defensa de *José Mauricio Levy* presentaron a través del sistema de Lex100 el memorial sustitutivo de la audiencia oral, tal como fueran intimados. Por su parte, la defensa de *Marcos Pedro Carnevale* y a *Adrián Schwartz Kirzner* lo presentaron en el día de la fecha, a las 11:03 horas. Buenos Aires, 30 de noviembre de 2020.

María Inés Di Pace
Prosecretaria de Cámara *Ad-Hoc*

Buenos Aires, 1° de diciembre de 2020.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la querella contra el auto que sobreseyó a *José Mauricio Levy*, *Marcos Pedro Carnevale* y a *Adrián Schwartz Kirzner* y, por la defensa de los dos últimos, contra la imposición de costas en el orden causado.

II. *Daniel Frescó*, autor de la obra literaria "*Enfermo de Fútbol*" publicada en diciembre del año 2015, bajo el sello Emecé del Grupo Editorial Planeta S.A.I.C. e inscripta, el 26 de julio de 2016, en la Dirección Nacional del Derecho de Autor -bajo el nro. 5301248-, denunció que los nombrados habrían defraudado sus derechos de propiedad intelectual al registrar y emitir cinematográficamente -sus coautores intelectuales y titulares declarados- *Carnevale* y *Schwartz Kirzner*, en agosto de 2017, la película "*El Fútbol o yo*" -patentado como obra inédita en la DNDA (expediente 5332562) el 30 de enero de 2017-.

Asimismo, afirmó que *Levy* habría sido quien obtuvo por parte del querellante, el 15 de diciembre de 2015, la novela en cuestión, mostrándose interesado en concretar, sobre la base de la misma y los derechos que había adquirido del film extranjero

#30116677#275193939#20201201121605225

"*Je suis supporter du Standard*", un guion conjunto para producir la película nacional.

III. *<u>Del procesamiento:</u>*

El análisis de la cuestión amerita hacer un repaso sobre la vinculación entre las partes y, en lo concreto, con el libro "*Enfermo de Fútbol*".

No está en discusión que alrededor del año 2015 *Levy,* ya en poder de los derechos de la película belga que, a todas luces -y esto resulta relevante-, gira en torno a la misma temática que las otras dos creaciones, tomó conocimiento que *Frescó* estaba escribiendo sobre el tema y lo contactó para analizar la posibilidad que el film que se pretendía realizar, también incluyera pasajes de su obra.

Lo expuesto se ve reflejado en los intercambios de mails entre *Levy* y el querellante, donde conversaron acerca de la lectura y visualización, respectivamente, del libro y la película extranjera para ver si podían llegar a un acuerdo.

Ninguno duda que no llegaron a concretarlo, y de ahí deriva justamente esta denuncia por cuanto *Frescó* sí puso a disposición de *Levy* su libro y, sin perjuicio de no llegar a un pacto para representarlo cinematográficamente, alega que grande fue su sorpresa al ver que el *trailer* de "*El Fútbol o yo*" se asemejaba mucho.

Se practicaron peritajes con profesionales tanto oficiales como postulados por ambas partes en los cuales se arribó a diversas conclusiones:

- Los **oficiales** concluyeron que *"la película El fútbol o yo presenta coincidencias claras temáticas y formales con la novela Enfermo de fútbol de Daniel Frescó (tal como las hemos marcado en detalle). Estas coincidencias, asimismo, se presentan como innovaciones de la novela, pues no se encuentran en la tradición narrativa precedente, tal como lo hemos analizado en el*

informe precedente. De las coincidencias señaladas entre el libro y la novela en el primer informe de la pericia, solamente encuentra un precedente en la película belga Je Suis Supporter du Standard la subtrama referida a la enfermedad / adicción del protagonista y su vinculación con el tratamiento de los grupos de ayuda al modo de Alcohólicos Anónimos”,

