



# UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

## **La naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y sus consecuencias: El derecho de autor en el régimen de comunidad en Argentina**

Tesis de Doctorado en Derecho

**Autor:** Julián Ianiv Azar

**Director de Tesis:** Dr. Ricardo Furfaro

Agosto 2023

## **Agradecimientos**

Agradezco a la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y a la totalidad de los profesores de la carrera y mis compañeros de curso, por haberme dado la oportunidad de cursar mis estudios doctorales, sorteando la adversidad que nos tocó vivir como sociedad en el año 2020. Especialmente agradezco a los Dres. Ricardo Furfaro y a la Dra. Paola Alejandra Urbina por haberme acompañado y aconsejado durante la redacción de esta tesis. Finalmente, también le doy las gracias a mis familiares y amigos, por su apoyo y paciencia durante la creación de esta obra.

## Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como propósito determinar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina, e identificar los inconvenientes prácticos y normativos que presenta la legislación en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir del año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto requiere armonizar dos ramas del derecho que no suelen tener mucho contacto entre sí, como son el derecho de propiedad intelectual y el derecho de familia.

Para poder cumplir con este objetivo analizamos las distintas posturas dentro de la filosofía del derecho, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación nacional, estudiando su evolución desde el año 1853 hasta la fecha de presentación de este trabajo. También exploramos la normativa, doctrina y jurisprudencia de otros países como Francia, España, Chile, Colombia y el Estado de Texas, en Estados Unidos, para conocer y comparar el derecho argentino con el derecho comparado.

En este marco, a partir de un diseño de tesis no experimental y cualitativo, comprobamos que, en primer lugar, **la propiedad intelectual es un derecho de propiedad especial sui generis, de absoluto señorío, de naturaleza mixta, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con una enorme similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.**

En segundo lugar, que **las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y contradicen la normativa de jerarquía constitucional, además de padecer inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho de este derecho, por lo que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por contradicción de la norma de mayor jerarquía e irracionalidad de la norma.**

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b> .....	<b>3</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>6</b>
<b>Capítulo I. Estado del arte</b> .....	<b>10</b>
1. Introducción .....	10
2. Legislación aplicable en materia de propiedad intelectual en el matrimonio en Argentina y sus antecedentes legislativos .....	10
3. Doctrina .....	12
4. Jurisprudencia de Argentina .....	13
5. Legislación y jurisprudencia del derecho comparado .....	14
6. Conclusión .....	14
<b>Capítulo II. Marco metodológico</b> .....	<b>15</b>
1. Introducción .....	15
2. Diseño no experimental .....	16
3. Unidad de análisis y variable .....	16
4. Tipo de abordaje metodológico .....	17
5. Alcance de la tesis .....	18
6. Hipótesis .....	18
7. Cómo cumplimos el objetivo general y específicos de la tesis, su relación con la pregunta de tesis y la hipótesis .....	19
<b>Capítulo III. Identificación e introducción del objeto de estudio: la propiedad intelectual</b> .....	<b>22</b>
1. Introducción .....	22
2. Identificación y definición de la propiedad intelectual .....	23
3. Fundamentos de la propiedad intelectual. Su importancia en la economía global .....	25
4. Definiciones clave: derechos de autor, derechos industriales, derechos de	

marcas, autor, propiedad originaria y propiedad derivada .....	28
5. Diferencias y similitudes entre el derecho de autor y el copyright.....	31
6. Características de la propiedad intelectual .....	33
7. Naturaleza jurídica de la propiedad intelectual: el debate.....	37
8. La propiedad intelectual en la legislación argentina y su jerarquía .....	44
9. La relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos reales. Similitudes y diferencias .....	47
10. Caso testigo del vínculo entre los derechos reales y la propiedad intelectual: el usufructo de propiedad intelectual .....	51
11. La propiedad intelectual como producto y no como fruto del intelecto.....	58
12. Géneros y especies de propiedad intelectual .....	59
13. Propiedad originaria, propiedad derivada y work made for hire .....	76
14. Conclusiones .....	77
<b>Capítulo IV. La propiedad intelectual en el matrimonio .....</b>	<b>78</b>
1. Introducción .....	78
2. El conflicto en torno a la propiedad intelectual en el matrimonio .....	79
3. Los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio .....	81
4. El régimen patrimonial del matrimonio en Argentina y su evolución .....	86
5. Distinción entre bienes propios y gananciales en el derecho argentino contemporáneo. Diferencia entre fruto y producto .....	88
6. Historia de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino.....	89
7. Período I: Años 1853 a 1967. Constitución Nacional, Ley de propiedad Intelectual, reglamento, Código Civil y proyectos de reforma .....	91
8. La sucesión de Roberto Arlt como punto de inflexión .....	100
9. Período II: La Ley 17.711. Años 1968 a 2015.....	105
10. El proyecto de Código Civil del año 1998 .....	123
11. Período III. Código Civil y Comercial. Años 2015 y actualidad .....	125
12. El silencio de una parte de la doctrina .....	127
13. Voces a favor de la reforma .....	129
14. Críticas y lagunas en la nueva legislación argentina .....	130

15. Titularidad derivada .....	133
16. Derecho comparado .....	134
17. Conclusiones .....	144
<b>Capítulo V. La inconstitucionalidad del art. 464 inc. o CCCN .....</b>	<b>145</b>
1. Introducción .....	145
2. Los sistemas jurídicos constitucionales y su importancia .....	146
3. La jerarquía de la Constitución Nacional y la seguridad jurídica.....	148
4. El bloque de constitucionalidad.....	149
5. El proceso de constitucionalización del derecho privado en el CCCN.....	152
6. El modelo dogmático del legislador racional.....	154
7. El sistema de control constitucional en Argentina.....	155
8. El vicio de la inconstitucionalidad.....	156
9. Los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una norma.....	158
10. Cuestiones no justiciables .....	163
11. Efectos de la inconstitucionalidad de una norma en Argentina.....	164
12. La inconstitucionalidad como remedio judicial de última ratio.....	165
13. La inconstitucionalidad de oficio .....	168
14. Algunos supuestos que habilitan el remedio de la inconstitucionalidad.....	169
15. La inconstitucionalidad por contradicciones entre la norma de mayor y la de menor jerarquía. Análisis del art. 464 inc. O CCCN.....	170
16. Inconstitucionalidad por irrazonabilidad de la norma. Análisis del art. 464 inc. O CCCN.....	173
17. Conflictos hipotéticos en donde puede aplicarse para al caso concreto la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN .....	178
18. Hipótesis de conflicto en donde no debería aplicarse la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN, por existir otro remedio menos extremo .....	187
19. Conclusión .....	190
<b>Capítulo VI. Conclusión final de la tesis y propuestas .....</b>	<b>192</b>
1. Conclusión final de la tesis .....	192
2. Propuestas.....	197

<b>Bibliografía y fuentes de información .....</b>	<b>200</b>
Bibliografía.....	200
Fuentes de información .....	214

## **Introducción**

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante CCCN- trajo consigo una serie de cambios respecto al régimen patrimonial del matrimonio en Argentina. Entre estos cambios destacamos el resurgimiento de una postura doctrinaria, abandonada por el legislador en el año 1968, que modifica la calidad de bien propio de la propiedad intelectual, transformándola en un bien ganancial.

Para abordar esta cuestión es necesario armonizar dos ramas del derecho privado, como son el derecho de propiedad intelectual y el derecho de familia, las cuales cuentan con independencia normativa y científica, a tal punto que cada una guarda su propia lógica interna.

Así, en razón de lograr esta armonización resulta necesario comprender previamente la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y la fundamentación del régimen patrimonial de comunidad en el matrimonio, siendo que estos asuntos se encuentran en constante debate.

No escapa a nuestra comprensión que resulta imposible lograr un consenso homogéneo entre algunas opiniones completamente opuestas entre sí. Más si tenemos en cuenta que la rama del derecho que estudia a la propiedad intelectual y la que estudia a la familia son dos disciplinas independientes entre sí, con autonomía dogmática y normativa, que parten de paradigmas muy distintos y que rara vez interactúan.

Por tal motivo es raro encontrar autores que se sumerjan en esta temática multidisciplinaria sin arrastrar algunos vicios ideológicos que nublan el juicio de lo que debería ser un análisis puramente jurídico. La presente tesis tiene como principal objetivo identificar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina, e identificar los problemas prácticos y normativos que presenta la legislación en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, respondiendo las siguientes preguntas:

**¿Cuál es la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina?**  
**y ¿Qué problemas prácticos y normativos presenta la legislación vigente en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir de la sanción del CCCN?**



Para responder estas preguntas, estudiamos a fondo el instituto de la propiedad intelectual como parte del régimen de propiedad privada, su desarrollo dentro del régimen patrimonial del matrimonio y la constitucionalidad de la reforma.

La tesis se desarrolla en un total de seis capítulos, en los cuales analizaremos progresivamente la legislación, doctrina, filosofía y teoría económica que respaldan las distintas posturas existentes, para llegar finalmente a una conclusión que nos permita comprender no sólo la importancia de esta temática, sino también la solución y respuestas a muchos de nuestros interrogantes.

Comenzaremos este recorrido por el estado del arte, en el Capítulo I, donde hablaremos sobre la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual y la legislación aplicable en cuestiones patrimoniales dentro del matrimonio, comparando a la Argentina con el resto del mundo.

Luego, en el capítulo Capítulo II, abordaremos las posturas filosóficas, económicas y morales que justifican la existencia e importancia de la propiedad intelectual, así como también las posturas opuestas. Es decir, aquellas que niegan la existencia de un derecho de propiedad intelectual o, incluso, reafirman una oposición a todo derecho de propiedad. Asimismo, en dicho capítulo se tratará la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, comenzando por definir no sólo qué es la propiedad intelectual sino cuál es la importancia analítica de definir una naturaleza jurídica como herramienta de interpretación doctrinaria.

Indagaremos sobre las distintas teorías que analizan a la propiedad intelectual como parte de la personalidad del autor, como derecho de absoluto señorío, de naturaleza mixta, irrenunciable e inalienable. También veremos las tesis sobre el absoluto monopolio del autor o inventor sobre su obra o invento, la limitación temporal, la oponibilidad erga omnes y las diferencias entre la propiedad intelectual y derechos reales.

Esta comparación nos llevará a indagar más respecto a la propiedad intelectual como producto y no como fruto del intelecto y los diferentes tipos de propiedad intelectual, ya sean derechos de autor o derechos industriales.

Siguiendo con esta lógica, en el Capítulo III analizaremos la propiedad intelectual dentro del matrimonio. En este apartado veremos su historia legislativa dividida en tres períodos bien diferenciados.

Un primer período correspondiente a la sanción de la Constitución Nacional, el Código Civil y la Ley de propiedad Intelectual, el cual abarca los años 1853 a 1967.

El segundo período se inaugura luego de la sucesión del escritor argentino Roberto Arlt con la sanción de la Ley 17.711, vigente entre los años 1968 y 2015.

Finalmente, estudiaremos el tercer período, el cual inicia con la sanción del CCCN en el año 2015, permaneciendo sin modificaciones hasta nuestros días.

También estudiaremos en este capítulo los conflictos que surgen dentro del matrimonio en relación a la propiedad intelectual. La jurisprudencia francesa del siglo XX, el célebre caso Keane vs Keane de Estados Unidos y la sucesión de Roberto Arlt. Casos que por su relevancia fueron muchas veces acompañados de reformas legislativas, tanto en el derecho nacional como comparado.

Habiendo analizado las cuestiones de fondo, en el Capítulo IV abordaremos la cuestión de la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O, CCCN. Para profundizar en esta temática nos sumergimos en el apasionante mundo de los sistemas jurídicos constitucionales, el sistema de jerarquía constitucional y la seguridad jurídica.

También reflexionaremos sobre el vicio de inconstitucionalidad y los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una norma, siendo esta un remedio judicial de última ratio, aplicable en casos de graves contradicciones entre la norma de mayor y menor jerarquía.

El presente trabajo, por su metodología, toma un tipo de diseño no experimental, cualitativo y con alcance explicativo. Las unidades de análisis son la doctrina, legislación, jurisprudencia y otras fuentes de información, nacionales y extranjeras, con el fin de determinar la diferencia normativa existente entre la normativa vigente en Argentina, Chile, Estados Unidos, Francia, Inglaterra y otros países.

La importancia de esta investigación radica en aportar soluciones a los problemas cotidianos que surgen en torno a la propiedad intelectual en el ámbito familiar, tanto durante la vigencia del régimen de comunidad como posterior a su disolución.

Una serie de conflictos que son abundantes y distintos entre sí, atravesando desde estafas en el ámbito de la pareja, hasta soluciones injustas en divorcios y sucesiones, tal como se puede observar en la jurisprudencia ya mencionada en esta introducción.

Al final de la tesis planteamos la necesidad de relacionar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y su posición dentro del matrimonio, para finalmente llegar a dos conclusiones que son nuestra hipótesis.

En primer lugar, que **la propiedad intelectual es un derecho de propiedad especial *sui generis*, de absoluto señorío, de naturaleza mixta, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.**

En segundo lugar, que **las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y contradicen la normativa de jerarquía constitucional, además de padecer inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho, por lo que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por contradicción de la norma de mayor jerarquía e irracionalidad, en determinadas circunstancias.**

Al concluir el texto académico presentaremos también una serie de recomendaciones de lo que consideramos que sería una resolución judicial justa y adecuada al derecho vigente, así como una propuesta de cambios legislativos que se podrían hacer, con el fin de tener un conjunto de normas armónicas.

Parafraseando a Blackstone (1765) no hay nada que avive de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad como el derecho de propiedad (p. 1). Por tal motivo creemos que los alcances de este derecho deben ser claros, precisos y coherentes, siendo en última instancia la persecución de estas cualidades el aporte de esta tesis a la doctrina.

## **Capítulo I. Estado del arte**

### **1. Introducción**

La presente tesis abarca una temática que ha sido objeto de debate durante más de cien años en nuestro país. Eso es el carácter de bien propio o ganancial de la propiedad intelectual.

Actualmente, la legislación civil le ha dado un carácter de bien ganancial dentro del régimen de comunidad del matrimonio. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. La legislación anterior tenía un criterio más compatible con nuestra Constitución Nacional, similar al derecho de autor de países como España y Francia.

En el presente capítulo veremos una breve aproximación del estado del arte, el cual será desarrollado con mayor profundidad en los capítulos II y III de esta tesis.

### **2. Legislación aplicable en materia de propiedad intelectual en el matrimonio en Argentina y sus antecedentes legislativos**

En cuanto a la normativa aplicable en materia de propiedad intelectual en el matrimonio argentino, así como sus antecedentes, consideramos relevante mencionar las normas que regulan a la propiedad intelectual en sí misma, para luego enumerar aquellas que regulan este derecho dentro del matrimonio.

Así, destacamos que la propiedad intelectual tiene jerarquía constitucional desde el año 1853 hasta la fecha, conforme el art. 17 CN. Esta norma sólo tuvo un período sin vigencia, entre los años 1949 y 1957, siendo reemplazado por el art. 39, segundo párrafo, de la constitución peronista. Vale aclarar que si bien dicha norma mantenía el espíritu del art. 17 CN, lo cierto es que la lectura armónica de dicha constitución introducía un criterio de relatividad del derecho de propiedad privada en favor del presunto bien común, generando así una desprotección de la propiedad intelectual frente al gobierno de turno.

Posteriormente, con la reforma constitucional del año 1994, el derecho de propiedad privada previsto por los tratados de derechos humanos también adquirió la jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 CN.

A saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos, París 1948, en su art. 27 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, New York, 1966, en su art. 15 consagran la propiedad intelectual.

Vale resaltar que si bien otros tratados de derechos humanos reconocen la propiedad privada, como es el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 21, estos no hacen ninguna referencia clara al derecho de propiedad intelectual, ya sea en su carácter de derecho de autor, ni de derecho industrial.

Por debajo de la jerarquía constitucional, la Argentina adhirió a los tratados internacionales de las Normas OMPI - TRIPS, el Convenio de París, del año 1967, sobre marcas, y la Convención de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, conforme la Ley Nº 17.521 del año 1967, entre otros tratados que se mencionan en esta tesis.

A su vez, la Ley 11.723 de Derechos de autor, la Ley 22.362 de Marcas; los Decretos 558/81, 1141/03. 1384/2008, que regulan la actividad marcaria; las leyes 24.481, 24.572, 25.859 y 26.229 de Patentes y modelos de utilidad; la Ley 26.402 y los decretos 6673/63 y 5682/65 de Modelos y diseños industriales y los decretos 654/2009, así como la resolución 2226/2000 de dominios web, regulan la propiedad intelectual en el ámbito local.

En cuanto al derecho de familia, si bien las fuentes de derechos están más unificadas, debido al proceso de constitucionalización del derecho civil corresponde ver más allá del libro de familia del actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

En tal sentido, el aspecto constitucional de los derechos patrimoniales de los cónyuges los encontramos en la igualdad de derechos, art. 16 CN, y el derecho de propiedad privada, art. 17 CN. Estos derechos se encuentran también en los tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22 CN, y se ven por momentos relativizados por el principio de solidaridad familiar.

En cuanto al derecho de propiedad intelectual dentro del matrimonio, consideramos que la historia de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino se divide en tres períodos bien marcados.

El primero de ellos comienza con la sanción de la Constitución del año 1853 y finaliza con la entrada en vigencia de la Ley 17.711, el año 1968, y no había ninguna norma clara respecto al carácter de bien propio o ganancial de la propiedad

intelectual. Sin embargo, los proyectos de reforma del Código Civil apuntaban al carácter propio.

El segundo período comienza con la entrada en vigencia de la Ley 17.711 y finaliza con la entrada en vigencia del CCCN, el año 2015. En este período la norma era clara al indicar el carácter propio de la propiedad privada. En dicho período también se introduce el divorcio civil propiamente dicho.

Finalmente, el tercer período comienza en el año 2015 y continúa hasta la actualidad. En este período se introduce el régimen de separación de patrimonios, y la normativa comenzó a darle carácter de bien ganancial a la propiedad intelectual, sin distinción entre sus distintas especies.

Cabe aclarar que si bien sostenemos que estos períodos están bien marcados, también consideramos que la historia de la propiedad intelectual en el matrimonio no puede resumirse sólo en los hitos planteados por la legislación que efectivamente se transformó en norma vigente.

### **3. Doctrina**

La naturaleza jurídica de la propiedad intelectual es uno de los asuntos más debatidos en esta rama del derecho. La discusión no tiene un fin meramente teórico, ya que cada postura buscará una justificación y/o interpretación distinta del objeto de protección de la ley, su duración y su sujeto del derecho.

Mientras que algunos autores como Borda y Biblioni adhieren a la teoría de la personalidad de Kant, otros autores como Guastavino o Fayos Gardo adhieren a las teorías dualistas, mientras que Lipszyc, Emery y Zuccherino adhieren a los postulados de la propiedad especial.

Del mismo modo, la discusión en torno al carácter propio o ganancial de la propiedad intelectual también ha sido el eje de fuertes debates académicos, los cuales tienen resultados prácticos muy disímiles e incompatibles entre sí.

Mientras que la mayoría de los autores han mantenido una postura meramente descriptiva de la norma, con buen criterio Biblioni, Borda, Azpiri, Fassi, Bossert, Fleitas Ortiz de Rosas, Roveda y Sambrizzi, sostienen la postura de que la propiedad intelectual es un bien propio.

Por el otro lado, Guastavino, Medina, Basset, Belluscio, Alterini, Zannoni, Sanchez Herrero, y Mendez Costa, sostienen que la propiedad intelectual debe ser

considerada ganancial. Otros autores, como Llambías y Mazzingui, cambiaron su postura a lo largo de sus vidas, por lo que se puede encontrar sus adhesiones a ambas posturas.

#### **4. Jurisprudencia de Argentina**

La jurisprudencia argentina en materia de propiedad intelectual dentro del matrimonio resulta escasa, toda vez que en nuestro país rige un estricto secreto de las identidades de los litigantes por medio del instituto de la restricción del expediente, el cual tiene por finalidad respetar la intimidad de la familia. Esto genera que sólo se conozcan aquellos casos que, por algún motivo de interés general o editorial, llegaran a ser publicados.

El caso más famoso y más comentado por los académicos de nuestro país fue la sucesión de Roberto Arlt, del año 1967, el cual fue dado a conocer principalmente por la obra de Guastavino, y las publicaciones de los fallos de primera y segunda instancia en Revista El Derecho.

Este caso sirvió como debate práctico respecto al carácter propio o ganancial de la propiedad intelectual en sí, siendo que en primera instancia se optó por la teoría del bien propio, dejando en igualdad de condiciones a los hijos del escritor, mientras que en segunda instancia se optó por la teoría de la ganancialidad, generando un beneficio para la hija del primer matrimonio del autor. Vale aclarar que por aquel año no existía aún una norma explícita en el Código Civil sobre el carácter propio o ganancial de la obra.

Sin perjuicio de ello, el fallo sólo aporta un valor histórico al debate, toda vez que tanto la Ley 17.711, del año 1968, como la reforma del CCCN, del año 2015, tomaron posturas explícitas, aunque contrapuestas. Por lo que al momento de la publicación de esta tesis sólo resta analizar la constitucionalidad y/o razonabilidad de la normativa vigente.

#### **5. Legislación y jurisprudencia del derecho comparado**

En derecho comparado existen distintas posturas respecto a la protección de la propiedad intelectual, siendo que las mismas responden a la diversidad de teorías existentes sobre la naturaleza de la propiedad intelectual.

La mayor diferencia la podemos encontrar principalmente entre los países con normativa de Copyright, del derecho anglosajón, y los países con normativa de derecho de autor, del derecho Europeo Continental y Latinoamericano. Siendo que en materia de marcas, patentes y modelos de utilidad la cuestión es un tanto más homogénea, en razón de los acuerdos internacionales. También existen distintos criterios respecto a la legislación aplicable a la protección del Software.

En cuanto al derecho de propiedad intelectual dentro del matrimonio, pudimos observar que no hay un criterio homogéneo. En la presente tesis se analiza la doctrina, legislación y algunos casos de jurisprudencia de España, Colombia, Estado Unidos, más precisamente el Estado de Texas, Francia y Chile. La selección de estos países corresponde a las diferencias culturales y normativas que existen entre ellos, las cuales permiten tomar una muestra amplia y útil a los fines aquí propuestos.

En síntesis, mientras que España y Francia se legisla con un criterio de bien propio, el Estado de Texas optó por la teoría de la ganancialidad del Copyright. A su vez Colombia y Chile omitieron la inclusión de una normativa clara en su Código Civil, siendo que la postura de doctrina mayoritaria pareciera ser la teoría de la propiedad intelectual como bien propio, la cual resulta más compatible con sus respectivas constituciones nacionales.

## **6. Conclusión**

Como podrá observarse, no existe en el ámbito nacional ni en el derecho comparado una postura homogénea respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, ni al carácter de bien propio o ganancial de la propiedad intelectual dentro del matrimonio.

Esto nos lleva a predecir que la discusión sobre la materia no se verá agotada en esta tesis ni en los trabajos que se publiquen en el futuro, toda vez que la justicia o injusticia de este tipo de normas dependen de una serie de valores personales y sociales, los cuales no son universales.

Es por ello que lo que ofrece esta tesis es una perspectiva de carácter principalmente positivista, que tiene por finalidad resolver la cuestión constitucional. Eso es, si la legislación vigente en materia civil resulta constitucional en razón de la normativa de mayor jerarquía y la razonabilidad de la norma.