- El de la **querella** concluyó que *“en la película El fútbol o yo de Carnevale-Suar se distinguen, a la vez, algunos elementos narrativos de la película franco-belga Je suis supporter du Standard de Riton Liebman y Gábor Rassov, así como también varios elementos narrativos significativos, claves, esenciales de la novela Enfermo de fútbol de Daniel Frescó”*,

- El de la **defensa** de *Carnevale* y *Schwartz Kirzner* esbozaron que *“al no haber semejanzas comprobables y de trascendencia a los fines de este proceso entre las dos obras argentinas, entendemos que las características y coincidencias particulares y primordiales ya remarcadas en el punto anterior entre ambos films nos dan la pauta de que no existe tal reproducción y reelaboración parcial, total o disfrazada respecto de la novela de Frescó como se pretende sostener”*.

Lo cierto es que el cuerpo de la argumentación de los expertos, transitaron por los mismos caminos, es decir, aunque abordado de manera disímil, sí se analizaron las semejanzas entre las dos creaciones. A saber:

1) Fanatismo universalista al fútbol.

2) El título de la película -*“el fútbol o yo”*- se encuentra presente en la página 94 de la novela.

3) Coincidencia en edad, clase social, estructura física de los personajes.

4) Ambos tienen pareja -con quien se genera un conflicto por el deporte- y dos hijos.

#30116677#275193939#20201201121605225

5) Ven partidos de fútbol en diversos dispositivos electrónicos.

6) Los protagonistas llevan una agenda en la que anotan los partidos que quieren ver. Se menciona en ambos un encuentro entre *"Manchester City/Tottenham"*.

7) Escenas que tratan sobre un corte de luz y una que hace referencia a la muerte -visita a un cementerio y a una sala de velatorios-.

Debiendo dar una solución al caso, preliminarmente queremos dejar asentado que, no sólo los suscriptos han analizado pormenorizadamente las actuaciones judiciales -que obviamente incluyen los estudios periciales-, sino que observaron la película nacional y leyeron el libro de *Frescó* en su totalidad para poder ensayar correctamente la solución.

Por ello advertimos, al igual que fuera puntualizado por las experticias, los puntos en común que ambas presentan, pero ello no alcanza para hablar de una violación a los artículos 71 y 72 de la Ley 11.723 y llevar, consecuentemente, a la intervención del derecho penal.

Recuérdase que "*la prueba intrínseca consiste en cotejar las dos creaciones como un todo y no desviando la atención solamente en las coincidencias existentes (elementos extrínsecos) con el fin de determinar si las dos obras son sustancialmente similares a los ojos de un observador promedio"* -el subrayado nos pertenece- (Lipszyc, Delia, *"Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Derechos conexos"*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, abril de 2019, página 486, donde se citó CNCP, Sala IV, causa nº 5637 'Gvirtz, Diego s/recurso de casación" rta. el 5/3/07; CCC, Sala V, 01/6/05, 'Gvirtz, Diego s/Ley 11.723).

A su vez se tiene en cuenta que: "*Como sostiene mayoritariamente la doctrina, el plagio no existe cuando en una obra*

sólo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, desde que puede existir similitud y hasta identidad de esos elementos sin que exista plagio; ello así por cuanto la idea no tiene autor, a nadie pertenece en exclusividad ni persona alguna puede ejercer monopolio sobre ella. Por lo tanto, si en el caso las obras de la actora y demandada tienen elementos comunes, pero existen diferencias sustanciales entre sí, no cabe tener por configurado el plagio debiendo rechazarse la pretensión ejercida por la accionante (Gaffoglio, Gisela *"El plagio"*, publicado en Revista Jurídica Argentina La Ley, año 2006, donde se citó CNCiv., sala A, 31/10/1989, ED, 136-154).

De ahí nuestra postura respecto a que el análisis no puede hacerse de manera sesgada, buscando solo coincidencias y desoyendo la realidad que la película argentina se basó en el film extranjero "*Je suis supporter du Standard"*, que por cierto data del año 2013.