## **Capítulo II. Marco metodológico**

### **1. Introducción**

Según Arias Chaez y Cangalaya Sevillano (2022) “El término tesis se refiere a una proposición que puede ser sostenida o demostrada mediante pruebas y razonamientos apropiados” (p. 17).

Con un criterio similar, Vera (2009) amplía la definición al indicar que la tesis es un trabajo de investigación, que concierne a un problema de un área definida de la ciencia, y que debe explicar lo que se sabe de dicho problema previamente, lo que se hacía para resolverlo, lo que sus resultados significan, y dónde o cómo se pueden proponer progresos, sin perjuicio del campo delimitado por el trabajo (p. 14).

Es pertinente aclarar que la originalidad y el carácter científico de este género también son aspectos a resaltar. En palabras de Botta y Warley (2021), la tesis “Es un trabajo científico original, de una mayor extensión o importancia que la monografía. Es el primer libro que se escribe al graduarse, y de hecho merecerá ser publicado” (p. 18).

Finalmente, resaltamos que Ibañez, Tagiabue y Zangaro (2012), explican que las tesis son trabajos mayores que las monografías, no sólo por la cantidad de páginas que contienen, sino por el tipo de investigación que demandan (p. 192).

En el presente capítulo describiremos el marco metodológico de nuestra tesis. Es decir, el conjunto de pasos, técnicas, instrumentos y procedimientos que empleamos para abordar y dar respuesta a nuestro problema de investigación.

### **2. Diseño no experimental**

El diseño de investigación que estructura nuestra tesis es no experimental, toda vez que observamos y analizamos la normativa aplicable a la propiedad intelectual en el matrimonio, así como sus implicancias jurídico prácticas, tal y como se dan en su contexto natural sin pretender provocarlas intencionalmente.

Nuestra labor se basó en el análisis de jurisprudencia, legislación y doctrina de distintos países. Se ha analizado la legislación Argentina, haciendo un relevamiento histórico de la normativa aplicable en la materia desde sus inicios en el año 1853, con la primera Constitución Nacional, llegando a nuestros días, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015.

También hemos analizado los fallos más relevantes de la materia, tales como la sucesión de Roberto Arlt en Argentina, así como la jurisprudencia extranjera, mediante los fallos Keane vs Keane, de la jurisprudencia norteamericana, y el divorcio de Lecock y Mercié, de la jurisprudencia francesa.

Por último, hemos comparado el abordaje de esta temática en el derecho comparado, mediante la legislación y doctrina aplicable en Francia, el Estado de Texas, Estados Unidos, España, Colombia y Chile.

### **3. Unidad de análisis y variable**

Según Picón y Melian (2014) la unidad de análisis es la estructura categórica a partir de la cual podemos responder a las preguntas formuladas a un problema práctico así como a las preguntas de investigación, toda vez que conjuga el material empírico asociado al problema, así como el cuerpo teórico a través del cual se llevan a cabo inferencias con mayor coherencia y consistencia (p. 3).

En ese sentido, podemos identificar como unidades de análisis utilizadas en nuestra tesis a la legislación, doctrina y casos jurisprudenciales argentinos relacionados con la propiedad intelectual, el régimen patrimonial del matrimonio, y la propiedad intelectual dentro del matrimonio en Argentina, así como la legislación, doctrina y casos jurisprudenciales de otros países, tales como el Estado de Texas, Estados Unidos, Francia, España, Chile y Colombia.

### **4. Tipo de abordaje metodológico**

Entendemos que la descripción de la metodología de una investigación académica consiste en fundamentar el conjunto de decisiones que en nuestro carácter de investigadores hemos tomado a lo largo del desarrollo de esta tesis, en función de la articulación de los paradigmas a los que se adscriben y a la naturaleza del fenómeno que se ha investigado.

En palabras de Resala (2017):

El tesista toma decisiones metodológicas a lo largo de todo el proceso de investigación: lo hace al recortar el objeto, al elegir un encuadre conceptual determinado, al decidir sobre el alcance de la investigación, y también al optar por el abordaje que le permitirá llegar a conocer la realidad (p. 51).

En nuestra tesis utilizamos un abordaje cualitativo dado que consideramos que este es el abordaje más adecuado para estudiar los fenómenos jurídicos desde la óptica de las ciencias del derecho.

Esto se debe a que la investigación cualitativa asume una realidad subjetiva, dinámica y compuesta por multiplicidad de contextos. El enfoque cualitativo de investigación privilegia el análisis profundo y reflexivo de los significados subjetivos e intersubjetivos que forman parte de las realidades estudiadas (Mata Solis, 2019, p.1).

## **5. Alcance de la tesis**

Comprendemos que los trabajos académicos pueden ser exploratorios, descriptivos o explicativos, en función de la profundidad del alcance que se pretenda dar a un determinado tema (Ibañez, Tagliabue y Zangaro, 2012, p. 7).

Nuestra tesis es explicativa, toda vez que nuestro trabajo no se ha limitado a la mera exploración de un fenómeno jurídico nuevo, ni a la descripción del mismo. Por el contrario, a lo largo del presente capítulo los lectores podrán observar que se han analizado las relaciones casuales, tanto históricas como legislativas y territoriales, que hacen al derecho de propiedad intelectual dentro del matrimonio argentino y su comparación con la legislación extranjera.

El interés de nuestra tesis se centra en explicar este fenómeno de interés y poder hacer un planteo sobre la constitucionalidad de la norma vigente, conforme la reforma del año 2015.

## **6. Hipótesis**

Entendemos que la hipótesis a hipótesis es una afirmación que responde una pregunta académica. La misma debe contener una respuesta a la pregunta de la tesis, mediante un enunciado claro, verosímil y concreto, que relacione las variables objeto de análisis (Widner, sa, p.1).

En su carácter de conclusión de carácter científico, resaltamos que la hipótesis no constituye en sí misma un juicio de valor sobre el fenómeno analizado (Resala, 2017, p. 63).

En ese sentido, las hipótesis que nos propusimos contrastar a través del presente trabajo son las siguientes:

1. La propiedad intelectual es un derecho de absoluto señorío, de naturaleza mixta irrenunciable e inalienable que forma parte de la personalidad del autor y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.
2. Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y plantean inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho de propiedad intelectual en la práctica cotidiana por lo que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por irracionalidad de la norma.

En virtud de ello, las hipótesis planteadas son de constatación, o relación causal de primer grado, porque a través de la misma tratamos mediante el fundamento en el conocimiento jurídico constatar la presencia de las características del fenómeno de la naturaleza de la propiedad intelectual, dentro de la institución patrimonial del matrimonio.

Para demostrar nuestras hipótesis empleamos la técnica cualitativa de la observación indirecta a través del análisis de obras de doctrina, jurisprudencia y legislación de nuestro país, así como su equivalente en otros países que resultaron de nuestro interés, por motivos propios de la investigación.

Así, creímos oportuno analizar la historia legislativa de nuestro país, desde el año 1853 en la materia, para entender las distintas posturas de doctrina, que se han enfrentado hasta nuestros días, identificando a quienes consideran que la propiedad intelectual es un bien propio, y a quienes la consideran un bien ganancial.

También nos nutrimos de los casos de jurisprudencia nacional y extranjera, como la sucesión de Roberto Arlt, en Argentina, así como la jurisprudencia extranjera, mediante los fallos Keane vs Keane, de la jurisprudencia norteamericana, y el divorcio de Lecock y Mercié, de la jurisprudencia francesa, como también en el derecho comparado, tanto en su legislación como su doctrina.

## **7. Cómo cumplimos el objetivo general y específicos de la tesis, su relación con la pregunta de tesis y la hipótesis**

Cabe señalar que los objetivos de investigación que nos planteamos han sido nuestras guías, pues orientaron nuestro recorrido (Iglesias y Vázquez, 2013).

Mediante nuestra tesis nos proponemos cumplir los siguientes objetivos generales, tales como identificar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina, e identificar los problemas prácticos y normativos que presenta la legislación en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, para cumplir con el objetivo general nos propusimos como objetivos específicos los siguientes:

1.- Identificar las justificaciones filosóficas y económicas del derecho de propiedad tradicional e intelectual.

2.- Comparar las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

3.- Comparar la propiedad intelectual con las figuras de fruto y producto existentes en el régimen de derechos reales.

4.- Identificar el marco normativo vigente en Argentina respecto a la propiedad intelectual en el matrimonio, y comparar los fundamentos y disposiciones de los arts. 464 inciso O del CCCN y 1272 del C.C., en su versión reformada por la Ley 17.711.

5.- Identificar diferencias en la naturaleza de Marcas, patentes, obras artísticas y científicas.

6.- Determinar el origen, fundamento y alcance de la propiedad intelectual en el artículo 17 de la Constitución Nacional, en la Ley 11.723 y en los tratados internacionales firmados por la Argentina.

7.- Comparar la legislación argentina con la legislación de Chile, Colombia, Estados Unidos, Francia y España, respecto al rol de la propiedad intelectual en el matrimonio.

8.- Identificar las posturas existentes en la legislación, jurisprudencia y doctrina de Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos, España y Francia, respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y su rol en el matrimonio.

9.- Identificar los cambios legislativos, doctrinales y jurisprudenciales en materia de propiedad intelectual en el matrimonio en Argentina.

10.- Determinar la independencia científica y jurídica del derecho a la imagen.

11.- Realizar un análisis constitucional del derecho de propiedad intelectual, comparando los artículos 464 inciso O del CCCN y 1272 del C.C. con el artículo 17 CN y las leyes de propiedad intelectual vigentes.

12- Identificar los problemas prácticos que surgen de la interpretación del art. 464 inciso O CCCN, que regula la propiedad intelectual en el matrimonio en Argentina.

13.- Realizar una propuesta para adecuar la legislación argentina a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

Para cumplir con los mencionados objetivos específicos estructuramos nuestra tesis en seis capítulos.

Así, a través del capítulo I “Estado del arte”, detallamos la situación actual de la legislación en materia de propiedad intelectual y el régimen patrimonial del matrimonio en Argentina, dando así un breve pantallazo que es profundizado en los capítulos III y IV de la presente tesis.

Para cumplir con esta tarea expusimos un resumen de la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual en el matrimonio en Argentina y sus antecedentes legislativos, la doctrina, la jurisprudencia, y una breve reseña del derecho comparado.

Por su parte, los objetivos específicos 1, 2, 3, 5, 6 y 10, los cumplimos con la elaboración del capítulo III, titulado “Identificación e introducción del objeto de estudio: la propiedad intelectual”, en donde introducimos al lector a los conceptos más importantes de la propiedad intelectual, para la comprensión de esta tesis, y buscamos explicar la polémica en torno a la naturaleza de la propiedad intelectual, así como las repercusiones de estas posturas filosóficas en el derecho nacional e internacional.

Por otro lado, en el capítulo IV, titulado “La propiedad intelectual en el matrimonio”, dimos cumplimiento a los objetivos específicos 4, 7, 8, 9, 11 y 12, por medio de un detallado estudio histórico de la evolución legislativa en Argentina, en lo que se refiere a la propiedad intelectual dentro del matrimonio, así como un análisis del derecho comparado.

Finalmente, en el capítulo V, titulado “La inconstitucionalidad de la reforma” hacemos un análisis sobre la incompatibilidad existente entre el art. 464 inciso O del CCCN, conforme la reforma del año 2015, y la normativa de jerarquía constitucional. En este capítulo también damos cumplimiento al objetivo específico 13, en conjunto con el capítulo VI de conclusión.

De ahí que corresponde afirmar que cumplimos con el objetivo general, esto es, identificar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina, con el fin de poder identificar los problemas prácticos y normativos que surgen del artículo 464, inciso O CCCN, conforme la reforma del año 2015.

Por tanto, dimos respuesta a la pregunta planteada en esta tesis.

En efecto, respondimos la pregunta ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina? y ¿Qué inconvenientes prácticos y normativos presenta la legislación en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación?

En tales condiciones, podemos afirmar que al dar respuesta a nuestra pregunta de tesis logramos probar nuestra hipótesis. Así, demostramos que la propiedad intelectual es un derecho de absoluto señorío, de naturaleza mixta, moral y patrimonial, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor, en los casos de derecho de autor, y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.

Y también que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y plantean inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho de propiedad intelectual en la práctica cotidiana, por lo que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por irracionalidad de la norma.

## **Capítulo III. Identificación e introducción del objeto de estudio: la propiedad intelectual**

### **1. Introducción**

En este capítulo sólo se tratarán los conceptos básicos de identificación y tipificación de la propiedad intelectual, necesarios para comprender la totalidad de la presente tesis.

La razón por la cual hemos tomado esta decisión es meramente pragmática, toda vez que el objeto de estudio, la propiedad intelectual en el matrimonio, requiere que el lector se interiorice con ciertos conceptos de modo previo a indagar en la discusión principal, la cual mezcla dos ramas del derecho que rara vez tienen puntos en común.

Por tal motivo, debe entenderse que el presente capítulo es sólo una primera aproximación a una materia especialmente extensa, como es la propiedad intelectual, y que, a su vez, este capítulo podría envejecer rápidamente toda vez que el derecho sobre los bienes inmateriales se encuentra en permanente proceso de cambio, crecimiento e innovación, en razón de la propia naturaleza de la inventiva humana, que es más veloz que la legislación que protege a los autores e inventores.

### **2. Identificación y definición de la propiedad intelectual**

Entendemos que la propiedad intelectual es un bien económico intangible, de carácter cultural, artístico, industrial, comercial y/o científico, cuya protección legal es independiente de su valor en el mercado.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) “La propiedad intelectual se refiere a las creaciones del intelecto: desde las obras de arte hasta las invenciones, los programas informáticos, las marcas y otros signos comerciales.” (p. 1).

En la misma dirección, Tabieres y Leturia (2014) definen a la propiedad intelectual en sentido amplio como “el conjunto de normas y disposiciones que establecen derechos y obligaciones correspondientes a las obras o creaciones del espíritu humano” (p. 24).

Para O'Callaghan (2011), en cambio, la propiedad intelectual, así como el derecho de autor, son el poder que el ordenamiento jurídico le atribuye al autor sobre



la obra literaria, artística o científica que ha producido, estableciendo que este tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad. Por lo tanto, la ley prevé tanto el poder patrimonial del autor, como también el personal y moral sobre la obra producida (p. 1).

Por otro lado, y con una mirada más profunda basada en la jurisprudencia española, Anguita Villanueva (2014) considera que la propiedad intelectual está protegida por el derecho de propiedad en general. Así, el derecho de propiedad intelectual confiere al autor la facultad a la explotación y disposición a su voluntad de la obra por él creada, otorgándole el derecho de dominio sobre su obra o invento (pp. 82 - 83).

A su vez, Schmitz Vaccaro (2009) ha expresado que la propiedad intelectual es “el conjunto de derechos temporales, exclusivos y excluyentes destinados principalmente a impedir falsificaciones o copias no autorizadas de las creaciones del intelecto humano”. Agrega el autor que estos derechos constituyen un verdadero monopolio temporal en la explotación comercial de inventos u obras, concedido a una persona, natural o jurídica, quien será el creador intelectual o su cesionario, y que toda utilización de creaciones o producciones intelectuales requiere de la autorización de su creador o titular del derecho (p. 1).

También indica Schmitz Vaccaro (2009) que esta exclusividad requiere ser protegida por la ley, pues constituye un incentivo para la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, así como para la creación de obras literarias, artísticas o científicas. En otras palabras, desde un punto de vista económico, el inventor o creador sería para este autor un inversionista que asume riesgos, e invierte dinero, tiempo y trabajo en un proyecto cuyo resultado esperado es una creación novedosa u original. Siendo para ello fundamental la protección de sus derechos de propiedad (p.1).

En una dirección similar, Heimann y Metke Méndez (2012), también entienden que la propiedad intelectual es un derecho de exclusividad:

Los Derechos de la Propiedad Intelectual (DPI), como las patentes, los derechos de autor o las marcas, garantizan a sus dueños exclusividad sobre ciertos tipos de conocimiento y de información. Las patentes protegen invenciones que se caracterizan por ser novedosas y por tener un nivel inventivo, los derechos de autor protegen a los autores en sus trabajos artísticos y literarios, las marcas protegen signos que permiten a su dueño distinguir sus bienes y servicios de los de otras empresas. Lo común de todos los DPI es que funcionan como una propiedad intelectual. Se atribuyen ciertos

poderes exclusivamente al titular del derecho, de modo tal que todas las demás personas son excluidas de perseguir la conducta cubierta por estos derechos. La diferencia entre los DPI y la propiedad tangible está en el objeto sobre el cual recae el derecho. Mientras que la propiedad tangible se relaciona con la sustancia física, los DPI cubren objetos inmateriales como invenciones u obras de arte. Por esta razón, la propiedad intelectual es particularmente vulnerable. A causa de su carácter "ubicuo", los DPI pueden ser infringidos en cualquier parte del mundo. Es por esto que ya en el siglo XIX la protección internacional de la propiedad intelectual se había hecho tan importante. (p. 18).

### **3. Fundamentos de la propiedad intelectual. Su importancia en la economía global**

En cuanto a los fundamentos de la propiedad intelectual, O'Callaghan (2011) sostiene que existen tres teorías en pugna. Estas serían, la teoría positiva, la teoría negativa y la teoría intermedia. Según este autor, la intermedia es la más aceptada en la mayoría de legislaciones del mundo, comenzando por España (p. 1).

#### **3.1. Teoría positiva de la propiedad intelectual**

La primera teoría, siendo esta la positiva, reconoce a la propiedad intelectual como un derecho individual análogo al derecho de propiedad. Esta se basa en el argumento económico y el interés de dar al autor la compensación económica por su trabajo y desarrollo de la creación de su inteligencia, derivada de su personalidad.

Adhieren a esta postura, desde las ciencias económicas, Coote y Ulen (2016) haciendo referencia a la obra de Blackstone para justificar la existencia de la propiedad privada e intelectual, mediante la siguiente cita:

No hay nada que avive de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad como el derecho de propiedad; o sea, ese dominio único y despótico que un hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, en una total exclusión del derecho de cualquier otro individuo del universo (p. 98).

Por otro lado Lipszyc (1993) indica que la propiedad intelectual ha ganado a lo largo del tiempo un mayor peso en el PBI mundial, y que es justamente la propiedad intelectual el mayor estímulo para la creación de los bienes inmateriales. Por el contrario, las legislaciones que desprotegen a estos bienes, tanto nacionales como extranjeros, no hacen más que quitar estímulos para su producción (pp. 57-60).

Cabe resaltar que la evidencia empírica de los últimos años refuerza esta postura, al comprobar el elevado porcentaje del PBI que representa la propiedad intelectual en la economía global.

Resaltamos que para el año 2021, según un relevamiento de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, las industrias intensivas en diseño representaban un 16,2% del PBI de la Unión Europea (Muñoz Vita, 2021, p. 1).

Por su lado, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas informó recientemente que la inversión en investigación y desarrollo representa el 1,7 % del PIB a nivel mundial en el año 2017 (Economic and Social Council, 2020, p. 14).

Esta estadística genera una brecha entre los países que más invierten en innovación y los que menos invierten. Según Tabieres y Leturia (2014), el 80% de las patentes de invención registrada en el mundo es obtenido por sólo una docena de países, que son aquellos que invierten más de un 3% de su PBI en investigación científica. Mientras que el resto de las patentes registradas se reparten entre los demás países del mundo que invierten menos que ese porcentaje (p. 43).

Este dato coincide con los costos de desarrollo de los productos innovadores. Para el año 1996, el costo de invención de un producto farmacéutico podría superar los USD \$ 300 millones, mientras que el tiempo de recuperación de este costo podría tardar 18 años, siendo este el motivo por el cual la industria farmacéutica solicitaba una mayor protección global de sus patentes (Kolker, 1996, p. 15).

En síntesis, consideramos que el respeto de la propiedad privada de los bienes inmateriales es una condición necesaria para su producción y favorece a la riqueza de las naciones.

### 3.2. Teoría negativa de la propiedad intelectual

La segunda teoría descrita por O'Callaghan (2011) es la negativa, que niega la existencia de la propiedad intelectual, por considerar que las obras literarias, científicas o artísticas pertenecen a la comunidad y no al autor. Su argumento fundamental es que no son un producto de la personalidad de su autor, sino creaciones de la comunidad en su conjunto, debidas al fondo actual de cultura de ésta (p. 1).

Consideramos que esta teoría es, a su vez, una derivación de ciertas teorías de origen marxista, que se pueden identificar en la literatura filosófica moderna, y que tiene por finalidad renegar la propiedad privada en sí misma. Un ejemplo de ello es la

opinión de Joseph Proudhon (2009), quien considera que la propiedad privada es simplemente un robo (p. 10).

En la misma línea de ideas, y haciendo una referencia más precisa a la propiedad intelectual, algunos autores cercanos a esta teoría, como es el caso de García Lopez (2007) afirman que los derechos de propiedad intelectual y los derechos de explotación de las obras intelectuales van a impedir en el futuro que el acceso a la cultura sea posible para el común de la población (p. 1).

Sin embargo, a pesar de la vehemencia de esta afirmación, lo cierto es que la predicción de García Lopez ha sido desacreditada por la realidad. Lo cierto es que, como bien indica Galeano (2022), el acceso de internet ha aumentado significativamente en los últimos años, rondando los 5.000 millones de usuarios, que representa al 62,5% de la población mundial (p.1).

Por lo que podemos afirmar que el acceso a la cultura y la información ha ido en constante aumento, justamente a raíz de los derechos de propiedad intelectual, los cuales han servido de motor e incentivo para la producción de bienes intangibles, tal como hemos explicado en el apartado anterior.

Es por ello que consideramos que la teoría negativa es, valga la redundancia, negativa para la producción de bienes y servicios de carácter inmaterial, toda vez que impide que los autores e inventores tengan suficientes incentivos para publicar sus obras e inventos.

Vale aclarar que estas teorías ya fueron aplicadas en la práctica durante el gobierno de Stalin en la URSS y, como bien explica Fitzpatrick (2019), la aplicación de teorías contrarias al respeto de la propiedad privada generaron una enorme escasez endémica de bienes en la economía soviética (p. 69).

Por lo que podemos entender que, tanto desde la teoría como la práctica, la teoría negativa tiende a generar un daño enorme en la sociedad donde se aplica, independientemente de las implicancias morales negativas que podamos encontrar en la negación de la propiedad en sí misma.

### 3.3. Teoría intermedia de la propiedad intelectual

Finalmente, la tercera teoría descrita por O'Callaghan (2011), es la intermedia, la cual reconoce a la propiedad intelectual, pero le otorga un carácter más limitado al

reconocer el interés y la participación de la comunidad en la producción de la obra. Así, se reconoce el derecho del autor, pero limitado en el tiempo (p.1).

En tal postura podemos encontrar las reflexiones de Kartashkin (1984), que afirma que la participación significativa en la vida cultural y de los avances científicos por parte de la sociedad sólo es posible si existe una protección de los derechos de autor y una protección de la herencia cultural (p.3).

En la misma dirección Villalba (2014) afirma que el derecho de autor fue pensado por la relación entre la protección de las obras y el desarrollo de la cultura. En tal sentido, para este doctrinario, el derecho de autor se justifica por dos motivos. El primero es el reconocimiento de un derecho individual reconocido a favor del autor, toda vez que la obra sería un fruto de su creación, y en consecuencia está ligado a la personalidad de su autor. Y el segundo es la protección del derecho de autor es el motor del desarrollo cultural y científico de la sociedad (p. 7).