Ello surge palmariamente del contrato de derechos para la realización del *remake* de aquélla, suscripto el 2 de junio de 2015 entre *Levy* y *Julien Berlán* -posteriormente otorgado a "Patagonik Film Group S.A."-, en el que incluso se previó la posibilidad de "*producir <u>una adaptación o versión</u> en forma cinematográfica basada en la Obra con grabación de sonido directo en idioma español*" así como también el "*Derecho de adaptar, dramatizar, cambiar, variar o modificar la Obra para desarrollar el guion de cine de la Remake (de manera directa o con la asistencia de uno o más escritores); agregar, eliminar u omitir del guion de cine de la Película Original personajes, textos, escenas, incidentes, situaciones, acciones, títulos y diálogos a fin de adaptar la historia a los clientes y la idiosincrasia del Territorio en el cual se va a estrenar*".

#30116677#275193939#20201201121605225

Con esto se quiere representar que más allá de observarse similitudes -que no parecen trascendentales-, resulta incuestionable que el tópico de los derechos adquiridos efectivamente gira en torno a una persona "adicta" al futbol.

De ahí que, a nuestro criterio, pretender mantener la discusión sobre si lo es a un equipo en particular o a un concepto universal no resta mérito al análisis que estamos efectuando, por cuanto no se duda en que los tres personajes se ven afectados de igual modo por su fanatismo por dicho deporte.

Sobre este punto debemos recordar que doctrinariamente se sostuvo: "*la ley no protege la idea sino su forma de expresión. El objeto de la propiedad intelectual no es la obra abstracta, sino la forma original que el autor ha adoptado para expresarla. Esta es una premisa fundamental en materia de derechos intelectuales"* y más específicamente: *"el principio legal de que la idea no es protegible se aplica cuando dos autores desarrollan con originalidad la misma idea, pues el desarrollo novedoso no constituye plagio"* (Emery, Miguel Ángel, *"Propiedad Intelectual. Ley 11.723"*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, páginas 24 y 29).

En lo concreto, no advertimos que la "originalidad" que presentaría la novela de *Frescó* -fanatismo universal- permita hablar de una creación propia que, al estar también presente en "*El fútbol o yo*" lleve a la conclusión que estamos ante un plagio. Contrariamente, no sólo pareciera ser un concepto que puede verse cotidianamente justamente por no resultar novedoso encontrase con una persona entusiasta de ese deporte de manera genérica respecto a clubes de todo el mundo.

Máxime cuando, reiteramos, en *Je suis supporter du Standard*, publicada dos años antes, se habla de ese tipo de fanatismo, aunque sí de forma un tanto más acotada, pero que evidentemente interfiere en su vida con la misma profundidad.

Lo relevante es que se observa una diferencia palmaria en el núcleo y desenlace entre el libro y la película. Mientras el primero transita casi exclusivamente sobre la novedad de pretender ser declarado “enfermo de futbol”, logrando así no poder ser despedido de su trabajo, llegando a judicializar y mediatizar la cuestión y dejando de lado todo el resto de su vida, en tanto incluso permaneció encerrado en su domicilio por quince meses y quince días -esto sí pareciera ser lo original de la creación-, la restante se ciñe al reconocimiento por parte del protagonista que sería un “adicto al futbol” y así, intenta superarlo para poder recuperar a su pareja, lo que finalmente logra.

Incluso esa particularidad de “adicción”, el modo en que lo advierte y trata -haciendo un test de alcoholemia y yendo a un grupo de alcohólicos anónimos- justamente es la que toma del film belga.

Ambas piezas son fácilmente diferenciables la una de la otra, y pensar que la película esté basada en el libro no es posible. Reiteramos, transitan por caminos conceptualmente diferentes y no existe la presunta “imitación” de la obra con el alcance que el recurrente pretende otorgarle.

Ahora bien, sin perjuicio que se descarta un injusto en la exposición de la parte, no podemos dejar de hacer una salvedad respecto a *Marcos Pedro Carnevale* y a *Adrián Schwartz Kirzner* en concreto.