Al respecto, coincidimos en que, según esta clasificación, la tercera postura es la más aceptada en la doctrina, jurisprudencia y legislación, toda vez que la limitación temporal es una característica fundamental de la propiedad intelectual, como veremos a continuación.

Sin embargo, discrepamos en que la limitación en el tiempo sea una forma de aceptar que la sociedad ha participado en la creación de la obra o el invento. Por el contrario, la limitación en el tiempo tiene un origen ligado a la legislación francesa e inglesa temprana que, como veremos más adelante, nada tiene que ver con la participación de la sociedad en la creación de la obra o invento, sino más bien con la mera diferenciación entre los derechos reales y los derechos sobre los bienes inmateriales.

#### **4. Definiciones clave: derechos de autor, derechos industriales, derechos de marcas, autor, propiedad originaria y propiedad derivada**

Al sólo efecto de proponer un acuerdo conceptual y facilitar el análisis del objeto de estudio de la presente tesis, consideraremos necesario generar un lenguaje común con el lector, con el fin de poder hacer comprensible esta tesis.

En tal sentido, entendemos que la propiedad intelectual es un subgénero dentro de los derechos de propiedad, y que los derechos de autor y el derecho de propiedad industrial son especies dentro de este subgénero.

Coinciden con nuestra postura Tabieres y Leturia (2014), quienes hacen la salvedad de reconocer que este marco conceptual no es pacífico, toda vez que otros autores y otros ordenamientos jurídicos, especialmente dentro del derecho español, consideran que la propiedad intelectual es un sinónimo del derecho de autor, por lo que la propiedad industrial sería otra rama del derecho (p. 21).

Esta discrepancia en la denominación del fenómeno jurídico puede observarse claramente en el art. 2º de la Ley de Propiedad Intelectual de España, la cual utiliza como sinónimos propiedad intelectual y derecho de autor, mediante la siguiente fórmula: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

Es por ello que distintos autores españoles, como Serrano Gómez y Rogel Vide (2008) se refieran a la propiedad intelectual y al derecho de autor como sinónimos (p. 36). Coincide con esta misma denominación Anguita Villanueva (2014) desde la perspectiva constitucional de derecho español (p. 100).

Por el contrario, en nuestro país, autores como Taleva Salvat (2009) consideran al Derecho propiedad intelectual como un término genérico que abarca dos ramas o instituciones distintas, como son el Derecho de Autor y el Derecho de Propiedad Industrial (p. 8).

Adhiere a esta postura Lipszyc (1993) quien indica que la propiedad intelectual abarca un amplio espectro de derechos intangibles de distinta naturaleza, los cuales incluyen al derecho de autor y a la propiedad intelectual. En tal sentido, mientras algunos derechos son reconocidos por el acto de creación intelectual, con el fin de estimular y promover la creación intelectual, otros derechos se otorgan con el fin de regular la competencia entre productores (pp. 12-13).

Como ya se mencionó con anterioridad, nos parece más práctico reconducir esta tesis a la totalidad de los derechos intangibles, nombrando a este subgénero de derechos simplemente como propiedad intelectual, ya que así lo hace el art. 464, inc. o CCCN, que derogó la antigua distinción que hacía el art. 1272 CC entre “derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales”. Por lo que comprendemos que el derecho vigente en Argentina respalda nuestra metodología de definición y estudio.

Aclarado esto, definiremos a continuación los siguientes aspectos relevantes.

a.- Derechos de autor: En el presente trabajo, siguiendo la metodología propuesta por Tabieres y Leturia (2014) consideraremos como derecho de autor sólo al derecho intelectual que se tiene sobre una obra (p. 21).

En tal sentido, bien se ha dicho que el derecho de autor tiene por objeto la protección de todas las obras intelectuales, ya sean estas originales, como es el caso de un cuadro o una partitura, o derivadas, como es el caso adaptación o una traducción (Villalba y Lipzyc, 2009, p. 16).

Si bien el concepto y alcance de la obra será analizado con mayor profundidad en el apartado 5.2 de este trabajo, adelantamos que entendemos por obra a toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean hechos para ser públicos y reproducidos (Emery, 1999, p. 11).

b.- Derechos industriales: Siguiendo con la metodología propuesta, entendemos que los derechos industriales son aquellos que se tiene sobre la propiedad intelectual de naturaleza comercial.

Dicho de otro modo, el objeto de protección de los derechos industriales son las marcas, las designaciones, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los modelos y diseños industriales, y los nombre de dominio de internet (Font, 2013, p. 67).

c.- Autor e Inventor: Estas dos categorías de propietarios originales de propiedad intelectual son introducidos por el art. 17 CN.

En tal sentido, entendemos que el autor es el creador de las obras científicas, literarias y artísticas, los programas de computación, las compilaciones de datos y

otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales, las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas, las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria, los impresos de planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, o toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción (Taleva Salvat, 2009, p. 9).

Por otro lado, el inventor es el creador de aquella propiedad intelectual que puede ser objeto de propiedad industrial.

d.-Diferencia entre titularidad derivada y obra derivada: Un aspecto a tener en cuenta es la diferencia que existe entre la titularidad derivada y la obra derivada.

En tal sentido, entendemos que la titularidad derivada es el derecho de propiedad intelectual que adquiere el comprador de la obra por parte del autor (Sanchez Herrero, 2015, III, 5).

Dicho de otro modo, el autor es titular originario de su obra, ya que es quien ejerce el acto de creación de la misma, mientras que el nuevo adquirente de la obra es titular derivado de la obra, independientemente del título por el cual obtenga la titularidad de la obra.

En cuanto a la obra derivada, es una obra intelectual creada a partir de una obra original preexistente, como puede ser el caso de una traducción a otro idioma de un libro. Algunos autores, como Lipszyc (1993), también denominan a este tipo de autoría como titularidad derivada (p. 43). Sin embargo, nos parece más preciso diferenciar entre titularidad derivada y obra derivada, con el fin de evitar confusiones.

Según Serrano Gómez y Rogel Vide (2008), las obras derivadas gozan de una originalidad relativa, que se manifiesta en la transformación operada sobre la obra original. La misma requiere la autorización de sus autores para contar con la protección de la ley, siempre que la obra original no haya caído en dominio público (p. 22).

## **5. Diferencias y similitudes entre el derecho de autor y el *copyright***

Previo a continuar con esta introducción a los principios más relevantes de la propiedad intelectual, al menos en lo que refiere a esta tesis, es necesario resaltar



que existen importantes diferencias entre el derecho de autor, de origen continental o latino, y el *copyright*, de origen anglosajón. Si bien ambos son institutos con grandes similitudes y un mismo objeto de protección, lo cierto es que sus diferencias son notorias, y deben ser tenidas en cuenta al momento de hacer el ejercicio de comparar el derecho vigente en distintos estados.

Una de las diferencias más relevantes que existe entre los derechos de autor, de origen latino, y el *copyright*, de origen anglosajón, es que en la concepción latina los derechos patrimoniales del autor no están sujetos a un *numerus clausus*, mientras que en el sistema del *copyright* anglosajón los derechos patrimoniales están tipificados por la Ley (Lipszyc, 1993, pp. 50-51).

Por otro lado, para la concepción latina el derecho de autor nace del acto de creación de la obra, mientras que para la concepción anglosajona el *copyright* nace de la formalidad y mención de la protección de la obra. Vale aclarar que para el Convenio de Berna el criterio es el de la protección automática, por lo que a nivel internacional prevalece la concepción latina. Incluso en Estados Unidos, donde se suprimió el requisito del nacimiento con la formalidad, pasando a tener la mención formal un carácter facultativo (Lipszyc, 1993, p. 53).

También es distinto el tratamiento de los derechos morales. Para el derecho de autor de origen latino el derecho moral es fundamental para comprender este instituto, siendo fiel reflejo de ello la Convención de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Por el contrario, en la mayoría de los sistemas jurídicos anglosajones, la protección de los derechos personales del autor ha sido diferida en los tribunales y no en las normas, con excepción de la legislación de Canadá e Israel (Lipszyc, 1993, pp. 46).

En particular, en Estado Unidos, a pesar de la adhesión a la Convención de Berna por parte del país norteamericano en el año 1988, la regulación del mismo depende del *Berne Convention Implementation Act*, siendo esta una norma que le da prioridad a la legislación local estadounidense frente al tratado internacional. Por lo que en la mayoría de dicho país el derecho moral sólo está limitado a las funciones de paternidad e integridad, con la excepción de algunas legislaciones de ciertos estados, como Massachusetts o New York, donde la legislación es más amplia para la protección de determinadas obras (Leaffer, 1989, pp. 255-256).

Esto sin perjuicio de la Ley Federal de *Copyright*, vigente en todo el territorio estadounidense desde el año 1991, que protege el derecho del autor en las obras de artes visuales, con exclusión de los afiches, cartas geográficas, modelos, diagramas y demás obras de artes aplicadas.

Por lo demás, también corresponde resaltar que, existiendo tratados internacionales que regulan la propiedad intelectual en general, y el derecho de autor en particular, podemos encontrar similitudes entre el instituto anglosajón y el latino en lo que se refiere a la temporalidad de la protección de estos derechos.

## **6. Características de la propiedad intelectual**

Habiendo planteado las principales definiciones del objeto de estudio, consideramos necesario incluir en este análisis las principales características de la propiedad intelectual.

Vale aclarar que no todas estas características son compartidas por la totalidad de los autores especializados de la materia. Muchas de estas generan disensos, en función de la teoría sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual a la cual pueda adherir cada autor. Por lo tanto, en este apartado nos limitaremos a mencionar sólo aquellas características que cuentan con mayor grado de consenso.

### **6.1.- Inmaterialidad del objeto del derecho**

La principal característica de la propiedad intelectual es su inmaterialidad. Esta característica es común a todas las especies de propiedad intelectual, ya sea que se trate de una obra, una patente, un modelo de uso, modelo de diseño, una marca o un software. Probablemente esta sea la característica que genere más consensos dentro de la doctrina y la jurisprudencia.

A su vez, resaltamos que la inmaterialidad del objeto de protección de la ley es la principal diferencia que existe entre los derechos reales y los derechos de propiedad intelectual. Al respecto, O'Callaghan (2011) indica:

*El derecho de propiedad tiene por objeto sólo cosas corporales; la llamada «propiedad» intelectual recae sobre un bien inmaterial, por lo que no es verdadero y propiamente dicho un derecho de propiedad, sino un derecho sobre bien inmaterial, que guarda analogías con el derecho de propiedad y por ello se llama propiedad especial. Este derecho patrimonial y moral sobre la obra de la inteligencia, como creación ideal, se concibe como propiedad*

*especial. Sin embargo, sobre el ejemplar concreto del libro o sobre el disco, como cosa corporal que es, recae un derecho de propiedad ordinario. Corpus mysticum es la creación intelectual y el corpus mechanicum su soporte material (distinción que recoge el artículo 3, núm. 1.º, de la Ley). (O'Callaghan, 2011, p.1).*

En la misma dirección la jurisprudencia argentina ha sentado su postura, por medio de un fallo de la Cámara Civil de la Ciudad de Rosario, Sala II, el día 10 de marzo de 1993, denominado como LL-1993-D-151, donde se hizo también hincapié en la inmaterialidad de la propiedad intelectual:

La facultad del autor de la obra de disponer de ella, reconocida en el art. 2 de la Ley 11.723, se refiere a la creación misma y no al soporte técnico instrumental que, una vez editado, permite la reproducción de los modos más diversos. Por eso el derecho de autor sobre su obra no se agota porque esta haya sido editada para su reproducción y difusión (Emery, 1999, p. 10).

## 6.2.- Limitación temporal de la propiedad intelectual

La segunda característica con mayor consenso es la limitación temporal de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual tiene para la ley un inicio y un fin, marcados por un plazo que la normativa aplicable indica. Respecto a su inicio, coincidimos con Lipszyc (1993) en que el derecho sobre la obra nace con su creación y no con el reconocimiento administrativo por parte de la autoridad (p. 18).

En cuanto al derecho de explotación que goza el titular del derecho inmaterial sobre su obra, invento o marca, el mismo está indicado expresamente por la normativa del derecho positivo.

Vale aclarar que la limitación temporal es una característica presente en todos los ordenamientos jurídicos analizados en esta tesis.

En tal sentido, la desaparición de los derechos económicos sobre la obra o invento está presente en la legislación argentina en el art. 17 CN, la totalidad de los artículos referidos a las obras previstas por la El régimen legal de la propiedad intelectual, Ley 11.723, la Ley de marcas y designaciones, Ley N° 22.362, y la Ley de patentes de invención y modelos de utilidad, Decreto 260/96 y Leyes N° 24.481, 24.572 y 24.603.

Lo mismo ocurre en el ordenamiento jurídico chileno, ya que el art. 25 de su constitución nacional prevé la protección del derecho del autor "... sobre sus

creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.” Por su lado, La Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual de dicho país regula esta limitación temporal, mientras que lo mismo ocurre con la Ley 19.039 que regula los derechos industriales sobre patentes, marcas y modelos de utilidad.

En España, si bien la limitación temporal de la propiedad intelectual e industrial no figura en el art. 149 inc. 9 de su constitución nacional, si aparece en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Finalmente, y con el fin de no sobreabundar con ejemplos, resaltamos que en Estados Unidos la propiedad intelectual tiene su fundamento en la sección 8 del artículo 1° de su Constitución Nacional, donde se asegura “... a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos.” Esta limitación temporal se ve reflejada en el Código de Leyes de Estados Unidos, en su Título 17, y el *Copyright act*.

Por nuestro lado, consideramos que si bien la limitación temporal es una de las principales características del derecho de propiedad intelectual, esta limitación temporal no es estrictamente una característica que sólo está presente en la propiedad intelectual, sino que es una característica que está presente en todos los derechos de propiedad, en mayor o menor medida, ya se trate de derechos reales o derechos sobre bienes inmateriales.

Dicho de otro modo, coincidimos casi en su totalidad con García Lopez (2007) en cuanto a su afirmación de que la propiedad sobre las cosas es perpetua, mientras que la propiedad intelectual siempre está limitada en el tiempo (p. 211).

Lo cierto es que si bien el art. 17 CN replica esta idea, también es cierto que algunos ordenamientos jurídicos foráneos o antiguos han limitado temporalmente la propiedad de los derechos reales.

Un ejemplo de ello es la antigua ley hebrea, la cual formaba parte del derecho religioso y ya no es derecho vigente en Israel, que limitaba la tenencia de la propiedad sobre la tierra por un máximo de 50 años, así como también limitaba su explotación durante el séptimo año, conforme se indica en el libro Levítico 25:20 de la Torá.

Al respecto se ha dicho:

En los siguientes versos nosotros obtenemos más especificaciones sobre la propiedad de la tierra y la redención de la propiedad como debe ser practicada en la sociedad Israelita. Lo que nosotros debemos captar es que la venta permanente de la tierra es prohibida. En realidad los hebreos no pueden vender la tierra aún cuando quisieran porque ellos no son los dueños... Jehová sí. Además a lo que esto está aludiendo es que un hebreo que adquiere la tierra de otro hebreo NO está comprando la tierra, la está tomando como un arrendamiento de la tierra por un periodo de tiempo que no debe exceder de 50 años. Esta prohibición en contra de la transferencia de tierra permanente es verdaderamente dirigida al comprador como al vendedor. El vendedor no debe jamás de hacer un trato que pretenda transferir la posesión de la tierra, no debe jamás pensar que él ha comprado la tierra misma. (Bradford, s.a., Lección 38, Capítulo 25).

Por otro lado, corresponde hacer notar que la titularidad sobre los derechos reales también puede perderse por el paso del tiempo en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la institución de la prescripción adquisitiva o usucapión.

Debe tenerse en cuenta que la prescripción adquisitiva es una limitación temporal del derecho real, que se activa por la inacción del propietario de la cosa mueble o inmueble. Este instituto se encuentra presente en nuestro sistema jurídico y fue regulado tanto por el Código Civil de Vélez Sarsfield, del año 1871, como el vigente Código Civil y Comercial, del año 2015.

Por lo tanto, las afirmaciones sobre la perpetuidad de la propiedad sobre los derechos reales nos resulta acertada, o al menos no lo resulta si se hacen ciertas salvedades, las cuales deben tenerse presentes a la hora de analizar las diferencias que existen entre los derechos de propiedad privada sobre las cosas y sobre los bienes inmateriales.

### 6.3.- Tendencia a la internacionalización del derecho de propiedad intelectual.

Otra de las principales características de la propiedad intelectual es su tendencia hacia la internacionalización de las normas que regulan este tipo de propiedad.

Como bien mencionan Tabieres y Leturia (2014), el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del año 1883 es considerado el primer acuerdo multilateral de protección de la propiedad intelectual, lo cual demuestra la temprana preocupación del legislador de proteger la propiedad intelectual por fuera de las fronteras de sus respectivos países. Este acuerdo es suscripto por más de 85 países,

y es considerado el pilar sobre el cual se han sentado las bases de la regulación de la propiedad intelectual (pp. 52-53).

Respecto a la necesidad de la internacionalización del derecho de propiedad intelectual, Roffo y Santa Cruz (2006), indican:

La necesidad de internacionalizar y de armonizar la propiedad intelectual puede que encuentre su mayor fundamento desde el momento en que el comercio de bienes y servicios comienza su propio proceso de internacionalización y liberalización. Ello hace sentir la necesidad de que aquellos bienes que tienen una protección sobre la base del sistema de propiedad intelectual en un territorio determinado, no pierdan ese privilegio cuando son exportados hacia otro territorio. Ello hace surgir la temprana necesidad de que existieran normas internacionales básicas de protección y probablemente de allí la justificación histórica de los Convenios de París y Berna. Como se verá a continuación el Acuerdo ADPIC contribuye a acentuar esta globalización de la PI, intensificada aún más por los ALC. (Roffo y Santa Cruz, 2006, pp. 7-8).

En la actualidad, tanto el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del año 1883, como el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del año 1886, se encuentran plenamente vigentes y suscritos por decenas de países. Sin embargo, esta no es la única legislación en la materia, toda vez que con la llegada de nuevas tecnologías y la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, los distintos países fueron suscribiendo a nuevos convenios internacionales multilaterales. Sin embargo, esta temática excede el objeto de la presente tesis.

## **7. Naturaleza jurídica de la propiedad intelectual: el debate**

Como hemos explicado, la propiedad intelectual en sentido amplio abarca tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial. Esto teniendo en cuenta que en algunos casos el mismo objeto de propiedad intelectual puede pertenecer a ambas categorías dependiendo la legislación de cada país, como es el caso del software, el cual analizaremos en otro apartado de este capítulo.

Respecto a los derechos intelectuales que pueden ser considerados derechos de autor y derechos industriales en simultáneo, destacamos la opinión de Emery (1999) quien explica el origen de esta naturaleza mixta, al analizar la historia de la propiedad intelectual moderna. Según este autor, el derecho de propiedad intelectual

surge del avance de un avance tecnológico, más precisamente la imprenta. Por lo tanto, existe una relación muy estrecha entre los derechos de autor y los derechos industriales, al punto que la primera ley francesa sobre patentes, del año 1791, no tenía por objeto recompensar a los inventores, sino a los denominados “autores de descubrimientos útiles” (pp. 2-3).

Es pertinente hacer notar que no hay acuerdo respecto a su naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, por lo que no llegaremos a una conclusión definitiva en este trabajo.

En líneas generales, se han propuesto varias teorías, entre las que existen principalmente dos que son opuestas entre sí, al referirse a los derechos de autor. Por un lado, aquellas teorías que consideran al derecho de autor como un derecho emanado de la personalidad y, por otro, las que lo consideran como un mero derecho de propiedad (Anaya Quintero y Cruz Fino, 2018, p. 171).

Es necesario aclarar que estas teorías se refieren mayoritariamente al derecho de autor y no al derecho de propiedad industrial. Esto se debe a que los derechos morales no suelen ser el centro del debate cuando se trata de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales o marcas.

Veremos a continuación algunas de estas teorías.

### 7.1. La división entre teorías monistas y dualistas del derecho de autor

Es común agrupar las teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en dos grandes grupos opuestos entre sí. Por un lado, las teorías monistas, y por el otro las dualistas. Vale aclarar que esta división es generalmente propuesta por aquellos que adhieren a las teorías dualistas, por lo que muchos de los autores hoy considerados monistas jamás se definieron a sí mismos dentro de esta agrupación de teorías propuesta principalmente por sus detractores.

Según Bercovitz Rodríguez Cano (2015) aquellos autores que adhieren a las teorías monistas consideran que el derecho de autor tiene una naturaleza jurídica única, de la cual se desprenden tanto las facultades patrimoniales como las morales. En tal sentido, este autor afirma que para los monistas sólo una de estas facultades es la que constituye la esencia del derecho de autor. Mientras algunos le dan prevalencia al aspecto económico, otros consideran que lo predominante es el aspecto moral o espiritual (p. 26).

Es necesario aclarar que aquellos autores que adhieren a algunas teorías no niegan la existencia de un derecho patrimonial ni uno moral sobre la obra. Simplemente priorizan un aspecto sobre otro. Motivo por el cual, al momento de dar prioridad, la distinción entre las teorías monistas y las dualistas se torna difusa, como veremos más adelante.

## 7.2. Teorías monistas patrimoniales

En los siguientes apartados explicaremos las teorías que pretenden explicar el derecho de propiedad intelectual a partir del derecho de propiedad. Estas teorías suelen ser consideradas por muchos autores como teorías monistas, si bien es cierto que sus defensores muchas veces no suelen referirse a las mismas dentro de alguna categoría.

En palabras de Lipszyc (1993) estas teorías son la antítesis de las teorías de la personalidad propuestas por Kant (p. 24).

## 7.3. Teoría del derecho de la propiedad

La teoría de la propiedad equipara en su totalidad al derecho de propiedad con el derecho de propiedad intelectual. Según Lipszyc (1993) esta teoría tiene su origen en los decretos y doctrinas partidarias de la revolución francesa, quienes consideraban a la propiedad intelectual como un tipo de propiedad (p. 20).

Su mayor exponente es Rudolf Von Ihering, en su obra *Actio injuriarum*, donde afirma que "...aún cuando la protección jurídica de la propiedad incorporal toma una forma algo distinta que para la propiedad ordinaria, es la misma idea que interviene: la protección jurídica tiende siempre... al goce exclusivo de una cosa" (Ledesma, 1964, p.667).

En este contexto, la titularidad del derecho real se refiere a la cosa que se encuentra de algún modo bajo el poder de su autor, y sobre el cual este puede hacer un uso y disfrute sin intermedio de nadie. Por lo tanto, el autor tiene sobre el producto de su inteligencia el derecho real más completo que se puede tener sobre una cosa, que es el de la propiedad, pues se encuentra sometido a la absoluta y exclusiva voluntad del autor, por lo que puede excluir a los terceros para que estos no se aprovechen ni adquieran su titularidad (Varas Rodriguez, 2021, p. 6).



Esta teoría ha sido criticada debido a las diferencias que existen entre los derechos reales y la propiedad intelectual. Sin embargo, podemos encontrar algunos autores que aún sostienen esta postura en el apartado 9 de este capítulo.

#### 7.4. Teoría de la propiedad especial

La teoría de la propiedad especial es parecida a la teoría de la propiedad, ya que también considera que la propiedad intelectual es una propiedad en el sentido constitucional. Sin embargo, la diferencia radica en que, para esta postura, la propiedad intelectual es un derecho de propiedad perteneciente a una categoría distinta a la presentada por el legislador al momento de regular los derechos reales.

En tal sentido, al ser la obra intelectual un derecho inmaterial, resulta lógico que se encuentre sujeta a un régimen jurídico distinto del correspondiente al derecho real de dominio (Lipszyc, 2019, p. 33).

Esta teoría es influyente en nuestros días. Por ejemplo, en Colombia la jurisprudencia ha descartado la teoría personal-patrimonial para explicar la naturaleza jurídica del derecho de autor y se ha optado por la teoría del derecho de propiedad especial (Anaya Quintero y Cruz Fino, 2018, p. 170).

A su vez, Bercovitz Rodríguez Cano, (1983) indica que en España la propiedad intelectual, como sinónimo del derecho de autor, y la propiedad industrial, es competencia exclusiva del Estado, conforme la Constitución Española y entendida esta competencia como legislación básica. En tal sentido la propiedad intelectual es un derecho unitario y su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado y se produce como propiedad especial (p. 62).

Por su lado, Lipszyc (2019) asegura que la Constitución Nacional de Argentina reconoce que la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual es la de una propiedad especial (p. 31).

#### 7.5. Teoría de los bienes inmateriales

Podríamos ubicar a la teoría de los bienes inmateriales dentro de la teoría monista de propiedad especial. Esta teoría le es adjudicada a Kohler, quien le reconocía al autor un derecho *sui generis* absoluto sobre su obra, de naturaleza real, distinto a la gran familia de derechos reales y distinto a la personalidad del autor (Jessen, 1986, p. 33).

En tal sentido, Lipzyc (1993) indica que la teoría de Kohler tiene una naturaleza únicamente patrimonial, tanto por su origen histórico como por su normativa. Esto no quita que Kohler reconozca al autor derechos de carácter moral, denominados en su obra como *individualrechte*. Pero para este pensador estos derechos no forman parte del derecho de autor, sino que forman parte de un campo jurídico distinto (pp. 22-23).

En el desarrollo de sus posturas, Kohler agrupa los derechos sobre las cosas incorporales en dos categorías. Por un lado, el derecho de autor y de patente industrial, que no las denomina propiedad, sino derechos inmateriales, conformados análogamente a los de propiedad. Y por el otro lado, los derechos sobre el nombre, la enseña, las armas y las marcas, que son calificados como derechos individuales, y que son el derecho de personalidad. Sobre esos derechos inmateriales surgen derechos absolutos, no confundibles con los derechos reales, precisamente por la inmaterialidad del objeto. Se resalta que este esquema representa una reacción contra la doctrina del derecho de propiedad, la cual Kohler consideraba insuficiente e inadecuada, para expresar el poder jurídico que tiene el autor sobre sus creaciones (Gómez Muci, 2014, pp. 34-35).

Vale aclarar que algunos autores colocan a la teoría de Kohler dentro de las teorías dualistas del derecho de autor, en razón de haberla fundamentado sobre dos tipos de categorías diferentes aunque complementarias, como son el aspecto patrimonial y el moral. Probablemente el mayor crítico a la teoría de Kohler haya sido Remo Franceschelli quien indica que, si bien es cierto que el término derechos inmateriales explica la naturaleza del bien, la teoría de Kohler no explica la verdadera naturaleza del derecho, por lo que podría explicar los derechos de propiedad sobre cosas inmateriales sin salir del concepto clásico de propiedad. Esa fue la razón por la cual Franceschelli adoptó la teoría del monopolio. (Rengifo García, 1997, pp. 65-67).

Por otro lado, en una dirección similar a la de Kohler, Emery (1999) le adjudica a Picard la *teoría de los derechos sobre bienes intelectuales*, la cual pretende designar un derecho sobre los bienes incorpóreos, como un complemento de los derechos reales sobre los bienes materiales (p. 6).

## 7.6. Teoría del monopolio

Según Quintero y Cruz Fino (2018), la teoría del monopolio de explotación surge bajo la influencia del copyright anglosajón, siendo esta una teoría monista, que

afirma que el derecho de autor es un monopolio de explotación que faculta al titular de la propiedad intelectual a impedir que terceros copien o exploten ilegalmente la obra sobre la cual este titular tiene derechos exclusivos (p. 178).

Se le adjudica esta teoría a Franceschelli quien, al igual que Picard y Kholer, considera que las tres categorías clásicas de derechos resultan insuficientes para explicar la naturaleza jurídica de los bienes inmateriales, como es el caso de la propiedad intelectual.

En ese contexto concibió una categoría autónoma denominada derechos de monopolio, para abarcar los derechos de los autores y los de propiedad industrial, debido a que ambos cumplen funciones económicas. Según Franceschelli, los derechos de monopolio se caracterizan por proporcionar ganancias a su titular de derechos a través de la exclusión de la competencia. Esta exclusión es erga omnes e impide la explotación de la propiedad intelectual por parte de terceros no autorizados (Rengifo García, 1997, p. 81).

Vale aclarar que según Quintero y Cruz Fino (2018) esta postura no plantea un argumento completamente novedoso. Por el contrario, se trataría de una mejora de la teoría de la propiedad especial que, si bien establece una categoría distinta de las ya existentes, su contenido se encuentra determinado por los elementos esenciales de un derecho real como lo es la propiedad (p. 178).

#### 7.7. Teoría de la personalidad del autor

Esta teoría tiene su origen en la obra de Kant (1797), quien usa el ejemplo del mundo editorial para diferenciar entre el derecho real que existe sobre un libro, siendo este el soporte material de la obra, y el derecho personal del autor, quien habla en nombre propio en dicho libro. Al respecto Kant indica:

Un libro es un escrito -es aquí indiferente que éste escrito con pluma o con caracteres tipográficos, en pocas o muchas páginas- que, mediante signos lingüísticos visibles, representa un discurso que alguien dirige al público. El que habla al público en su propio nombre es el autor. El que habla públicamente a través de un escrito en nombre de otro es el editor legítimo. Este, cuando lo hace con permiso del autor, es el editor legítimo; pero si lo hace sin él, es el editor ilegítimo, es decir, el reimpresor. La suma de todas las copias del original -ejemplares- es la edición (...) el libro sea un producto artificial corporal -*opus mechanicum*-, que puede ser copiado -por quien posea legítimamente un ejemplar del mismo-, con lo cual hay aquí un derecho real -*Sachenrecht*-; pero, por otra parte, el libro es también únicamente un discurso del editor al público, que éste no puede reproducir públicamente -*praestatio operae*- sin tener para

ello un mandato del autor, un derecho personal, y entonces el error consiste en que se confunden ambos (Kant, 1797, pp. 114-115).

Como bien explica Jessen (1986), tanto Kant como Otto Von Gierke veían en la propiedad intelectual una prolongación de la personalidad del autor, siendo que esta personalidad no podía ser dissociada de la obra, ya que se trataba de un producto de la inteligencia del autor (p. 33).

Por su lado, Emery (1999) destaca que la teoría de la personalidad niega la posibilidad de ceder la obra, ya que el autor no puede desprenderse de su personalidad. Por lo tanto, el autor sólo puede ceder el ejercicio de los derechos que tiene sobre su obra (p. 6).

Entre las críticas a esta postura destacamos que Anaya Quintero y Cruz Fino (2018) afirma que “...el derecho de autor no podría ser considerado un derecho de la personalidad, pues no es innato al ser humano, sino que se adquiere únicamente por medio de la creación de una obra” ( p. 172).

A pesar de las críticas, otros autores como Borda (1979) han resucitado la teoría de la personalidad del autor, sin adherir a su carácter monista de la misma (§261). Esto permite solventar algunos problemas que surgen del reconocimiento de los derechos morales, como veremos en los capítulos III y IV de esta tesis.

#### 7.8. Las teorías dualistas del derecho de autor

En el otro extremo, se encuentra la teoría dualista de la propiedad intelectual, siendo esta una teoría muy popular en Europa y América por igual.

Según esta postura el derecho de autor tiene dos naturalezas jurídicas independientes. Una de carácter patrimonial y otra de carácter moral. Cada uno de estos aspectos tienen diferentes finalidades y pueden ser regulados de forma distinta, y aún cuando puedan interactuar entre sí se trataría de dos categorías autónomas de derechos (Antequera, 2007, p. 16).

En tal dirección, Fayos Gardó (2016) adhiere a esta postura al analizar el derecho intelectual en la legislación española, de la siguiente manera:

Según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual vigente, desde la vertiente moral, corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1) Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma 2) Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente 3) Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra 4) Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga

perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación 5) Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural 6) Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias 7) Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda -art. 14-. El debate sobre la naturaleza del derecho moral de autor no resulta pacífico. Mientras un sector doctrinal considera que los derechos de autor no son derechos de la personalidad porque carecen del requisito de la esencialidad y necesitan de una obra para operar (es decir, sin obra no hay derecho moral), otros autores defienden la postura contraria, es decir, que el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad, por ser un derecho irrenunciable e inalienable. La renuncia al derecho de la personalidad está prohibida taxativamente por ley -art. 6.2 CC-. Es nula cualquier renuncia, entendida como renuncia global al derecho, cuanto como renuncia a la protección legal en casos determinados.

Si bien consideramos que esta postura puede explicar la existencia de una distinción y coexistencia entre los derechos morales y patrimoniales del derecho de autor, consideramos que una mala interpretación de esta teoría puede significar en la práctica una distorsión del derecho vigente, tal como veremos más adelante en los capítulos III y IV de esta tesis.

## **8. La propiedad intelectual en la legislación argentina y su jerarquía normativa**

Luego de haber descrito las principales teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, es necesario resaltar que no existe una opinión pacífica respecto a cual de estas teorías es la que impera en nuestra legislación (Emery, 1999, pp. 6-7).

Según Lipszyc (2019) el art. 17 CN reconoce a la propiedad intelectual como un derecho de propiedad especial del autor sobre su obra, y del inventor sobre su invento, siendo estos derechos inviolables. (p. 32).

Por otro lado, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, indicó el día 28/10/2013 en el fallo I.M.S.A. c/ N.M.D. s/ Daños y Perjuicios que “Los derechos intelectuales han sido considerados como una tercera especie de derechos patrimoniales, junto con los personales y los reales, o con mejor criterio, como un tercer género frente a

los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, dado su carácter mixto” (Microjuris, 82612-AR/MJJ 82612).

Por nuestro lado, coincidimos con Zuccherino (1995), en cuanto a la afirmación de que la propiedad intelectual es lisa y llanamente un derecho de propiedad, siendo el término propiedad más amplio y abarcativo que el de dominio (p. 57).

Independientemente de la interpretación que podamos hacer de la filosofía subyacente a nuestra legislación, lo cierto es que el derecho de autor es un derecho protegido por las leyes de mayor jerarquía de nuestro país, así como también por las normas de mayor jerarquía de los organismos internacionales.

En el ámbito local, la Constitución Nacional Argentina desde el año 1853 ya preveía en su art. 17 CN la protección de la propiedad intelectual, asimilando este instituto con el derecho de propiedad privada mediante la siguiente fórmula:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Como bien explica Lipzyc (1993) la inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales de los ordenamientos nacionales e internacionales es un reconocimiento de que el derecho de propiedad intelectual es un atributo inherente del ser humano, y que su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida. Además de reflejar la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes lo efectúan (p. 39).

A su vez, Emery (1999) resalta que el art. 17 CN tiene una fuerte inspiración en la constitución norteamericana, la cual además influenció en sus intenciones gran parte de la legislación de menor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico en materia de propiedad intelectual (p.1).

Destacamos que Estados Unidos de América incluyó la protección de los derechos de autor en su constitución del año 1787, art. 1, sección 8, obligando al legislador a “promover el progreso de las ciencias y las artes útiles”. Años después, durante el año 1790, el Congreso norteamericano publicó la primera ley de propiedad

intelectual de dicho país, la llamada *Federal copyright act*, la cual tenía marcadas similitudes con la legislación inglesa contemporánea, derivada del Estatuto de la Reina Ana sobre *copyright*, aprobado por la cámara de los comunes en el año 1710.

Otros países, como España, Chile y Francia, también incluyeron en sus respectivas constituciones nacionales la protección a los derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, los organismos internacionales también reconocen el derecho de autor. La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, incluye en su art. 27, inc. 2, claras referencias al derecho de autor al indicar que “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del año 1966, indica en su art. 15 inc. C, que toda persona tiene derecho de “Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Por su lado, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) cuenta con numerosa normativa compatible con estos principios.

Vale aclarar que estas normas no sólo se suman al art. 17 CN por su objetiva compatibilidad, sino que además cuentan con jerarquía constitucional desde el año 1994, debido a la inclusión del art. 75 inc. 22 CN.

En cuanto a las leyes de menor jerarquía que regulan este derecho constitucional, se destaca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que regula los derechos de autor. Esta ley indica en su art. 12 que “La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente Ley”.

Como bien explica Emery (1999) esta norma confiere a los titulares de derechos de propiedad intelectual todos los atributos del derecho de propiedad que no se encuentren limitados legislativamente (p. 9). Este es un dato a tener en cuenta para comprender los capítulos III y IV de esta tesis.

Por otro lado, las marcas son reguladas por la Ley 22.362 y los Decretos 558/81, 1141/03 y 1384/2008; las patentes y modelos de utilidad por las Leyes 24.481; 24.572, 25.859 y 26.229; los modelos y diseños industriales por la Ley 26.402 y los

Decretos 6673/63 y 5682/65; y los dominios web por el Decreto 654/2009 y la resolución 2226/2000.

En síntesis, al ser la propiedad intelectual un bien intangible, cuya definición y características tienen atributos internacionales en razón de la necesidad y los convenios firmados entre las naciones del mundo. Por lo que la diferencia en las distintas legislaciones del mundo radica principalmente en la rigidez de su protección, el tiempo de concesión de licencias y la caracterización de esta propiedad dentro de uno u otro género, como pasa en el caso del software. Esto último lo analizaremos en detalle en el apartado 11 de este capítulo.

## **9. La relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos reales. Similitudes y diferencias**

Teniendo en mente lo analizado en el apartado referido a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, puede observarse que existe una relación estrecha entre los derechos reales y la propiedad intelectual, la cual guarda similitudes y diferencias entre ambos institutos.

Como bien explican Tabieres y Leturia (2014), los franceses recurrieron al instituto de la propiedad privada para darle forma al derecho de propiedad intelectual (p. 31). Como consecuencia de esta experiencia, existen hoy en día similitudes y diferencias entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos reales.

Estas diferencias surgen, según Montezuma Panes (2016), a partir de tener en cuenta que la propiedad intelectual descansa sobre incentivos diferentes a los que se dan con la propiedad física. En otras palabras, la propiedad intelectual intenta generar los incentivos para la creación de obras, mediante el reconocimiento de derechos de monopolio a favor del autor, mientras que los derechos reales operan para evitar el problema de los bienes comunes (p. 263).

Ahora bien, en el caso del derecho argentino, esta teoría se vio en la práctica en el año 1853 con la sanción del art. 17, de la Constitución Nacional (CN). Según esta norma, aún vigente, tanto la propiedad material como el derecho de autor forman parte de la institución de la propiedad privada. Sin embargo, el propio art. 17 CN hace notar que la principal diferencia entre estos dos tipos de propiedades es que la propiedad intelectual tiene una limitación temporal.



Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 111 del año 1864, referida a las patentes industriales, el Código Civil en el año 1871 y la sanción de la ley de propiedad intelectual y artística, N° 11.723, en el año 1933, se le da forma definitiva a la independencia normativa entre estas dos esferas del derecho, toda vez que Vélez Sarsfield crea un sistema de derechos reales enfocado exclusivamente en las cosas, y no en los derechos de bienes inmateriales.

Es pertinente hacer notar que este patrón legislativo se repite en Chile, con la sanción de su Constitución Nacional del año 1828 y su posterior Código Civil del año 1856.

Al respecto, Morales (2012) explica que el origen de esta problemática se remonta a la época de la redacción del Código Civil chileno. Así, mientras la ley advertía que las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores, al mismo tiempo, y reconociendo su diferente naturaleza, se agregó que esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales, por lo que resulta improcedente pretender aplicar las normas del derecho de propiedad contenidas en el Código Civil a los objetos de derechos intelectuales (p.3).

Con el fin de poder profundizar sobre este aspecto, es pertinente definir primero el concepto de derechos reales, con la misma precisión que hemos definido a la propiedad intelectual. Según Allende (1967), el derecho real:

Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona -sujeto activo- y una cosa -objeto- una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad -sujeto pasivo- a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo -obligación negativa-, naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius praeferendi* (Allende, 1967, p. 18).

Por su lado, Rossi (2018) modifica un poco esta definición e indica que:

Es un derecho de oponibilidad erga omnes, de fuente legal y contenido patrimonial, regido sustancialmente por normas de orden público, por el cual una persona se vincula directamente con una cosa y que genera, previa publicidad, un deber de abstención por parte de la sociedad, cuya violación produce una acción real, que goza de las facultades de persecución -*ius persecuendi*- y de preferencia -*ius praeferendi*. (Rossi,2018, p. 20)

Ahora bien, conociendo ambas definiciones podemos comprender por qué Kant diferenciaba entre la obra y su soporte. La existencia de la materialidad de la cosa es un aspecto relevante a la hora de hacer comparaciones. Sin embargo, la

relación entre estas dos especies de propiedad constitucional se encuentra vigente aún en nuestra legislación.

Tal como se mencionó en un apartado anterior, la legislación argentina mantiene en el art. 12 de la Ley 11.723 un canal de relación entre los derechos reales y los derechos de propiedad intelectual.

En tal sentido, la jurisprudencia argentina, por medio del fallo 1986-B-257, de la Cámara Nacional Civil, Sala A, de fecha 1° de octubre de 1985, ha indicado que “El derecho intelectual está asimilado al derecho real dominio, de modo que el autor goza sobre su obra todos los derechos del propietario, entre los cuales se encuentran los de publicarla, exponerla en público y enajenarla” (Emery, 1999, p. 9).

Por otro lado, algunos autores contemporáneos como Taleva Salvat (2009), sostienen aún hoy en día la teoría de la propiedad que ubica a la propiedad intelectual dentro del universo de los derechos reales, como puede observarse en la siguiente cita:

Los derechos reales, dentro de los cuales se encuentra la llamada propiedad intelectual y también industrial, se caracterizan porque confieren el derecho más o menos limitado, a una explotación exclusiva. La consideración unitaria que, en cierto modo, merecen los derechos de autor y de inventor pueden fundarse en el hecho de que en ambos casos se trata de proteger el talento creador del individuo y por ello pueden considerarse como manifestaciones del derecho de la personalidad (Taleva Salvat, 2009, p. 8).

Esta postura tenía aún más fuerza antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, del año 2015, ya que el título “De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos” del ya derogado Código Civil, indicaba en su art. 2312 que formaban parte del patrimonio de las personas, además los bienes, los “objetos inmateriales susceptibles de valor”.

Esta norma se complementaba con el art. 2335 CC indicaba que “Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos.”

Con el fin de poder echar un poco de luz en la materia, Vélez (1969) explicaba su postura sobre este tema en la nota de este artículo:

Nota: 2335. DEMOLOMBE, t. 10, núms. 194 y sigts. DURANTON, t. 4, núm. 437. En contra: L. 37, tít. 28, Part. 3ª. Instit. Lib. 2, tít. 1 § 33. La Ley romana sólo por una excelencia del arte, hacía excepción de la pintura, § 34. En cuanto a la escritura, declaraba que si alguno hubiese escrito en papel ajeno un poema

o una historia, por excelente que fuese la obra, el papel era lo principal, lo escrito lo accesorio y la obra pertenecía al dueño del papel. L. 9, Dig. "De adq. rer. dom.". Nosotros consideramos que el papel y la tela son hechos para el uso de la escritura o de la pintura; y no la escritura o la pintura para el uso del papel o de la tela.

Según Emery (1999), el derogado art. 2335 y su nota fueron la primera vez que se introdujo en la legislación argentina entre la obra y el soporte material en el cual fue expresada (p. 10).

Ahora bien, aún antes de la derogación de esta norma, siempre existieron diferencias entre estas dos especies. Como bien resalta Lipszyc (1993), podemos diferenciar a los derechos reales y la propiedad intelectual:

- a. Por su objeto: El derecho de autor recae sobre una obra, en su calidad de objeto inmaterial, mientras el derecho real recae sobre una cosa (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21).
- b. Por su adquisición: El derecho de autor nace de la creación de la obra y no está sujeto de prescripción, mientras que el derecho real se adquiere por otros medios relacionados a la tradición de la cosa, y está sujeto a prescripción adquisitiva (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21).
- c. Por el plazo: el derecho patrimonial es limitado, mientras que el derecho de dominio es ilimitado (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21).
- d. En razón de las diferencias que existen entre la coautoría y el condominio (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21).
- e. El derecho moral no tiene un equivalente dentro del derecho de dominio (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21).
- f. Por el hecho de que no existe transferencia plena del derecho de autor, ya que la obra nunca sale por completo de la esfera de personalidad del autor. Existe, como mínimo, el deber de mencionar el nombre del autor y respetar la integridad de la obra, al darle uso (Lipszyc, 1993, pp. 20 -21)

A pesar de las diferencias, resulta interesante y relevante para el desarrollo de esta tesis destacar que con la evolución y complejidad de los derechos de propiedad intelectual se fueron admitiendo la adopción de algunos derechos reales en la esfera de la propiedad intelectual. Un buen ejemplo de este fenómeno es la evolución del

usufructo, en su carácter de derecho real, originariamente previsto sólo para las cosas.

## **10. Caso testigo del vínculo entre los derechos reales y la propiedad intelectual: el usufructo de propiedad intelectual**

El derecho real de usufructo estaba previsto y regulado en 141 artículos del Código Civil de Vélez (CC), vigentes desde el año 1871. En su redacción originaria, el art. 2807 CC definía al usufructo como “el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia.”

Esta definición ya contenía los caracteres principales de este derecho real, pero limitaba, con precisión, el derecho de usufructo a las cosas.

En tal dirección, la nota del artículo, escrita por Vélez Sarsfield (1869), hacía explícita esta limitación del objeto en más de una oportunidad, tanto al referirse al derecho comparado, como al agregar sus propias reflexiones.

El mencionado comentario indicaba, entre otros pormenores, que el art 578 del código civil francés definía al usufructo como “el derecho de gozar de las cosas ajenas como el mismo propietario, pero con la carga de conservar la sustancia de ellas” (Vélez Sarsfield, 1869, nota art. 2807 CC).

Asimismo, también indicaba que el usufructo “es un derecho real, por que el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa, pues que es una desmembración de la propiedad” y que “Conservar la sustancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar del derecho de disponer” (Vélez Sarsfield, 1869, nota art. 2807 CC).

En pocas palabras, en la concepción Veleziana del derecho de usufructo no existían dudas respecto a que los derechos reales se ejercían sólo respecto a las cosas y no respecto a los derechos.

Por otro lado, Mariani de Vidal (2010) explicaba que el objeto del usufructo en el Código Velezano dependía de la clasificación entre usufructo y cuasiusufructo (pp. 11-12).

En tal sentido, es necesario hacer notar que el derecho de usufructo creado por Vélez entendía que había dos especies de usufructo. Por un lado, el usufructo perfecto y, por el otro lado, el usufructo imperfecto o cuasiusufructo (art. 2808 CC).

El usufructo perfecto era el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la substancia de ellas, aunque pudieran deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga.

Por el otro lado, el cuasiusufructo o usufructo imperfecto era el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su substancia, como podría ser el caso de los granos, el dinero y similares.