En sus declaraciones indagatorias ambos incluso negaron haber siquiera tomado vista del libro de *Frescó,* y dijeron que recién supieron de aquél al formularse la denuncia y observar las notas que dio en los medios televisivos. Y, tras un estudio del sumario, nada permite objetivamente inferir lo opuesto.

Nótese que el intercambio de correos se dio exclusivamente entre *Levy* y *Frescó.* Paralelamente, quienes

escribieron el guion fueron *Carnevale* y *Schwartz Kirzner*, con lo cual se descartó la intervención de *Levy* en su producción -ver contrato de guion incorporado en el sistema Lex-100-.

Por ello, teniendo en cuenta que "*La alteración del texto descripta por la figura requiere -al igual que todas las demás conductas de los artículos 71 y 72 de la ley 11.723-* ***una actuación dolosa*** *encaminada a defraudar los derechos de propiedad intelectual en lo que hace a la "integridad de su creación", sea en su aspecto moral o patrimonial, es decir, un obrar con conocimiento de la habilidad de la acción para infringir la norma y con la voluntad de, aún así, concretarla"* (D´Alessio, Andrés José – Divito, Mauro, "*Código Penal de la Nación comentado y anotado*", editorial La Ley, 2ª. Ed., Tomo III, pág. 42 y ss.), es aún más palmaria la imposibilidad de tipificar la conducta respecto a los dos nombrados como se pretende.

Estamos lejos de poder probar que al elaborar lo que posteriormente se vio en el cine conocieran sobre el libro del querellante y, más precisamente, que lo usaran para la adaptación del guion a la pantalla. Lo que sí puede observarse es la cierta correspondencia con la obra belga de la cual adquirieron formalmente sus derechos y obviamente la idea de la película que no sería más que una nueva versión de ella.

Así, insistimos en que las aisladas coincidencias -triviales, por cierto- del documento con el film no permite de modo alguno teñir de delictiva la acción de los encausados. Lejos está de la protección que la Ley pretende dar al autor.

Por todo lo expuesto entendemos que, habiéndose reunido en el legajo el estado de certeza negativo que exige el artículo 336 del Código Procesal Penal, corresponde terminar con el estado de incertidumbre que pesa sobre *José Mauricio Levy, Marcos Pedro*

#30116677#275193939#20201201121605225

Carnevale y *Adrián Schwartz Kirzner*, y por ello habremos de homologar el auto impugnado.

IV. *<u>De las costas:</u>*

Tal como se dejó asentado en la nota que encabeza la presente, el recurrente presentó el memorial sustitutivo de la audiencia oral en el día de ayer a las 11:03 horas, sin perjuicio que al ser notificado el pasado 12 de noviembre se hizo saber que tenían tiempo para hacerlo hasta las 09:30 horas *"lo cual conforma las 2 horas de gracia dispuestas por el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*".

Por ello, en atención a lo establecido en el artículo 454, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde declarar desierta la impugnación de la defensa de *Marcos Pedro Carnevale* y *Adrián Schwartz Kirzner*, en lo que respecta a las costas impuestas en la presente.

En consecuencia, el Tribunal **<u>RESUELVE</u>:**

I. CONFIRMAR la decisión que sobreseyó a *José Mauricio Levy*, *Marcos Pedro Carnevale* y a *Adrián Schwartz Kirzner*, con costas (artículo 530 y siguientes del Código Procesal Penal).

II. DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Marcos Pedro Carnevale* y *Adrián Schwartz Kirzner*, respecto a la imposición de las costas en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Ricardo Matías Pinto, subrogante de la vocalía nro. 8, no suscribe la presente por estar abocado a las audiencias de la Sala V de esta Excma. Cámara.

#30116677#275193939#20201201121605225

Julio Marcelo Lucini Magdalena Laíño

Ante mí:

María Inés Di Pace
Prosecretaria de Cámara *Ad-Hoc*

#30116677#275193939#20201201121605225