A su vez, el art. 2809 CC indicaba que el usufructo de mercaderías era un usufructo puro y simple, y que el usufructuario podía enajenarlas. Aclarando además que los derechos respectivos se fijarían por el valor que se les hubiere dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad.

Por otro lado, el art. 2810 indicaba que el usufructo perfecto no daba al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y que debía conservarlas para devolverlas al propietario, acabado el usufructo. Mientras que el art. 2811 CC hacía notar que el cuasiusufructo, o usufructo imperfecto, transfería al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y podía consumirlas, venderlas, o disponer de ellas como mejor le parezca.

Al respecto y con poder de síntesis, Mariani de Vidal (2010) explicaba que mientras el usufructo perfecto recaía sobre cosas no fungibles o no consumibles, el usufructo imperfecto recaía sobre las cosas fungibles y consumibles (p. 12).

Ahora bien, al mismo tiempo el art. 2834 CC indicaba que “el objeto del usufructo puede ser de las mismas especies de que pueden ser los legados, excepto únicamente los que en este título se prohíben.”

Esta norma se relacionaba directamente con el art. 3751 CC, que al regular los legados aclaraba que “pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aun las que no existen todavía, pero que existirán después.”

Como puede observarse, la mención de “cosas y derechos” significaba una ruptura de la lógica planteada por Vélez Sarsfield, lo cual abría la puerta a una discusión de doctrina en torno al objeto del usufructo.

Según Mariani de Vidal (2010), esta contradicción derivaba principalmente de la diversidad de fuentes que inspiraron al codificador, toda vez que el alcance del término cosa era distinto en cada una de estas legislaciones (p. 12).

Por tal motivo, la autora proponía suprimir la remisión al art. 2834 CC, toda vez que la misma no significaba ventaja alguna, con el fin de limitar el alcance del

usufructo sólo a las cosas, ya que los bienes que no son cosas se encontraban por fuera de la órbita de los derechos reales (Mariani de Vidal, 2010, p. 12).

En la postura opuesta, algunos autores como Causse y Pettis (2015) consideran que el Código Civil derogado admitía el usufructo de derechos, en el caso del usufructo de créditos de los art. 2875 y 2911 CC. Vale aclarar que estos autores sostienen que esta clase de usufructo significaba una ficción jurídica, a partir de la idea de que, una vez pagado el crédito, el derecho del usufructuario quedaba trasladado a su objeto (p. 202).

Por otro lado, Borda (1981) afirmaba de modo aún más extenso que el usufructo del Código de Vélez podía “recaer sobre toda especie de bienes, sean muebles, inmuebles, trátase de cosas o de derechos” (p. 395).

Finalmente, tanto los proyectos de reformas como la nueva legislación tomaron una postura más acorde a las ideas de Borda, incluyendo en la norma referencias expresas al usufructo de derechos.

Como bien explica Braidot (2014), el proyecto de reforma del Código Civil del año 1998 sirvió en gran medida como inspiración del Código Civil y Comercial del año 2015, que reemplazó al código de Vélez (pp. 4884-4885).

Por tal motivo, no resulta extraño que el art. 2129 CCCN tenga un espíritu similar al art. 2031 del proyecto. Este último definía al usufructo como “el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.”

Nótese que el mencionado artículo reemplaza el término “cosa ajena”, que figuraba en el Código Civil de Vélez, por el término “bien ajeno”. Una decisión que permite usufructuar aquellos bienes que no son cosas.

Además, el mencionado art. 2031 incluía una definición de alteración de sustancia, al indicar que “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.”

Esta segunda parte dejaba bien en claro no sólo la interpretación que le daba el legislador a la máxima *salva rerum substantia*, sino que además indicaba expresamente que se podía usufructuar un derecho.

Así, el art. 2032 indicaba el objeto sobre el cual se podía constituir un usufructo mediante la siguiente fórmula:

El usufructo puede tener por objeto cosas no fungibles y derechos, sólo si la ley lo prevé. También puede recaer sobre cosas fungibles si el usufructo es

sobre un conjunto de animales. El usufructo de origen testamentario puede tener por objeto el todo o una alícuota de la herencia del causante. El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad del bien, sobre una parte material o por una alícuota.

Con esta nueva técnica legislativa el legislador del año 1998 pretendía consolidar y amplificar el usufructo de derechos. Sin embargo, no fue hasta el año 2015 que esta intención se vio reflejada en una norma vigente.

En cuanto a la reforma del derecho real de usufructo, compartimos la opinión de Causse y Pettis (2015) cuando indican que la reducción a sólo 24 artículos para regular el usufructo en el CCCN significa una verdadera simplificación del régimen propuesto por Vélez (p. 202).

La desaparición de la división entre usufructo y cuasi usufructo, como las consecuencias derivadas de esta división, resulta a nuestro criterio un acierto, que permite una mayor comprensión de este instituto a la hora de ser llevado a la práctica.

Con este espíritu el art. 2129 CCCN describe al concepto de usufructo de la siguiente manera:

Concepto. El usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

A primera vista pueden observarse la enorme similitud entre el texto propuesto en el proyecto del año 1998 y el vigente art. 2129 CCCN. Por otro lado, en cuanto al objeto, el art. 2130 CCCN expresa una fórmula amplia respecto al ejercicio del usufructo, de la siguiente manera:

El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

Como ya se mencionó, las disposiciones en torno al objeto también siguen las directivas del proyecto de reforma del año 1998. Ahora bien, quedando precisado que

el objeto del usufructo de un derecho está previsto en la legislación civil argentina, restaría analizar y definir los derechos sobre los cuales se puede constituir un usufructo.

Es pertinente resaltar que el art. 2130 inc. b CCCN establece que el usufructo de un derecho corresponde “sólo en los casos en que la ley lo prevé”. Esta aclaración pareciera ser, en principio, una limitación a la hora de elegir sobre qué derechos se puede dar un usufructo.

Vale aclarar que tanto el CCCN como la Ley General de Sociedades (LGS) tienen disposiciones específicas respecto al usufructo de ciertos derechos. A modo de ejemplo, resaltamos el art. 2131 CCCN, que refiere a la legitimación del titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer, para constituir usufructo.

Por otro lado, Malizia (2014) hace notar que, a diferencia del Código derogado, la nueva normativa del CCCN permite que el derecho real de usufructo pueda ser objeto de usufructo, en razón de que está permitida la transmisión del usufructo, tal como expresamente lo prevé el artículo 2142 CCCN (p. 461).

A su vez, Braidot (2014) afirma que el usufructo presenta varias modificaciones en cuanto a su objeto, ampliando el mismo al incorporar la posibilidad de que los derechos puedan ser objeto de usufructo. Sin embargo, aclara, que el CCCN suprimió al usufructo de créditos, precisando que el usufructo sobre un patrimonio solamente puede constituirse por vía testamentaria y no contractual, al establecer que puede ser objeto el todo o una parte de la herencia, cuando el usufructo es de origen testamentario (Braidot, 2014, p. 4885).

En tal sentido, el derecho real de usufructo puede tener como objeto tanto cosas como bienes inmateriales, susceptibles de valor (Braidot, 2014, p. 4885).

En cuanto a los derechos no previstos específicamente por la ley, rescatamos la postura de De las Victorias González Silvano (2015) que afirma que puede constituirse usufructo sobre otros tipos de derechos, como pueden ser una marca, un invento, sobre los derechos intelectuales correspondientes a una obra y las páginas web (p. 266).

Al respecto, algunos de estos derechos pueden generar algunos inconvenientes por sus características particulares, que son diferentes a la nuda propiedad de una cosa. Veamos algunos ejemplos a continuación.



La propiedad intelectual es una institución que actúa dentro de la órbita del derecho a la propiedad. Así, mientras los derechos reales regulan la relación con las cosas, en su calidad de bien tangible, la propiedad intelectual regula los derechos sobre los bienes intangibles.

Este espíritu normativo fue reflejado en el art. 17 de nuestra Constitución Nacional, así como en las leyes especiales, como la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

Ahora bien, cabe destacar que nuestra legislación comprende que los derechos emanados de la creación o inteligencia de las personas se dividen en dos grandes grupos. Por un lado, los derechos de autor, sobre una obra literaria, científica o artística y, por el otro lado, los derechos de propiedad industrial o comercial, sobre los inventos, descubrimientos, patentes y marcas (Zarini, 2017, p. 90).

Esta clasificación no es arbitraria y coincide con lo convenido por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que pretende regular a nivel mundial el derecho de propiedad intelectual desde el 14 de julio de 1967.

Al respecto, la OMPI (2020) entiende que la propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente, ya sean invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres e imágenes, utilizados en el comercio (p. 1).

Asimismo, comprende que la propiedad intelectual se divide en dos categorías. Por un lado la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y por el otro, el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas (OMPI, 2020, p. 1).

Teniendo en cuenta estas diferencias, corresponde entender que el usufructo sobre un derecho de autor no tendrá los mismos efectos y alcances que el usufructo sobre un derecho de propiedad industrial o comercial.

En primer lugar, porque no todos los derechos de propiedad intelectual perecen al mismo tiempo. En líneas generales podríamos decir que los derechos de autor tienen una duración mayor que los derechos de propiedad industrial y que, a su vez, los derechos de propiedad comercial pueden durar para siempre.

A modo de ejemplo, el art. 5° de la Ley 11.723 de propiedad intelectual establece que el derecho de autor sobre las obras corresponde a los autores durante toda su vida, y que sus herederos mantienen este derecho por setenta años, contados a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

Por otro lado, la Ley 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de utilidad establece un plazo menor en su art. 35, al indicar que la patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

A su vez, la ley 22.362 de Marcas y Designaciones establece un criterio muy distinto de duración para la propiedad intelectual que esta regula, ya que establece en su art. 5° que el término de duración de la marca registrada es de diez años, y que podrá ser renovada indefinidamente por períodos iguales.

En otro orden de ideas y en segundo lugar, cabe destacar también que la importancia de los derechos morales sobre la obra de autor tiene una mayor importancia que los derechos morales sobre una marca, modelo de utilidad o patente. Por tal motivo, la nuda propiedad del derecho de autor tiene un mayor peso que la nuda propiedad de una marca, ya que el derecho moral permite a un autor el poder para impedir la publicación de su obra, mientras que las marcas, patentes y modelos de invención no tienen un derecho equivalente tan separado de los derechos económicos de sus inventos y derechos comerciales.

En síntesis, todas estas diferencias resultan sustanciales a la hora de establecer los alcances del usufructo sobre la propiedad intelectual.

Si bien sostenemos que las partes podrían contratar libremente sobre aquellos supuestos no regulados por la ley, lo cierto es que los pormenores del derecho marcario y de la propiedad intelectual merecen un trabajo adicional más extenso.

Dicho esto, comprendemos que la aceptación del usufructo sobre la propiedad intelectual, introducida formalmente en el año 2015 con la sanción del CCCN, nos obliga a plantearnos la vigencia de aquellas teorías que vinculan a la propiedad intelectual con los derechos reales como dos géneros o subgéneros del derecho de propiedad privada. Por lo que esta normativa resulta relevante a la hora de comprender los postulados de esta tesis.

## **11. La propiedad intelectual como producto y no como fruto del intelecto**

Llegado a este punto del análisis, podemos comprender que si bien la propiedad intelectual es una categoría de derecho con independencia jurídica, filosófica y analítica distinta a los derechos reales, ya que cuenta con su propia

normativa, justificación filosófica y tratados de doctrina y jurisprudencia, también es cierto que la comparación entre estas dos especies de derechos de propiedad privada resulta interesante para resolver algunos conflictos en torno a la resolución de problemas, como veremos en los siguientes capítulos.

En ese contexto, nos parece importante plantear nuestra postura sobre un tema que rara vez es tratado. Para nosotros la obra, marca o invento deben considerarse asimilables a un producto y no un fruto del intelecto humano, toda vez que cada obra, marca o invento debe ser original y novedosa para contar con la protección de la ley.

La distinción entre fruto y producto no es arbitraria cuando se trata de derechos reales. Según Vélez Sarsfield (1871), los frutos son los que la cosa produce regular y periódicamente sin alteración ni disminución de su sustancia, mientras que los productos son los objetos que se separan o se sacan de la cosa, y que una vez separados la cosa no los produce nuevamente (nota del art. 2329 CC).

En otras palabras, el fruto se genera de manera periódica sin alterar la sustancia, mientras que el producto no se puede separar de la cosa original sin alterar la cosa o disminuirla, ya que el producto se puede sacar por única vez.

En cuanto a la propiedad intelectual, la misma escapa a esta lógica, por no tratarse de un bien propiamente dicho, y por no ser la inventiva humana equivalente a una cosa. Sin embargo, no puede negarse que el tiempo que invierte el autor en el desarrollo de una idea, la cual se convertirá luego de exteriorizarse en una obra, marca o invento, es en sí mismo un desgaste de un recurso limitado. Dicho de otro modo, el tiempo humano no es infinito, y tampoco lo es la inventiva, toda vez que la mente se desarrolla hasta un cierto límite, en el cual comienza a degradarse también por el paso del tiempo, ya sea por vejez o enfermedad.

Por lo tanto, concluimos que la propiedad intelectual es un derecho intangible, emanado de la personalidad del autor o inventor, limitado en el tiempo por la ley que lo regula y que, por su propio carácter, toda obra o invento sujeto de patente debe ser original y novedoso, por lo que se trata de un producto único e irreplicable. Mientras que la explotación periódica de la propiedad intelectual es un fruto civil.

La distinción entre el trabajo creativo del autor, la idea, la obra en sí misma y su explotación nos resulta de vital importancia para comprender las posturas doctrinarias que se analizan en los capítulos III y IV de este trabajo, así como la hipótesis de esta tesis.

## **12. Géneros y especies de propiedad intelectual**

Es común decir que la especie es el conjunto de objetos que tienen en común las mismas características esenciales, mientras que el género es el conjunto de especies que tienen en común las mismas características esenciales. Por lo tanto, solemos referirnos al género como un concepto con mayor extensión que la especie.

Aplicando ese criterio, algunos autores como Roffo y Santa Cruz (2006) afirman que la propiedad intelectual es un género, mientras que el derecho de autor y los derechos conexos, como la propiedad industrial, constituyen la especie (p. 7).

Ahora bien, profundizando aún más en esta definición, podemos encontrar dentro podemos describir subespecies, agrupadas por debajo de las categorías más genéricas de los derechos de autor y la propiedad intelectual. En este apartado veremos a continuación algunos tipos de propiedad intelectual, separando primero por las especies más amplias para facilitar su comprensión.

### **12.1. Propiedad industrial**

Entendemos que la propiedad industrial es un género dentro de la propiedad intelectual formada por el conjunto de derechos que protegen la actividad innovadora de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, así como los procedimientos de manufactura de dichos productos y servicios, sus diseños, y la actividad mercantil en sí misma.

Debe entenderse que cuando nos referimos a productos en esta definición en particular lo estamos haciendo desde la perspectiva de las ciencias económicas, y no desde el lenguaje del derecho civil. En tal sentido, el producto para las ciencias económicas es el resultado que se obtiene del proceso de producción dentro de una empresa, sin perjuicio de que dicho producto pueda ser considerado desde el punto de vista del derecho como un fruto civil de dicha empresa, por tratarse de un bien producido con cierta periodicidad por una persona física o jurídica.

En cuanto los alcances de este género, Según Font (2013) la propiedad industrial estaría compuesta principalmente por las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los modelos o diseños industriales, y los nombres de dominio de los sitios web (p. 67).

### 12.1.1. Patentes de invención

La patente de invención es la herramienta jurídica que el legislador puso al alcance del inventor para proteger los derechos que este tiene sobre su invento. Como ya explicamos, los resultados de la investigación tecnológica se protegen a través de diferentes derechos de propiedad intelectual, por lo que, debido a la exclusividad en la explotación de dicho invento, consideramos que la patente de invención permite la apropiación temporal de tecnología desarrollada (Gómez Velasco, 2016, p. 19).

Es por ello que entendemos que las patentes de invención tienen como finalidad proteger los descubrimientos o nuevas invenciones, con el objeto fomentar la actividad creativa aplicable a la industria (Zuccherino, 1995, p. 19).

Como vimos precedentemente, el art. 17 CN, al igual que otras constituciones del mundo, prevé expresamente la protección de los derechos de propiedad de los inventores sobre sus inventos. Por lo que coincidimos con Zuccherino (1995) en cuanto a su afirmación de que el derecho del inventor sobre su invento es un derecho de propiedad, y no un derecho de monopolio otorgado por el estado (pp. 69-81).

En tal sentido, no compartimos la definición que indica que “Una Patente de Invención es un derecho exclusivo que concede el Estado al creador de una invención, por el cual se impide a terceros no autorizados realizar actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente o producto obtenido directamente por medio del procedimiento objeto de la patente” (<https://vinculacion.conicet.gov.ar/que-es-una-patente-de-invencion/>).

Como bien indica Spector (1991) el argumento de que los derechos derivados de las patentes de invención constituyen un monopolio es muchas veces utilizado para justificar el desconocimiento de este derecho o la limitación de su alcance (p. 130).

Un ejemplo de la postura denunciada por Spector es la tesis de Challú (1999), quien afirma que el *patentamiento monopolístico*, siendo este el término que el autor denomina al derecho de patentes, ha desalentado la cantidad de inventos en Italia, y ha desmejorado la balanza comercial de este país (pp. 16-17).

Vale aclarar que si bien valoramos el estudio del caso italiano hecho por Challú, consideramos también que sus conclusiones padecen de la falacia de evidencia incompleta, por lo que existe una falta de correlación directa entre la legislación italiana y la disminución de patentes medicinales en Italia, toda vez que Challaú sólo observa la cantidad de patentes antes y después de la reforma legislativa italiana,

pero omite analizar la presión tributaria de dicho país en comparación con otros; la calidad educativa de los investigadores italianos en comparación con sus pares europeos, asiáticos y americanos; y la competencia internacional, que también pueden ser causas de la disminución en la cantidad de patentes. Por lo tanto, no consideramos que su hipótesis sea acertada. Más teniendo en cuenta la información ya analizada en este capítulo. Es por ello que nuestra postura es más cercana a la de Spector, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las patentes.

Ahora bien, aclarado el asunto de la naturaleza jurídica, resulta primordial comprender el concepto de invento, que es mencionado en nuestra legislación.

Una definición bastante aceptada de invención es la “solución a un problema específico en el campo tecnológico y que se refiere a un producto o un proceso” (Río Portilla, 2013, p. 18).

En el derecho comparado, más precisamente el mexicano, podemos encontrar otras definiciones. Conforme el art. 15 de la Ley de la Propiedad Industrial de este país, se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y para satisfacer sus necesidades concretas. Además, el art. 19 de esta misma ley indica que no se consideran invenciones los principios teóricos, los descubrimientos, los esquemas, planes y juegos, los programas de cómputo, las formas de presentar información y la yuxtaposición de invenciones.

Según Río Portilla (2013) existen tres categorías de invenciones dentro de cualquier campo tecnológico: a) producto; b) proceso y; c) proceso de producción, que pueden protegerse, siempre que cumplan con los requisitos de patentabilidad. A estas tres categorías, el autor le agregó otras dos, siendo estas los sistemas y los usos. (Río Portilla, 2013, p. 18).

Actualmente, todos los campos tecnológicos están abiertos a la posibilidad de patentamiento, más no todas las invenciones son patentables. Para ser patentables, las legislaciones especializadas indican que las invenciones deben cumplir con los requisitos obligatorios de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial (Río Portilla, 2013, p. 18).

Debe tenerse en cuenta que lo que buscan los titulares de patentes es una defensa eficaz contra posibles imitadores. Así, cuando el litigio judicial resulta inevitable que al titular de la patente le interesa es que su patente resulte eficaz para impedir la imitación de uso por parte de terceros. Desde el punto de vista empresarial

ninguna empresa puede ignorar las patentes ajenas porque puede infringirlas. Por lo tanto, toda empresa que explote un negocio industrial o comercial debe de realizar antes un análisis de riesgo ante una posible infracción de patente. (Vidal Quadras Trías de Bes, 2008, pp. 17-18).

En cuanto a la normativa aplicable en Argentina, además de las disposiciones con jerarquía constitucional del art. 17 CN, nuestro país ha ratificado por medio de la Ley 17.011 El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; el Convenio estableciendo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ratificado por Ley 22.195 el 17 de marzo de 1980; el Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual ligados al comercio (ADPIC), adoptado como parte del Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, aprobado por Ley 24.425, en vigor desde el 1° de enero de 1995; Ley 26.229, que aprueba el Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, suscrito en Estrasburgo, República Francesa, el 24 de marzo de 1971, ratificado por la Argentina el día 28 de marzo de 2007; y la Decisión 8/95 del Mercosur, que es el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual, entre otros convenios multilaterales con otras naciones del mundo.

Asimismo, en lo que se refiere a la normativa de carácter nacional, que regula el proceso de patentamiento y su duración, se destaca la Ley de patentes de invención y modelos de utilidad, Decreto 260/96, Ley Nº 24.481, con sus modificaciones y su reglamentación, vigentes al momento de publicar esta tesis.

Su art. 4 establece el objeto de patentamiento de la siguiente manera:

Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre. b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la

industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

En cuanto al plazo de duración de las patentes, es de 20 años y no se puede prorrogar, siendo este un plazo de duración similar al de la legislación de Brasil, Chile y demás países de la región. Por lo tanto, una vez vencida la patente, la misma pasa al dominio público.

A su vez, la ley establece que quien mejore una patente otorgada tiene derecho a solicitar una patente de adición, y que las patentes vigentes pueden ser transmisibles y objeto de licencias.

#### 12.1.2. Modelos de utilidad

Los modelos de utilidad tienen la misma naturaleza jurídica que las patentes y son regulados por las mismas leyes que mencionamos en el apartado anterior. Por lo que estamos frente a una especie de propiedad industrial.

Entendemos que el modelo de utilidad es una disposición o forma nueva obtenida o introducida en utensilios, herramientas, instrumentos de trabajo, dispositivos u objetos conocidos de uso industrial, que impliquen una mejora respecto a la función en la que estaban destinados originalmente.

Font (2013) cataloga a los modelos de utilidad como “pequeños inventos”, porque su creador se limita a mejorar un objeto ya existente, aumentando su rendimiento (p. 72).

El art. 53 de la Ley de patentes de invención y modelos de utilidad describe el objeto de protección de derechos industriales de la siguiente manera:

Toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, conferirán a su creador el derecho exclusivo de explotación, que se justificará por títulos denominados certificados de modelos de utilidad. Este derecho se concederá solamente a la nueva forma o disposición tal como se la define, pero no podrá concederse un certificado de modelo de utilidad dentro del campo de protección de una patente de invención vigente.

A su vez, el art. 54 dispone que el certificado de los modelos de utilidad tendrá una vigencia de sólo 10 años improrrogables, contados a partir de la fecha de



presentación de la solicitud, y estará sujeto al pago de los aranceles establecidos por el decreto reglamentario.

### 12.1.3. Modelos y diseños industriales

Los dibujos o modelos industriales son la forma en que se protege el aspecto ornamental o estético de un producto industrial. El dibujo o modelo industrial puede consistir en rasgos en tres dimensiones, como la forma o la superficie de un artículo, o rasgos en dos dimensiones, como los diseños, las líneas o el color.

En nuestro país esta especie de propiedad industrial está protegida, por la Ley 26.402, que aprueba el Arreglo de Locarno que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales, del año 2008, además de la normativa con jerarquía constitucional e internacional ya mencionada.

El plazo de protección legal de esta especie de propiedad intelectual es de 5 años, y puede ser prorrogado por dos períodos consecutivos. Su ámbito de protección legal es sólo dentro del país, y puede transferirse su titularidad libremente (Font, 2013, p. 73).

### 12.1.4. El derecho de marcas y designaciones

Coincidimos con Martínez Medrano y Soucasse (2000), al definir que la marca constituye el signo o medio que permite a su titular identificar sus bienes y servicios, y distinguirlos de otros bienes y servicios iguales o similares, ofrecidos por otros oferentes en el mercado (p. 23).

En tal dirección, la Ley 22.362 de Marcas y Designaciones indica en su art. 1° que que pueden registrarse como marcas, con el fin de distinguir productos y servicios, una o más palabras con o sin contenido conceptual, dibujos, emblemas, monogramas, grabados, estampados, sellos, imágenes, bandas, combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los bienes, envoltorios, envases, combinaciones de letras y de números, letras y números con un dibujo especial, frases publicitarias, relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con capacidad distintiva.

Por otro lado, en sentido contrario, el art. 2 de dicha ley indica que no se consideran marcas para el derecho argentino, y en consecuencia no son registrables:

a) los nombres, palabras y signos que constituyen la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir, o que sean descriptos de su

naturaleza, función, cualidades u otras características; b) los nombres, palabras, signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro; c) la forma que se dé a los productos; d) el color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos.

En cuanto a los elementos que componen a una marca, podemos destacar tres principales. Estos serían, el signo de la marca, la relación establecida entre este signo y el bien o servicio que éste distingue, y el elemento psicológico, que es la aprehensión que los consumidores hacen entre dicho signo y el bien o servicio que este representa (Martinez Medrano y Soucasse, 2000, p. 28).

Por otro lado, en cuanto a las funciones que cumplen las marcas y designaciones, Martinez Medrano y Soucasse (2000) distinguen cuatro (p. 30):

- a. Distintividad o indicadora del origen empresarial.
- b. Indicar la calidad estándar de los bienes o servicios protegidos.
- c. Condensadora de la buena fama de los bienes o servicios protegidos.
- d. La función publicitaria.

Es necesario hacer notar que algunos autores plantean una controversia en torno a si el derecho de marcas debe ser considerado dentro del género de propiedad intelectual.

Según Françon (1999) los derechos sobre las marcas no deberían clasificarse dentro de la categoría de derechos intelectuales, toda vez que la marca no sería el resultado de un esfuerzo intelectual, sino más bien la mera identificación de un producto. En otras palabras, los comerciantes no serían creadores de propiedad intelectual para este autor (p. 9).

Por nuestro lado, discrepamos con esta postura, toda vez que las marcas cuentan con las principales características de la propiedad intelectual. En pocas palabras, son bienes inmateriales, producto de la mente humana, siendo un derecho de propiedad limitado por el tiempo, y con una legislación de protección de carácter nacional e internacional.

En cuanto a su marco normativo, las marcas se encuentran reguladas tanto por la legislación nacional como la internacional, por medio de convenciones multilaterales a la cual la Argentina ha suscrito junto a otras naciones del mundo, significando esto una promesa de mutua colaboración.

Entre estos convenios destacamos el Convenio de París para la protección de la propiedad intelectual, aprobado en Argentina por la Ley 22.195, del año 1980; el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC TRIP'S; y la Decisión 8/95 del Mercosur, que es el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual, en su parte pertinente referida a las marcas.

En cuanto a la legislación local, las marcas son reguladas por la Ley 22.362 de Marcas y Designaciones; los Decretos 4066/32, 3775/46, 558/81; y las disposiciones del INPI y la DNPI.

#### 12.1.5. Nombres de dominio web

Previo a explicar las implicancias jurídicas de los nombres de dominio de los sitios web, resulta necesario comprender lo básico de su aspecto técnico informático.

Un dominio de internet es un nombre único que identifica a una subárea de Internet, por medio de un protocolo que es entendible por las máquinas que tienen acceso a la red. El *Domain Name Server* (DNS), sirve de intermediario entre el usuario y la computadora. Dicho de otro modo, al escribir en el navegador una dirección con nombre de dominio, por ejemplo <https://www.google.com>, el DNS traduce la dirección escrita del sitio web (URL) a algo que la computadora pueda entender, como es la dirección IP, que es la dirección numérica y precisa del sitio web la cual remite al hosting, que es el alojamiento web del sitio.

Ahora bien, la URL debe ser exacta, ya que caso contrario el DNS no puede traducir la dirección IP, siendo esta última la dirección precisa donde se aloja el sitio web en el hosting. Todas las direcciones tienen el siguiente formato:



<https://pe.godaddy.com/blog/wp-content/uploads//GoDaddy-url-ejemplo-1200x346.png>

En cuanto a sus implicancias legales, es necesario aclarar que sólo se puede adquirir derechos de propiedad intelectual sobre el nombre de dominio del sitio web.

Como bien explica Fernandez Dalpech (2014), el nombre de dominio es identificatorio del sitio web, por lo que tiene un valor comercial y requiere una protección legal (p. 507).

Este dominio es un derecho de propiedad intelectual independiente del derecho que se puede adquirir sobre una marca, por lo que esto abre la puerta a la existencia de conflictos legales entre los titulares de los dominios web y los titulares de derechos marcarios, cuando son similares entre sí.

Muchas veces este conflicto puede ocurrir en ocasión de un acto piratería de nombre de dominio, o *cybersquatting*, que es la acción de registrar un dominio web a sabiendas de que un tercero ostenta un mejor título, con el único propósito de extorsionar al titular de la marca para que le compre el nombre de dominio, o bien para desviar el tráfico web hacia un sitio distinto.

Afortunadamente en nuestro país la jurisprudencia y la doctrina han combatido esta práctica desleal, dando prioridad en estos casos al titular del derecho de marca por sobre quien pretende cometer un acto de piratería informática (Font, 2013, p. 75).

Por otro lado, si bien se puede acceder a los sitios web desde cualquier parte del mundo, la registración de los sitios web es territorial. En tal sentido, los dominios radicados en Argentina, que son aquellos que finalizan en “.ar”, tienen su registración mediante NIC Argentina, mientras que los estadounidenses, también catalogados como internaciones, se registran en ICANN, por intermedio de empresas como Godaddy y Hostinger, entre otras.

Esto genera que puedan existir dos dominios idénticos, con distintos titulares en cada país. Actualmente no existe una autoridad centralizada que permita resolver este tipo de conflictos, pero la solución en Argentina es análoga a la que se aplica en los casos de *cybersquatting* de marcas.

## 12.2. Derechos de autor

Los derechos de autor, a diferencia de lo que sucede con la propiedad industrial, tiene como objeto fundamental la obra intelectual, y como sujeto amparado al autor de dicha obra (Satanowsky, 1954, p. 152).

Es necesario hacer notar que las legislaciones que prevén la protección de los derechos de autor protegen la expresión de la personalidad del autor, pero no la idea expresada en sí misma. Dicho de otro modo, la mera idea no constituye una obra.

Veamos a continuación, entonces, cuáles son los elementos que debe contener una obra para ser considerada como tal y, en consecuencia, objeto de derecho.

#### 11.2.1. La obra: artística, musical, científica, pictórica o fotográfica

Emery (1999) define a la obra de la siguiente manera: “Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean hechos para ser públicos y reproducidos” (p. 11).

En nuestra legislación, Ley 11.273, en su art. 1º, nos presenta la siguiente aproximación:

Artículo 1º. — A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

Como puede observarse, la legislación argentina no define en su normativa a la propiedad intelectual, sino que se limita a la ejemplificación de las obras protegidas.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CJSN) ha indicado que la norma:

... sólo contiene una enumeración de las obras que reciben protección legal, pero omite dar el concepto de lo que se entiende por obra intelectual o científica. Sin embargo, toda la doctrina está conteste de que debe tratarse siempre de una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral (CSJN, 18/9/1968, fallos 271:368; ID 3/5/88, ED, 129-132, voto del Dr. Fayt).

Por otro lado, cabe resaltar que la obra no sólo otorga derechos a favor del autor, sino también a favor del intérprete. Este derecho es especialmente importante en las obras musicales y dramáticas, y es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la inclusión de los arts. 5 bis, 22, 36 y 56 de la Ley 11.723.

Conforme explica Lipzyc (2001), los intérpretes cuentan no sólo con derechos pecuniarios sobre su interpretación, sino también con derechos morales sobre la misma, tales como el derecho de paternidad. No obstante, para que la interpretación merezca protección de la ley no se requiere que esta sea original, ni que aporte algún elemento creativo diferente de interpretaciones anteriores, ya que el estilo no es objeto de protección de la ley, y su protección derivaría en un perjuicio y limitación para el arte (pp. 2-3).

#### 12.2.2. La obra derivada

Como ya se mencionó en un apartado anterior, la obra derivada es aquella obra que surge de la transformación lícita de una obra original preexistente. En tal sentido, son obras derivadas las traducciones, las interpretaciones, los arreglos musicales, y cualquier otra transformación de la obra original.

En Argentina, la obra derivada es objeto de protección conforme la Ley 11.723, en los capítulos referidos a las traducciones, arreglos musicales y otras obras derivadas similares.

Las obras derivadas también son objeto de protección en el derecho comparado. A modo de ejemplo, el art. 11 de la Ley de Propiedad Intelectual de España indica lo siguiente:

Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original —en sentido estricto— también son objeto de propiedad intelectual: 1º. Las traducciones y adaptaciones. 2º. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3º. Los compendios, resúmenes y extractos. 4º. Los arreglos musicales. 5º. Cualesquiera —otras— transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

#### 12.2.3. La imagen

La imagen es un derecho de autor muy particular, toda vez que cuenta con una doble faceta simultánea. Por un lado, es un derecho de propiedad intelectual y, al mismo tiempo, es un derecho personalísimo (Bello Knoll, 2020, p. 1).

En su faceta civil, Cifuentes (2008) destaca que el derecho a la imagen es un derecho personalísimo autónomo y distinto a los derechos conexos de intimidad y honor. Según este autor, la imagen es la emanación física necesaria de la persona. La autonomía de este derecho permite a su titular decidir sobre la exposición y difusión de su imagen, así como también poder rechazar la apropiación de la misma por parte de terceros, sin su consentimiento (p. 553).

En otras palabras, podríamos decir que el derecho moral sobre la propia imagen, tiene características compatibles y armónicas con el derecho personalísimo sobre la imagen de la persona humana, receptado actualmente en los arts. 51, 52 y 53 CCCN.

Por otro lado, en cuanto a la imagen como obra y el derecho pecuniario o de explotación que deriva de ella, la imagen es una suerte de propiedad intelectual *sui generis* y su regulación depende del art. 31 de la Ley 11.723, la cual indica que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de sus herederos legítimos legitimarios, por un plazo de 20 años. Pasado ese tiempo desde el fallecimiento, o desde que la imagen humana fue tomada, la misma pasa al dominio público, conforme las disposiciones del art. 34 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Finalmente, resta aclarar que el derecho a la imagen puede constituir a su vez en un derecho de intérprete. Sin embargo, la interpretación es siempre un acto voluntario e intencional, por lo que no toda fotografía constituye necesariamente esta figura, quedando así excluidas las fotografías instantáneas y las que no tuvieran por fin la interpretación de un mensaje (Lipszyc, 2001, p. 5).

Es por ello que el derecho personalísimo a la propia imagen, reconocido en simultáneo por el derecho de autor, suele ser el mejor camino para proteger los intereses de la persona fotografiada.

### 12.3. Los derechos de propiedad informática

Dentro de los derechos de propiedad intelectual, podemos encontrar una serie de derechos que están relacionados con el desarrollo de la informática. Siguiendo la lógica de que la técnica siempre avanza más rápido que el derecho, este nuevo grupo de intangibles se fue amoldando a la legislación preexistente de las diversas legislaciones, como veremos a continuación.

En algunos casos, como ocurre con la tecnología NFT, la legislación aún no se encuentra lo suficientemente avanzada, por lo que la regulación depende más de la costumbre que del Estado Argentino.

#### 12.3.1. El software

Entendemos por software al elemento inmaterial de la informática. Así, mientras el hardware son los componentes electrónicos que permiten el

funcionamiento de los teléfonos, computadoras, televisores, y demás aparatos electrónicos que hoy llamamos inteligentes, el software es justamente el conjunto de dichos programas informáticos con los que interactúan los usuarios.

En otras palabras, “El software en sí es el conjunto de instrucciones o programas que le dicen a una computadora qué hacer.” (<https://www.ibm.com/es-es/topics/software-development>)

El software, además, se divide entre el código fuente, que está escrito en lenguaje de programación y es comprensible por los seres humanos, y el código objeto, que es el resultado de la conversión del código fuente al lenguaje de la máquina. Este software a su vez puede ser de dominio público o privado, dependiendo de su forma de licenciamiento (Fernandez Delpech, 2014, p. 568).

En cuanto a su protección legal, es pertinente destacar que la modalidad de la protección legal varía mucho entre países, según el criterio de sus legisladores. Así, mientras en los países miembros de la Unión Europea el software encuentra protección en la legislación de derecho de autor, en Estados Unidos y Japón el software forma parte del derecho de propiedad industrial (Fernandez Delpech, 2014, p. 577).

En el caso argentino se optó por seguir la línea de los países Europeos, reflejada en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, que indica en su art. 4 que “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”

Así, por medio de la sanción de la Ley 25.036, sancionada en 1998, y que modifica el art. 1° de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, nuestro país incorporó a los programas de computación dentro del listado de obras protegidas por la ley, quedando su texto conforme la cita del punto 11.2.1. de este trabajo, a donde remitimos en honor a la brevedad.

### 12.3.2. Los sitios de internet

Como bien explica Fernandez Delpech (2014), todo sitio web incorporado a la red constituye una obra de propiedad intelectual, compuesta por varios elementos. En tal sentido, se puede distinguir entre:

1. el contenido, que abarca sus archivos;



2. su diseño gráfico;
3. su software, o código fuente, y finalmente;
4. su elemento identificador, que es la dirección numérica y el nombre de dominio que se ha designado al sitio, y que permite la búsqueda y ubicación del mismo (pp. 500-501).

Por lo expuesto, la protección legal del sitio web en sí mismo dependerá de la protección legal de sus elementos por separado y en su conjunto. En Argentina los autores de sitios web pueden no sólo pueden registrar la marca del sitio, la dirección del sitio, el código fuente y objeto, y los demás elementos de propiedad intelectual que integran al sitio, sino que además pueden registrar el diseño y la estructura de páginas web una vez publicadas en Internet, por medio de un formulario y depósito de copia ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA).

#### 12.4. Los NFT, la tecnología *blockchain* y el arte digital

Previo a explicar la propiedad intelectual del arte digital, es necesario comprender la diferencia que existe entre la firma electrónica y la firma digital, toda vez que este concepto tiene una íntima relación al concepto de NFT y autenticidad de la obra.

Según Fernandez Delpech (2014) la firma electrónica es cualquier medio electrónico utilizado con la intención de vincularse o autenticar un documento electrónico, cumpliendo con las características de la firma manuscrita; mientras que la firma digital es una forma específica de firma electrónica, en la cual interviene un proceso criptográfico de clave asimétrica que da seguridad a quien extiende dicha firma (pp. 285-286).

En la Argentina, esta distinción tiene validez jurídica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 25.506, sobre Firma Digital, sancionada el día 14 de noviembre de 2001. En su art. 2 la norma establece que:

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Ahora bien, como ya se dijo, la obra en sí misma no es el formato sobre el cual esta se plasma, sino la ejecución de la idea. Es por eso que tanto la obra plasmada en un formato electrónico, como la obra fijada en un soporte de papel tienen la misma protección jurídica. Lo que cambia en todo caso es el instrumento electrónico o digital que mediante firma acredita la información del autor y/o del adquirente de la obra.

Así, la titularidad de la obra realizada en el soporte electrónico puede ser validada por medio de un instrumento digital, el cual certifica tanto su autenticidad como la titularidad de la misma. En ese contexto es que se han creado los contratos inteligentes, los cuales están basados en la tecnología de *blockchain*, la cual permite la autenticación del contrato por parte de terceros por medio de la creación de un NFT, que es un token no fungible.

En este contexto la palabra token hace referencia a un archivo digital dentro de la *blockchain*, el cual es registrado y que representa un ítem único.

Los NFT tienen las siguientes características:

1. La unicidad: cada NFT se encuentra registrado en la *blockchain* y es distinguible de todos los demás que existen en la misma. No hay dos iguales.
2. La propiedad: los tokens deben ser asignados a un dueño por medio de una *wallet* y pueden ser transferidos a terceros, que contarán con el reconocimiento de la red.
3. Indivisibilidad: los NFT funcionan como un token indivisible, a diferencia de las criptomonedas, que son divisibles en fracciones. Tal es el caso del Bitcoin, que puede ser dividido en infinitos *satoshis*.
4. Verificable: El token cuenta con un historial de transacción, trazable dentro de la *blockchain*. Esta característica es, al menos a nuestro criterio, la más importante.

Debe tenerse en cuenta que el NFT, que generalmente se compra y vende en los *exchanges* especializados en cripto activos, no es la obra en sí misma sino más bien el contrato que prueba la titularidad sobre esa obra, por medio de un contrato inteligente con firma digital. Por lo tanto, la obra electrónica podrá ser copiada y reproducida ininidad de veces, sin importar que tipo de protección legal adopte su titular de derechos.

## 12.5. Obras producto de la inteligencia artificial

En las últimas décadas, hemos sido testigos de la acelerada evolución de las ciencias informáticas.

En ese contexto, y relacionado al objeto de estudio de esta tesis, destacamos que grandes gigantes tecnológicos, como Alphabet, Microsoft y Meta Platforms, han realizado inversiones millonarias y alianzas estratégicas con empresas especializadas en el rubro de la inteligencia artificial, como es el caso de Open AI, para crear programas de computación, como Azure y GPT-3, capaces de crear imágenes, textos y videos sin la intervención de artistas, escritores ni diseñadores.

El resultado obtenido en la actualidad es sorprendente, toda vez que estos programas de inteligencia artificial son capaces de crear obras literarias, sonoras y visuales con la sola introducción de órdenes simples, siendo que estas obras cumplen con todas las características del objeto de derecho de la propiedad intelectual. En pocas palabras, estamos hablando de obras que ponen en tela de juicio la continuidad de la labor de muchos autores, toda vez que la inteligencia artificial se ha convertido en un competidor directo de su arte, a un menor costo y con resultados muy prometedores.

Ahora bien, más allá de las cuestiones artísticas y económicas que puedan plantearse, y que seguramente serán objeto de debate en el futuro cercano, la propiedad intelectual que surge de la inventiva de un software es en sí mismo un punto de inflexión en la lógica jurídica que respalda al derecho de autor, ya que estamos hablando de obras sin autores.

Actualmente, ningún país del mundo cuenta con una legislación especializada en la materia. Así que los derechos de propiedad intelectual que se pactan entre el titular de derechos del software y su cliente se rigen por el contrato de adhesión, o *disclaimer*, que las partes pactan previo a iniciar su relación.

Según los términos del uso de Open AI, en su versión del día 19 de septiembre de 2022, cláusula 3, inciso a, tanto la información que introduzcan los usuarios, denominada en el contrato como *inputs*, como las imágenes, textos y sonidos que genera el software, denominados en el contrato como *outputs*, serán considerados para la relación contractual como el *contenido colectivo*.

En ese contexto, los términos y condiciones de uso indican que entre las partes, eso es el usuario y Open AI, el *input* será propiedad del usuario, y que Open AI cede los derechos de propiedad sobre el *output* a este usuario, pero que se reserva

el derecho de usar dicho *output* (Recuperado de <https://openai.com/api/policies/terms/>).

Es necesario aclarar que debido a la naturaleza del *machine learning* que utiliza esta tecnología es probable que estos términos y condiciones se vean modificados en el futuro. Sin perjuicio de que puedan aparecer en el futuro leyes y regulaciones que también modifique la titularidad de los derechos de propiedad intelectual para este tipo de contratos de creación de propiedad intelectual por intermedio de la inteligencia artificial.

### **13. Propiedad originaria, propiedad derivada y *work made for hire***

Finalmente, resta dedicarle unas pocas palabras a la autoría, titularidad y explotación de la propiedad intelectual.

En primer lugar, es pertinente aclarar que tanto las personas humanas como las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, no todas las titularidades son iguales. Es necesario distinguir entre los titulares originarios, que son los autores e inventores, creadores de los inventos, obras y marcas; y los titulares derivados, que son quienes toman una obra ya creada y le modifican ciertos aspectos, de tal forma que a la obra original se la agrega una creación novedosa (Lipszyc, 1993, pp. 126-127).

También podemos equiparar al titular derivado al adquirente de los derechos de propiedad intelectual creados por otros, ya que no es un autor o inventor, pero es quien explota la obra o invento, sobre la cual tiene derechos, los cuales pueden incluir modificaciones (Sanchez Herrero, 2015, III, 5).

La forma en que el adquirente consigue para sí derechos sobre bienes inmateriales es la cesión de derechos. Sin embargo, en el caso de los derechos de autor, esta cesión nunca es completa, toda vez que los derechos morales son intransferibles, tal como ya explicamos anteriormente en este capítulo.

Como bien explica Lipszyc (1993), en el sistema latino cada vez crece más el rechazo a la cesión de derechos total o parcial de los derechos de autor, y crece la modalidad de la licencia de uso. Sin embargo, en el caso de las obras por encargo, conocidas en el sistema anglosajón como *work made for hire*, al considerar al autor en relación de dependencia es el empleador el titular originario de la obra (pp. 43-44).

Esta misma dinámica también aplica a los otros campos de la propiedad intelectual, como las patentes de los inventos y el derecho de marcas, haciendo la salvedad que en estos casos el derecho moral sobre el invento no tiene los alcances que tiene el autor sobre su obra, como ya mencionamos.

## **14. Conclusiones**

Conforme pudimos observar a lo largo del presente capítulo, no existe un acuerdo pacífico entre la doctrina y el derecho internacional a la hora de definir a la propiedad intelectual, su naturaleza o su utilidad.

En este capítulo hemos podido encontrar posturas favorables a incluir dentro de esta categoría de derechos a todos los bienes intangibles, así como también hemos podido observar otras posturas más rígidas, que proponen la protección de la propiedad intelectual sólo en el caso de ciertas especies de bienes intangibles, como las obras en exclusión de las marcas.

Asimismo, analizamos algunas posturas extremas que son contrarias a la mera existencia de la propiedad intelectual, las cuales confrontan con las anteriores posturas, independientemente de cual sea la especie protegida por ese género del derecho. Es por ello que no nos sorprende la inexistencia de un acuerdo respecto a la naturaleza de esta institución, toda vez que no existe un consenso sobre cuál es el objeto de protección de la ley.

Por nuestro lado, sostenemos que la propiedad intelectual es la manifestación del derecho de propiedad privada aplicado a la protección legal de los bienes intangibles. En tal sentido, consideramos que esta es la postura reflejada en nuestra Constitución Nacional, art. 17.

Estas afirmaciones nos llevan a adoptar posturas más amplias y abarcativas, que entienden que tanto el derecho de marcas como el derecho industrial son también especies dentro del género de la propiedad intelectual. Y que la aplicación por analogía de ciertos institutos de los derechos reales, como la diferenciación entre el producto y el fruto, enriquecen enormemente la comprensión y aplicación práctica de la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre los bienes intangibles.

Es por ello que concluimos que con el fin de abarcar una definición que pueda satisfacer las distintas posturas expuestas, debe entenderse que la propiedad intelectual es un derecho de propiedad especial *sui generis*, de absoluto señorío, de

naturaleza mixta, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con una enorme similitud a la figura del producto del derecho real, toda vez que la obra o invento se crea por única vez, por lo que se trata de un producto de la inventiva humana materializado en la obra, marca o invento.

## Capítulo IV. La propiedad intelectual en el matrimonio

### 1. Introducción

En más de una oportunidad se ha afirmado que la extensión de la tutela del derecho de autor al software contribuyó a incrementar la significación de los bienes culturales en el balance comercial, aumentando la importancia económica del derecho de autor y su trascendencia política o social, al estimular la creatividad y asegurar las inversiones en dicho sector (Lipszyc, 2014, p 56).

En este contexto, el estudio del régimen patrimonial dentro del matrimonio toma mayor relevancia que en épocas pasadas. Como bien explica Fayos Gardó (2016), los derechos de autor tienen una enorme repercusión sobre el Derecho de Familia y Sucesiones, ya que es significativa la problemática en torno a la atribución de los derechos sobre la producción intelectual en la liquidación del régimen económico matrimonial, así como en el régimen de transmisión mortis causa de estos derechos (p. 84).

Este régimen ha cambiado a lo largo de la historia legislativa de nuestro país, como veremos en el presente capítulo. La concepción de la unidad familiar fue recibiendo una serie de modificaciones que afectaron notablemente su función económica a lo largo del tiempo.

Ahora bien, en lo que compete a la propiedad intelectual dentro del régimen de comunidad, los cambios fueron aún más profundos, por no decir simplemente bruscos. Esto se debe a que, a pesar de la notoria diferencia que hace nuestra legislación entre los derechos reales y los derechos de propiedad intelectual, el carácter propio o ganancial de la propiedad intelectual no ha sido un acuerdo pacífico para la discusión de doctrina. Muy por el contrario, fue objeto de debate entre grandes voces de jurisprudencia.

Esta incertidumbre jurídica, que no sólo ocurrió y ocurre en nuestro país, trajo consigo toda clase de controversias y discusiones que fueron objeto de proyectos de ley, jurisprudencia y artículos de doctrina.

En cuanto al plano normativo, el carácter de la propiedad intelectual cambió explícitamente en dos oportunidades. La primera con la sanción de la Ley 17.711 en el año 1968 y la segunda con la sanción del CCCN en el año 2015. Cabe destacar

que ambas reformas tienen sus voces a favor y en contra, lo cual permite observar que no se trata de una discusión finalizada.

Por eso, el presente capítulo resulta fundamental para el desarrollo de este debate, toda vez que intentaremos abordar los pormenores del plano normativo, jurisprudencial y filosófico, para poder dar una perspectiva más amplia en torno a un problema de vital importancia para los autores, inventores y los titulares de patentes y marcas.

## **2. El conflicto en torno a la propiedad intelectual en el matrimonio**

La regulación de la propiedad intelectual en el matrimonio afecta notablemente la forma en que los distintos conflictos de titularidad de este derecho son resueltos. A continuación veremos algunas hipótesis de conflicto con sus resoluciones jurisprudenciales en varios países.

Una hipótesis de conflicto la encontramos en los casos de plagio dentro del matrimonio. Resulta de vital importancia tener bien definido el derecho de propiedad intelectual dentro del matrimonio para poder discernir en este tipo de situaciones.

Probablemente el ejemplo más reconocido de plagio dentro del matrimonio en el mundo del arte sea el que se trabó en Estados Unidos entre Margaret Keane, también conocida como Peggy Doris Hawkins, Peggy Ulbrich o Margaret McGuire, y su ex marido, Walter Keane.

Según pudo comprobar Margaret Keane, Walter Keane se había apropiado indebidamente del reconocimiento de las pinturas hechas por su ex esposa durante más de una década. Por tal motivo fue condenado por la Corte Federal de Honolulu a indemnizar a Margaret Kaene por el plagio con la suma de US \$4.000.000 (Kunen, 1986, p. 1).

Vale aclarar que Walter Keane apeló la sentencia. Sin embargo, en 1990 el Juez Zilly del distrito de Washington decidió rechazar la apelación, pero hizo lugar al planteo de monto excesivo, anulando la multa de US \$4.000.000 (Zilly, 1990, p.1).

Otra hipótesis de conflicto frecuente ocurre en los casos de divorcio, donde se discute la división de bienes, incluyendo los derechos de propiedad intelectual.

Al respecto, Biblioni (1939) menciona la existencia de dos casos de la jurisprudencia francesa que llamaron la atención de este autor (pp. 283-284).



El primero de ellos se refiere a un célebre músico de apellido Lecocq que escribió durante su matrimonio sus más importantes obras. Cuando el músico se divorció de su esposa por culpa de su mujer, esta solicitó que las obras del músico fueran consideradas como un bien ganancial. Así, los Tribunales la Corte de Apelación de París decidieron que el derecho de autor era de característica personal inherente a la personalidad del autor y que por lo tanto era propio, contrariando la doctrina dominante en ese momento. (Medina, 1998, p. 2).

Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte de Casación Francesa, que resolvió que las obras eran gananciales y que por lo tanto la esposa divorciada por su culpa, tenía derecho a la mitad de las obras de su marido.

Esta última postura fue criticada fuertemente por Biblioni (1939), que menciona que los derechos de autor no son cosas muebles, ni el derecho del producto sobre su venta, sino más bien un derecho más extenso. En consecuencia, se trata de un bien propio (p. 283).

El otro caso es el del escultor Mercié, quien estando casado tuvo que reconocer a los herederos de su esposa el derecho a la mitad de las obras creadas durante el matrimonio. Mercié contrajo nuevas nupcias que se disolvieron a raíz de un divorcio. Tuvo que reconocer a su segunda esposa la mitad de su obra, que a su vez era la mitad que le había quedado. En otras palabras, el autor sólo pudo conservar la cuarta parte del valor que había creado, y los extraños a él, que no eran sus herederos ni su esposa, obtuvieron por medio de resolución judicial las tres cuartas partes restantes (Medina, 1998, p. 3).

Finalmente, también podemos encontrar una hipótesis de conflicto en aquellos casos donde la regulación de la propiedad intelectual del matrimonio afecta notablemente a los herederos de los inventores y artistas. El caso más reconocido en nuestro país fue la sucesión del escritor argentino Roberto Arlt, donde se debatió el derecho sobre sus obras entre los hijos del primer matrimonio del escritor, y los hijos del segundo matrimonio.

Remitimos al apartado 8 del presente trabajo donde se trata este caso con mayor profundidad, por motivos de síntesis.

### 3. Los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio

Previo al análisis de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino, es necesario comprender el concepto de régimen patrimonial.

Como bien explica Font (2014) al contraer matrimonio los cónyuges generan relaciones personales y patrimoniales entre sí. Las segundas se rigen por el régimen matrimonial, siendo este un sistema jurídico encargado de regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (p. 59).

Por su lado Belluscio (2012) indica que la existencia del régimen matrimonial es una consecuencia ineludible del matrimonio, aun cuando se adopte un régimen de separación de bienes. Esto porque en la práctica todas las legislaciones del mundo establecen algún régimen matrimonial, con excepción del Código soviético de la Familia del 1918, derogado el año 1926 (§ 201).

Estos regímenes intentan abordar distintos aspectos de la vida patrimonial familiar. En tal sentido, se ha dicho que los tres grandes problemas a resolver son la titularidad de los bienes, su gestión y la solventación de sus deudas (Molina de Juan, 2014, p. 541).

Si bien consideramos que cualquier clasificación de los principales regímenes patrimoniales es necesariamente relativa o parcial, adherimos al criterio adoptado por Bossert y Zanoni (2005), quienes proponen hacer una clasificación a partir del análisis de la independencia patrimonial de los cónyuges y las relaciones de estos con terceros (pp. 218-219).

Vale aclarar que el grado de independencia económica, tanto en el orden de la propiedad de los bienes, su administración y el modo de responder frente a terceros, varía notablemente en función del régimen patrimonial que admita cada legislación (Arianna, 2017, p.4).

Por lo tanto, teniendo en cuenta la incidencia del régimen matrimonial en la propiedad de los bienes, su administración y/o titularidad de gestión, y la responsabilidad frente a terceros, destacamos los siguientes regímenes, aclarando que existen otras clasificaciones que han quedado por fuera del presente trabajo:

a.- Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por parte del marido: Como bien explica Borda (2013) este era el régimen de matrimonio *cum manus* del derecho romano y ha desaparecido completamente del derecho moderno

de occidente. El mismo consistía en la transferencia de todo el patrimonio de la mujer a manos de su marido, siendo éste el único propietario y administrador de todos los bienes, y quien soportaba a su vez todas las cargas del hogar y sus deudas. A la disolución de la sociedad por muerte del marido, la mujer tenía derecho a parte de los bienes como heredera, pero no como socia (§ 261).

b.- Régimen de unidad de bienes: Al igual que en el régimen de absorción, en el régimen de unidad de bienes se producía una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por parte del marido. Sin embargo, la diferencia con el régimen romano radica en que al momento de la disolución del matrimonio el marido o sus herederos debían restituir a la mujer el valor de estos bienes, ya que la absorción funcionaba como una suerte de derecho de crédito (Bossert y Zannoni, 2005, p. 220).

c.- Régimen de unión de bienes: En este régimen no se transfería al marido la propiedad de los bienes de la mujer, sino más bien su administración y usufructo. En tal sentido, ella conservaba su nuda propiedad y los bienes le debían ser restituidos en especie a la disolución del matrimonio, mientras que los frutos devengados beneficiaban al marido. Se diferenciaba de la unidad de bienes en que la mujer no conservaba sólo un derecho de crédito contra el marido o sus herederos, sino el mismo derecho de propiedad que tenía antes de casarse (Belluscio, 2012, § 206).

d.- Régimen de participación: Según Font (2014) en este régimen cada cónyuge administra y dispone libremente de su patrimonio, pero una vez disuelta esta unión se le otorga un crédito de compensación al cónyuge menos favorecido patrimonialmente. Para ello debe calcularse el patrimonio inicial y final de cada cónyuge (pp. 59-60).

e.- Régimen de separación de bienes: En este régimen cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, así como la propiedad de los bienes que adquiere posteriormente durante el matrimonio. El cónyuge titular administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas.

Sin embargo, Borda (2013) plantea que por más completa que haya querido hacerse la separación, no han podido evitarse ciertas concesiones impuestas por la comunidad de vida. Un ejemplo de ello sería el reconocimiento de la responsabilidad común por las cargas del hogar o la responsabilidad del cónyuge por los actos ilícitos del otro, así como, se reguló también en algunos ordenamientos jurídicos la administración de los bienes de la mujer por el marido (§ 261).

Según este autor, en este régimen se admiten toda clase de contratos de orden patrimonial entre los esposos y es el régimen imperante en Inglaterra a partir de la legislación del año 1882. También se aplica en la mayor parte de los Estados Unidos y la ley soviética de 1918 (Borda, 2013, § 261).

f.- Régimen de comunidad de bienes: Según Belluscio (2012) el régimen de comunidad se caracteriza por la formación de una masa de bienes, la que se divide entre los cónyuges o sus sucesores al momento de su disolución. Esta modalidad tendría sus orígenes en el derecho Francés, la Península Ibérica y en algunas regiones de Alemania y los países escandinavos, como consecuencia de la transformación de instituciones del derecho germánico (§ 207).

Esta categoría, a su vez, cuenta con dos o tres submodalidades típicas, dependiendo del criterio de clasificación de cada autor.

Por un lado, podemos describir el régimen de comunidad universal, en el cual todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos. Una vez disuelta la sociedad, se dividen entre ellos en partes iguales, sin consideración a su origen.

Para Borda (2013) este es el sistema que mejor responde al concepto de unión de cuerpos y almas y de matrimonio indisoluble, pero la proliferación de los divorcios, sean vinculares o de cuerpos, lo hace actualmente injusto e inaplicable (§ 261).

Por otro lado, el régimen de comunidad relativa, según Borda (2013), es aquel que distingue entre tres masas de bienes distintos. Estos son, los que aporta el marido al matrimonio, los que aporta la esposa y los adquiridos con posterioridad o gananciales. En tal sentido, la comunidad se refiere solamente a los últimos, siendo que en algunas legislaciones la comunidad comprende también los bienes muebles llevados al matrimonio por cada uno de los cónyuges, pero no los inmuebles (§ 261).

Independientemente de que las categorías propuestas por Borda no contemplaban la existencia de parejas del mismo sexo, otros autores presentan criterios de clasificación distintos.

En tal sentido, Bossert y Zannoni (2005), plantean una ligera discrepancia respecto de esta última clasificación, distinguiendo entre el régimen de comunidad de muebles y ganancias, y el régimen de comunidad de ganancias (pp. 221-222).

El primero, también conocido en el derecho francés como régimen de comunidad de bienes muebles y adquisiciones, la comunidad se restringe a los bienes muebles de cada cónyuge, sin consideración de origen, y a las ganancias y adquisiciones de cualquiera de los cónyuges luego de la celebración del matrimonio. Esta modalidad estaba prevista con carácter convencional en el art. 1401 del Código Civil Francés del año 1965, y el art. 1401 del Código Civil Bélgica (Bossert y Zannoni, 2005, p. 221).

En contraposición, el régimen de comunidad de ganancias se integra sólo por lo ganado por los cónyuges durante el matrimonio, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles, y son propios de cada cónyuge aquellos adquiridos previo al matrimonio. Esta segunda modalidad era el régimen legal durante el año 2013 en España, Portugal, Chile, Venezuela, Bolivia, Perú y Guatemala (Bossert y Zannoni, 2013, p. 222).

g.- Régimen de comunidad universal: También conocido como un régimen de fusión, es similar al régimen de comunidad de bienes, pero más extremo, ya que fusiona en un sólo patrimonio también los bienes propios que los cónyuges habían adquirido de manera preexistente al matrimonio, así como todos los que se adquieran durante la vigencia de este.

h.- Regímenes legales y convencionales: Otro criterio de calificación del régimen es la posibilidad de elegir entre uno o más regímenes patrimoniales al momento de contraer matrimonio. Corresponde hacer notar que mientras algunos sistemas jurídicos establecen un régimen legal único, obligatorio, forzoso, inmodificable y de orden público, del cual los cónyuges no pueden apartarse, otros sistemas permiten la elección de un régimen a cargo de los cónyuges.

Cómo bien explica Belluscio (2012) esta elección puede ser libre, estar limitada a ciertos regímenes previstos por la ley, o bien estar limitada por la prohibición de

adoptar algunos regímenes en particular. A la vez, cuando se prevé la opción entre el régimen legal y el convencional, es posible que la opción pueda ser ejercitada en cualquier momento o que deba serlo necesariamente antes del matrimonio, sin poder volver sobre ella (§ 202).

i.- Clasificación según la administración de los bienes, como criterio independiente: Es pertinente aclarar que algunos autores agregan una clasificación adicional según la administración de los bienes del matrimonio. En tal sentido, según esta visión todos los regímenes cuentan con subtipos según se trate de una administración a cargo de uno sólo de los cónyuges, separada a cargo de cada cónyuge, o conjunta a cargo de ambos (Herrera, 2019, pp. 219-220).

Si bien consideramos que el criterio de administración de los bienes es válido, también es nuestra postura que el mismo resulta redundante, ya que estaría en cierto modo incluido dentro de las anteriores clasificaciones expuestas. Esto se debe a que el modo de administración de los bienes es parte fundamental de las diferencias existentes entre un régimen y otro. Por tal motivo, no profundizaremos en este criterio, más allá de mencionar su existencia y validez didáctica.

#### **4. El régimen patrimonial del matrimonio en Argentina y su evolución**

El Código Civil originario, sancionado por la Ley 340 del año 1869, establecía en sus artículos 1276 y 1277 un régimen similar al de unión de bienes. La administración de los bienes quedaba a cargo del marido, con excepción de los casos previstos de administración a cargo de la mujer, como era el caso de la reserva derecho por medio de convención matrimonial, previsto por el art. 1217, inc. 2 CC, o cuando la enajenación de bienes adquiridos durante el matrimonio fuera en fraude contra la mujer.

Como bien explican Bossert y Zandoni (2005), desde sus inicios el Código Civil preveía una distinción entre, por un lado, los bienes propios constituidos por el dote de la mujer y los bienes que introduce el marido, y por el otro los bienes gananciales. Estas disposiciones eran imposiciones de normas de orden público, que no podían ser modificadas por voluntad de los cónyuges (p. 225).

A su vez, el Código originario preveía la separación de bienes sólo para casos excepcionales, como la petición hecha por el cónyuge inocente en caso de divorcio,

del art. 1306 CC, la mala administración de los bienes o concurso del marido, art. 1294 CC, o la interdicción del marido del art. 1290 CC (Bossert y Zannini, 2005, p. 228).

Con la sanción de la Ley 11.357, Sobre los derechos de la mujer, del año 1926, se produjeron algunos cambios significativos sobre la autonomía de la voluntad y la irresponsabilidad de la esposa por ciertas deudas de su marido, así como la administración de los bienes adquiridos por la mujer.

Luego la reforma hecha por la Ley 17.711, del año 1968, convirtió al régimen patrimonial del matrimonio en un régimen de comunidad de gananciales, con algunas características propias del régimen de participación de adquiridos, sólo en los casos de compensación de la masa indivisa.

La subcategoría de este régimen de comunidad era el de comunidad relativa, según la clasificación de Borda, o de comunidad restringida a ganancias, si tomamos en cuenta la clasificación aportada por Bossert y Zanoni. Además, en materia de administración de los bienes, el art. 1276 reformado introducía una normativa tendiente a la administración de bienes separada e indistinta, con ciertas limitaciones.

Finalmente, en agosto del año 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual impuso un sistema convencional limitado a sólo dos opciones. Por un lado, el régimen de comunidad, y por el otro lado, el de separación de bienes.

Si bien el código derogado ya contenía un régimen de separación de bienes previsto para ciertas eventualidades, la novedad de esta reforma radica en la posibilidad de elegir uno u otro régimen por mera voluntad de los contrayentes.

En otras palabras, se ha pasado de un régimen único, legal, imperativo e inmodificable, a otro basado en una autonomía de la voluntad restringida a dos opciones, con un régimen primario básico que es común a los dos regímenes elegibles, y que no puede ser modificado por los contrayentes (Azpiri, 2015, p. 83).

En cuanto al Régimen de Comunidad vigente, Solari (2015) sostiene una postura histórica un poco distinta a la nuestra y afirma que:

La comunidad de muebles y gananciales, instaurado por Vélez Sarsfield como régimen legal, y que se mantuvo luego de la sanción de la ley 11.357, ha sido abandonado por la reforma de la ley 17.711. Se pasó así del régimen de sociedad conyugal al de participación en los adquiridos. No obstante ello, la doctrina insistió en que el régimen patrimonial seguía siendo el de sociedad

conyugal, en el entendimiento de que la ley 17.711 solamente habría cambiado la administración del mismo, dejando de ser de administración marital para convertirse en uno de administración separada. En consecuencia, se enseñaba que el régimen patrimonial era de sociedad conyugal con administración separada. De esta manera, el cambio operado por la ley 17.711 solamente habría sido en lo atinente a la administración, pues, para la doctrina mayoritaria, el régimen seguía siendo de sociedad conyugal. La nueva redacción del Código Civil y Comercial mantiene esta postura cuando refiere al régimen supletorio, al que denomina de comunidad. Comunidad es sinónimo de sociedad conyugal. Es cierto que atrás ha quedado la denominación de sociedad conyugal, que ya no lo utiliza el legislador. Al menos se habla de comunidad. No obstante, la estructura fundamental del régimen se mantiene en cuanto al contenido de sus normas. (apartado 2.1.1).

## **5. Distinción entre bienes propios y gananciales en el derecho argentino contemporáneo. Diferencia entre fruto y producto**

La división entre bienes propios y gananciales es de vital importancia para el régimen patrimonial de matrimonio, ya que los bienes no pueden tener carácter propio y ganancial en simultáneo.

Si bien esta división es exclusiva del régimen de comunidad de ganancias, el cual es el supletorio en los términos del art. 463 CCCN, consideramos que el mismo también resulta influyente en otros aspectos de la vida patrimonial, como son las herencias e incluso en los criterios que podrían tomar algunos jueces a la hora de dictaminar respecto a una compensación económica.

Es pertinente hacer notar que la sociedad conyugal no es una sociedad en sí misma, ya que no se trata de un sujeto independiente de la persona de los cónyuges, por lo que no es titular de derechos u obligaciones. No tiene un patrimonio, por lo que los bienes pertenecen a los cónyuges, así como las deudas. Por tal motivo se ha sostenido que se puede tratar de un patrimonio de afectación, una institución *sui generis* o una sociedad civil sin personalidad, o una masa común de bienes que debe ser compartida al finalizar el régimen (Azpiri, 2000, p. 155).

A su vez, la caracterización de un bien como propio o ganancial no depende de la voluntad de los cónyuges, ya que estos no pueden decidir sobre su naturaleza (Azpiri, 2000, p. 156).

En cuanto a la lógica rectora detrás de la división entre los bienes propios y los gananciales, Herrera (2019) afirma que “el principio general es que son bienes propios los que aporta cada cónyuge al matrimonio, y los recibidos con posterioridad a la



celebración del matrimonio por legado, herencia o donación y los adquiridos con el producto de aquéllos” (p. 256).

Si bien esta primera aproximación al principio general es correcta, es necesario hacer notar que la misma resulta incompleta y requiere una enumeración más precisa, que es en definitiva la que se expone en el código vigente.

Esto se debe a que hay algunas sutilezas, como la profundización en la distinción entre fruto y producto, que rompen constantemente con la lógica rectora del principio general, especialmente en lo que se refiere a minería y propiedad intelectual. Esta es una distinción relevante, ya que introduce el concepto de periodicidad del bien que se considera ganancial, si es devengado durante la existencia del régimen de comunidad.

Según Vélez Sarsfield (1871), los frutos son los que la cosa produce regular y periódicamente sin alteración ni disminución de su sustancia, mientras que los productos son los objetos que se separan o se sacan de la cosa, y que una vez separados la cosa no los produce nuevamente (nota del art. 2329 CC).

En otras palabras, el fruto se genera de manera periódica sin alterar la sustancia, mientras que el producto no se puede separar de la cosa original sin alterar la cosa o disminuirla, ya que el producto se puede sacar por única vez.

Por tal motivo, Azpiri (2000) indica que el producto de un bien propio será un bien propio, porque constituye una parte del mismo, existiendo sólo una excepción en nuestra legislación para el producto de las minas, conforme el art. 344 del Código de Minería. Según el autor, la norma se justifica toda vez que la obtención de estos productos es la única forma de llevar a cabo las explotaciones de las minas, y en consecuencia se trata de un producto de carácter ganancial (p. 165).

A su vez, se ha dicho que esta interpretación es restrictiva y sólo se aplica al caso de la minería (Basset, 2010, p. 539).

Esta lógica rectora se mantuvo luego de la reforma del Código Civil y Comercial, por medio de la inclusión del art. 464 inc. e, CCCN (Azpiri, 2015, p. 95).

En cuanto a la propiedad intelectual, la misma escapa a esta lógica, por no tratarse de un bien propiamente dicho. La propiedad intelectual es un derecho intangible, emanado de la personalidad del autor o inventor, limitado en el tiempo por la ley que lo regula y que, por su propio carácter, toda obra o invento sujeto de patente debe ser original y novedoso, por lo que se trata de un producto único e irrepetible. Mientras que la explotación periódica de la propiedad intelectual es un fruto civil,

siendo esto último relevante, tal como veremos a lo largo del presente trabajo académico.

## **6. Historia de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino y sus reformas**

Habiendo explicado los distintos regímenes patrimoniales existentes, y su evolución en el derecho argentino, así como la conflictividad en torno a la propiedad intelectual en el matrimonio, corresponde comenzar el análisis de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino, centrándonos específicamente en el régimen de comunidad de bienes.

Con fines didácticos y prácticos, consideramos que la historia de la propiedad intelectual en el matrimonio argentino se divide en tres períodos bien marcados.

El primero de ellos comienza con la sanción de la Constitución del año 1853 y finaliza con la entrada en vigencia de la Ley 17.711, el año 1968. El segundo, comienza con la entrada en vigencia de la Ley 17.711 y finaliza con la entrada en vigencia del CCCN, el año 2015. Finalmente, el tercer período comienza en el año 2015 y continúa hasta la actualidad.

Cabe aclarar que, si bien sostenemos que estos períodos están bien marcados, también consideramos que la historia de la propiedad intelectual en el matrimonio no puede resumirse sólo en los hitos planteados por la legislación que efectivamente se transformó en norma vigente.

En tal sentido, es pertinente repasar también los proyectos de reforma del Código Civil que pretendieron reemplazar el Código confeccionado originalmente por Vélez Sarsfield para poder comprender los cambios de paradigma que influenciaron el pensamiento de doctrina contemporánea.

Entre los intentos frustrados de reforma integral del Código Civil podemos destacar el anteproyecto de 1926, preparado por Juan Antonio Biliboni y transformado en proyecto de reforma 10 años después. Este proyecto también conocido como Proyecto de 1936 o Código de Biliboni.

También fueron trascendente el anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987, conocido como Proyecto 1987, el Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y

Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, el Proyecto preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92.

Finalmente, nos parece de vital relevancia, por su influencia en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, resaltar el Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95, conocido como el proyecto de Código Civil del año 1998.

## **7. Período I: Años 1853 a 1967. Constitución Nacional, Ley de propiedad Intelectual, reglamento, Código Civil y proyectos de reforma**

Respecto al primer período, el mismo comienza con la sanción de la Constitución Nacional y concluye con la Ley 17.711. Según Sanchez Herrero (2015), previo a la reforma del Código Civil introducida por la ley 17.711, la legislación argentina no regulaba específicamente la situación de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad conyugal. Por tal motivo, su encuadre debía resolverse a partir de las reglas generales (§ II 1.1)

Si bien es cierto que el código civil de Vélez (CC) no regulaba específicamente la propiedad intelectual en el matrimonio, también es cierto que la constitución nacional ya tenía este asunto resuelto desde su sanción en el año 1853, el cual fue receptado por la normativa específica de propiedad intelectual.

Eso no quita que la falta de norma en el CC era un problema a la hora de resolver conflictos, tal como veremos más adelante, ya que la falta de esta norma permitía la existencia de distintas interpretaciones, generando una enorme inseguridad jurídica. Es por eso que todos los proyectos de reforma incluyeron acertadamente un apartado referido específicamente a la propiedad intelectual dentro del matrimonio.

### **7.1. La Constitución Nacional de 1853**

A nuestro criterio, la sanción de la Constitución Nacional significó el punto de partida para la historia de la propiedad intelectual dentro del matrimonio. En su redacción original, el art. 17 CN indicaba lo siguiente:

Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Confederación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La

expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Como puede observarse, la redacción originaria de la Constitución entendía que la propiedad intelectual era parte del derecho de propiedad privada, y que en consecuencia el único propietario de la obra, invento o descubrimiento, era siempre y en todo lugar su autor o inventor, el cual veía limitado sólo por el paso del tiempo.

El mencionado artículo recibió apenas una modificación con la reforma de 1860, que sustituyó el término “Confederación”, por “Nación”, dejando intactas el resto de sus disposiciones.

En cuanto a su vigencia, este artículo ha sido la norma máxima en materia de propiedad privada y propiedad intelectual durante toda la historia constitucional argentina, con excepción del período de vigencia de la Constitución Nacional del año 1949.

Profundizamos sobre el rango constitucional de la propiedad intelectual en otro capítulo de la presente tesis, a donde remitimos.

## 7.2. Las Leyes 111, 7.092, 9.510 y 11.723, y el Decreto Ley 6.673

Las otras leyes que marcaban la dirección de la propiedad intelectual en este período fueron la Ley de Patentes y la Ley de Propiedad Intelectual.

La primera Ley de patentes fue la Ley 111, de fecha 28 de septiembre de 1864. En su art. 1º limitaba el objeto de la protección de la ley de la siguiente manera:

Artículo 1. Los nuevos descubrimientos o invenciones en todos los géneros de la industria, confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotación, por el tiempo y bajo las condiciones que se expresarán, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución este derecho se justificará por títulos denominados Patente de Invención, expedidos en la forma que determinará esta ley.

Por otro lado, el art. 3º definía a los descubrimientos e invenciones como “...los nuevos productos industriales, los nuevos medios y la nueva aplicación de medios

conocidos para la obtención de un resultado o de un producto industrial”. Mientras que el art. 4 hacía referencia a que no son susceptibles de patentes:

...las composiciones farmacéuticas, los planes financieros, los descubrimientos o invenciones que hayan sido publicadas suficientemente en el país, o fuera de él, en obras, folletos o periódicos impresos para ser ejecutados con anterioridad a la solicitud, las que son puramente teóricas sin que se haya indicado su aplicación industrial, y aquellas que fueren contrarias a las buenas costumbres o a las leyes de la República.

Vale aclarar que la mencionada Ley de Patentes no contenía ninguna mención a los cónyuges ni herederos de los inventores.

Por otro lado, la primera Ley de propiedad intelectual fue la Ley 7.092, del año 1910, la cual fue modificada posteriormente por la Ley 9.510, del año 1914. Como bien explica Emery (1999), previo a la entrada en vigencia de estas leyes, la normativa aplicable en materia de derechos de autor era el art. 17 CN, y las normas supletorias de los Códigos Civil, Comercial y Penal (p. 1).

Posteriormente, el día 26 de septiembre de 1933 se aprobó la Ley 11.723, Régimen de la Propiedad Intelectual, el cual fue publicado en el Boletín Oficial el día 30 de septiembre de ese mismo año.

La mencionada Ley regía toda la propiedad intelectual, ya sea que se trate ésta de una propiedad artística o industrial. Este estatus se mantuvo hasta la publicación del Decreto Ley N° 6.673, del 9 de agosto de 1963, la cual creó un régimen separado para marcas y patentes. En tal sentido, el art. 1° de la Ley 11.723 indicaba en su redacción original que:

Artículo 1° - A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

A su vez, el art. 12° de la Ley 11.723 decía en su redacción que “La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente Ley”.

Estos dos artículos no sólo indican el objeto sobre el cual aplica la regulación de la ley, sino también la prelación normativa, la cual recepta en principio de especialidad por encima de la ley común, y de la Constitución Nacional por encima de las demás leyes.

Respecto a la titularidad de la propiedad intelectual, los arts. 2 y 4° decían en su redacción originaria que:

Art. 2° - El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

Art. 4° - Son titulares del derecho de propiedad intelectual: a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes; c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante.

Las mencionadas normas se mantienen intactas hasta nuestros días, siendo su única modificación la adición del art. 4°, inc. d, por parte de la Ley 25.036, del año 1998. Este inciso indica que "...las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario".

Respecto a la influencia de esta norma dentro del régimen patrimonial del matrimonio, es nuestra postura que el art. 4° de esta ley no se refería al cónyuge directa ni indirectamente.

En tal sentido, al interpretar el alcance del término "derechohabientes" debe tenerse en cuenta que al momento de la sanción de esta norma el divorcio en Argentina no estaba permitido.

Por tal motivo, el derechohabiente referido en esta norma no es el excónyuge del autor, toda vez que este estaba incluido dentro de sus herederos. En todo caso el derechohabiente sería más bien el legatario y/o el cesionario del autor, siendo el primero un título por causa de muerte distinto a los herederos, y el segundo un derechohabiente de origen contractual durante la vida del autor.

Es pertinente hacer notar que el Código Civil originario del año 1871 permitía el divorcio por incumplimiento de las obligaciones conyugales, pero no estipulaba la disolución del vínculo conyugal.

Esta disposición no estuvo exenta de críticas, por lo que el primer proyecto de ley de divorcio vincular fue presentado en 1888, pero su tratamiento fue bloqueado en varias oportunidades. Recién en el año 1954 se aprobó el divorcio vincular, por medio de la Ley 14.394 de Régimen Legal de Familia y Minoridad. Sin embargo, la ley fue derogada menos de un año después.

Finalmente, luego de que el juez de instrucción Juan Bautista Sejean denunciara la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley 2393 de Matrimonio Civil que establecía la indisolubilidad del vínculo conyugal, en el año 1985, posteriormente ratificado por la Corte Suprema de Justicia del 27 de noviembre de 1986; el 19 de agosto de 1986 se aprobó la Ley de divorcio vincular, Ley 23.515, que modificó el Código Civil argentino permitiendo la disolución de la unión matrimonial.

Por su lado, el Decreto Ley N° 6.673, del 9 de agosto de 1963 indicaba en su artículo 1° que “El autor de un modelo o diseño industrial, y sus sucesores legítimos, tienen sobre él un derecho de propiedad y el derecho exclusivo de explotarlo, transferirlo y registrarlo, por el tiempo y bajo las condiciones establecidas por este decreto”.

Por su lado, el artículo 2 decía que “El derecho reconocido por el artículo anterior es aplicable a los autores de modelos o diseños industriales creados en el extranjero y a sus sucesores legítimos siempre que sus respectivos países otorguen reciprocidad para los derechos de los autores argentinos o residentes en la Argentina”.

Debe observarse que en la reglamentación tampoco hay una referencia al cónyuge del autor, pero sí habla de sus sucesores legítimos.

Por lo tanto, en este contexto histórico y jurídico, se entiende mejor el origen de disputa de doctrina respecto a si la propiedad intelectual dentro del matrimonio, respecto a su naturaleza de bien propio o ganancial.

### 7.3. El anteproyecto de Biblioni y su comisión. Años 1926 a 1936

La disputa doctrinaria respecto a la propiedad intelectual en el matrimonio tomó una nueva dimensión durante los distintos proyectos de reforma del Código Civil.

El Proyecto de reforma de Biblioni al Código Civil, comenzado en 1926 y finalizado en el año 1936, fue una obra jurídica destinada a reemplazar el Código Civil de Vélez Sarsfield. Este proyecto fue gestado por juristas de la llamada generación

de 1910, a partir del decreto del 2 julio de 1926, N° 12.542, suscripto por el presidente Alvear y por el ministro de Justicia de su gestión.

Para llevar a cabo esta tarea se creó una comisión con espíritu federal, con invitaciones a las Universidades de Córdoba y el Litoral, cuyo miembro más destacado fue Biblioni, designado por la Academia de Derecho de Buenos Aires en el año 1926. Es pertinente mencionar que con debido a la prematura muerte de este jurista durante el año 1933, el proyecto final de 1936 no fue presentado por él, sino por sus compañeros de comisión.

Con buen criterio Parise (2006) destaca que si bien Bibiloni no era un publicista, al punto de que su única obra es precisamente el Anteproyecto, su influencia en su generación fue de enorme relevancia, ejercida desde su cátedra a través de sus alumnos (p. 4).

En tal sentido, continúa Parise (2006), los cuatro principales temas sobre los que se desarrollaron su actividad los juristas de la mencionada generación fueron, a saber, la crítica y superación del positivismo; la necesidad de estudiar a la sociedad Argentina; la pretensión de hacer de las escuelas de leyes centros de cultura jurídica, y no meras aulas de preparación profesional; y la reforma del orden legislativo recibido de las anteriores generaciones, siendo este el espíritu que imperó la reforma del año 1936 (p. 2).

En cuanto a los derechos de propiedad intelectual, Bibiloni (1939) se hizo eco de la reacción doctrinaria francesa contra los precedentes jurisprudenciales Lecocq y Mercié. En tal dirección y siguiendo los lineamientos de *La Société d'études législatives* propuso incluir en el proyecto del código civil el siguiente artículo:

Art. 678: Los derechos de autor, los derivados de patentes de invención y las marcas de fábricas o comercio, son bienes propios del autor o del cónyuge que los haya obtenido, aunque la obra o el invento se hayan realizado después del matrimonio o se haya obtenido la marca después de su celebración. Pertenecen a la sociedad conyugal los emolumentos percibidos por efecto de aquellos derechos, o que debieron percibirse, durante la unión. Cesa este beneficio a la disolución de la sociedad conyugal, aunque derivaran de publicaciones o contratos celebrados durante su existencia. La enajenación por un precio firme y total, del derecho de autor a la publicación, representación, empleo o uso de sus derechos, causa la subrogación del precio como bien propio (p. 283).



Como podemos observar, para Biblioni los derechos de autor eran bienes propios, mientras que los frutos de la explotación eran gananciales, sólo durante la vigencia de la sociedad conyugal. En caso de enajenación total de la obra, el precio sería un bien propio a raíz del principio de subrogación real. Al respecto, en la nota de la norma Biblioni (1939) explica:

El derecho de autor no es solamente un derecho pecuniario. Consiste en la plenitud total del derecho sobre su obra. Puede autorizar su publicación, mediante retribución. Puede impedirla. Puede exigir que no se altere, que su nombre aparezca; puede modificarla, suprimirla. Sus ideas pueden cambiar, y su derecho perfecto es el de publicarlas tales como corresponden a su concepto actual. Debe solamente autorizar la publicación que ha autorizado. En el acto que se reconoce esos caracteres del derecho de autor, se advierte que es mucho más amplio que el de percibir sumas de dinero. Más que eso; que esa fase del derecho es irreconciliable con el derecho indiviso en participación con un extraño aunque sea un cónyuge o los herederos de un cónyuge. Porque no depende de su adhesión la nueva versión alterada, o no, ni el retiro, o caducidad deliberada del libro, u obra musical o artística anterior. Es el autor, soberano en esas decisiones ¿Cómo hacerlas efectivas, con el cónyuge divorciado, o con los herederos, a quienes la decisión hace perder lo que por hipótesis es suyo? Y si se modifica fundamental o gravemente la obra ¿Es acaso la misma? Son muchas las obras científicas, literarias, musicales, que tuvieron mal éxito y que presentadas en la nueva forma lo tienen perfecto. Pertenece sólo a su autor (pp. 284-285).

Nótese la compatibilidad que existe entre esta propuesta legislativa y el art. 17 CN, tanto al referirse a su naturaleza de bien propio de la propiedad intelectual, como al hacer mención expresa de las marcas, patentes, obras e inventos. La postura de Biblioni, al igual que la postura de la Constitución Nacional, plantea una concepción dualista del derecho de propiedad intelectual, en la cual la faz patrimonial es un derivado de la faz moral de la obra o invento.

Lamentablemente, a pesar de las recomendaciones del autor, el proyecto de Código Civil del año 1936 fue presentado sin referencia alguna a los derechos de autor o propiedad intelectual, omitiendo su inclusión en los arts. 407 y ss. Sin embargo, la obra de Biblioni tendría una enorme influencia sobre Borda, y en consecuencia en la reforma del Código Civil del año 1968.

#### 7.4. La Constitución Nacional del año 1949

El 27 de agosto de 1948 el Congreso sancionó la Ley 13.233, la cual declaraba la necesidad de una reforma constitucional. Así, luego de un proceso legislativo, que

excede el objeto del presente trabajo, se creó un nuevo texto constitucional que estuvo vigente entre los años 1949 y 1957.

La mencionada constitución formaba parte del movimiento constitucionalista social, el cual tenía por fin ideológico justificar una mayor intervención del Estado en la economía. En palabras de Sabsay (2011) la constitución del 49 acusó un fuerte influjo de las ideas del Partido Justicialista, incorporando nuevos derechos, así como también un rol diferente del Estado en la economía y en el manejo de los recursos naturales y de los servicios públicos (Apartado I.1.e).

En cuanto a la propiedad intelectual, el art. 38, segundo párrafo, de la Constitución del 49 mantenía el mismo espíritu que las disposiciones del art. 17 CN, al indicar que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”.

Sin embargo, la propiedad intelectual se veía afectada en esta constitución por los demás principios constitucionales del constitucionalismo social. Especialmente por el principio de regulación de la función social de la propiedad privada por parte del Estado, según las indicaciones de los artículos 38, 39 y 40 de la Constitución del 49.

A su vez, el art. 37 de este texto constitucional hacía referencias especiales al derecho de familia, así como al derecho de educación y cultura.

En sus secciones I, Del trabajo, y II, De la familia, el art. 37 hacía referencias genéricas sobre la obligación del Estado de proteger y fomentar la familia, el matrimonio y “la unidad económica familiar”.

Este último término podría interpretarse de modo contrario a la postura que aboga por una propiedad intelectual exclusiva del autor o inventor. Una interpretación contraría al texto del art. 38 de la Constitución del 49, y del proyecto de reforma del Código Civil, del año 1926.

Por otro lado, en la sección IV, De la educación y la cultura, también había una cierta relativización del derecho de propiedad intelectual. En el punto 5 de dicha sección se hacía referencia a “deberes sociales de los artistas y hombres de ciencia”, mientras que en el punto 7 se adjudicaba la propiedad estatal sobre “las riquezas artísticas e históricas”.

Teniendo en cuenta que el art. 16 de la Constitución del 49 ordenaba al Congreso a llevar a cabo una reforma de todos los ramos de la legislación vigente, con el fin de adaptarla a la Constitución del primer gobierno peronista, es posible que

de mantener su vigencia hubiéramos observado algunos cambios sustanciales en materia de propiedad intelectual y derecho de familia.

#### 7.5. Anteproyecto de Código Civil de 1954

El anteproyecto de Código Civil del año 1954 fue realizado por el Instituto de Derecho Civil, que dependía del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina. La redacción del proyecto estuvo a cargo de Jorge Joaquín Llambías, que contó con la colaboración de otros juristas, tales como Roberto Ponssa, Jorge Mazzinghi, Jorge Bargalló Cirio y Ricardo Alberdi.

El mismo contaba con 1839 artículos, lo que significaba una disminución en comparación al Código Civil y los proyectos anteriores. El objetivo de esta síntesis era el de omitir la reiteración de los principios generales.

En lo que se refiere al derecho de familia, el Proyecto de Reforma mantenía mediante su art. 474 un Régimen de unión de bienes, con administración de los bienes propios y gananciales a cargo del marido, exceptuando los casos en que la mujer manifieste la voluntad en contrario y se registre en un Registro de Mandatos (Llambías, 1968, p. 237).

Por otro lado, la propiedad intelectual dentro del matrimonio estaba regulada por el art. 491 inc. 8, que indicaba que los derechos intelectuales eran “propios de cada cónyuge, aunque no las ventajas pecuniarias ajenas a ellos”. Según el autor, esta norma tenía su inspiración en el Código Peruano, arts. 177 y 185, el Anteproyecto de Biblioni, arts. 608 y 609, y el Proyecto de Reforma del año 1936, art. 405 (Llambías, 1968, p. 243).

Teniendo en cuenta que la postura de esta reforma era similar a la adoptada por Biblioni, y en consecuencia idéntica a la adoptada en un futuro en la reforma de la Ley 17.711, llama nuestra atención que pocos años después de la presentación de este proyecto Llambías haya cambiado radicalmente su postura al referirse a la solución elegida por la Ley 17.711 en materia de propiedad intelectual (Llambías y Alterini, 1982, pp. 275-276).

Nos referiremos a esta nueva postura del autor más adelante en este mismo trabajo, en la sección de críticas a la Ley 17.711, del período II, punto 9 y siguientes.

Finalmente, vale aclarar que por motivos políticos, cuyo debate excede al presente trabajo, la reforma del año 1954 fue dejada de lado.

## 7.6. La Constitución del año 1957 y la derogación de la Constitución del año 1949

El 27 de abril de 1956, el presidente de facto Aramburu dictó una proclama militar que abolió la Constitución del año 1949, restableciendo el texto constitucional del año 1853, con las reformas de los años 1860, 1866 y 1898.

Si bien esta reforma constitucional creó nuevos artículos, como el art. 14 bis CN, no se introdujeron cambios en materia de propiedad intelectual ni derecho familiar. Por lo que no profundizaremos sobre esta reforma.

## **8. La sucesión de Roberto Arlt como punto de inflexión**

La sucesión del escritor Roberto Emilio Godofredo Christophersen Arlt fue un hito especialmente relevante para la historia jurídica argentina, en cuanto al carácter de la propiedad intelectual dentro del matrimonio. Esto se debe a que al momento de la muerte del autor, en el año 1942, la legislación argentina no había aclarado el carácter propio o ganancial de la propiedad intelectual y, como bien explica Medina (1998), tampoco lo había hecho la jurisprudencia (p. 3).

Para comprender el caso citado debemos repasar la vida familiar de este artista. Arlt fue autor de numerosas novelas, cuentos, notas periodísticas y piezas de teatro. Se casó en 1921 con Carmen Antinucci, con quien tuvo una hija, Electra M., en 1923. Luego, tras la muerte de Carmen Antinucci en el año 1940, Roberto Arlt contrajo nuevas nupcias en 1942 con Elizabeth Shine, con quien tuvo un hijo póstumo llamado Roberto. Finalmente, en octubre de 1942 falleció Arlt y su hija Electra inició el juicio sucesorio.

El litigio entre las partes surge toda vez que Electra M. Arlt, hija del primer matrimonio del causante, sostenía que las obras producidas durante la vigencia de la sociedad conyugal formada por Roberto Arlt y Carmen Antinucci son bienes gananciales y, en consecuencia, la mitad de dichas obras integraban el acervo hereditario de su madre.

Por otro lado, Elizabeth M. Shine de Arlt, cónyuge supérstite del segundo matrimonio del causante, mantenía una postura contraria manifestando que la propiedad intelectual era un derecho exclusivo y en consecuencia un bien propio del que ha producido la obra, mientras que las rentas devengadas pertenecían a la sociedad conyugal en que se producían (La Ley, 128-905).

Podríamos afirmar que esta diferencia de criterios no respondía necesariamente a una disputa filosófica o jurídica, sino que respondía directamente a los intereses económicos de las partes, ya que la solución que se tomara afectaría a uno u otro de sus herederos necesariamente.

En tal sentido, el asunto era de vital importancia toda vez que Arlt escribió la mayor parte de su obra durante su primer matrimonio. Por ende, el carácter de bien ganancial de la propiedad intelectual beneficiaba a la hija del primer matrimonio, mientras que el carácter de bien propio beneficiaba al hijo y la esposa del segundo matrimonio.

El día 30 de mayo de 1966 se dictó sentencia de primera instancia, indicando que “los derechos intelectuales o propiedad intelectual de Roberto Arlt, en sus dos aspectos, moral y pecuniario, son bienes propios del mismo” (La Ley, 128-905).

Este fallo beneficiaba a los herederos del segundo matrimonio, al considerar a los beneficios obtenidos por la explotación de la obra, en su faz pecuniaria, como frutos civiles de bienes propios. Esto significaba que el acervo hereditario de Carmen Antinucci, primera esposa del escritor, estaba constituido por la mitad de los beneficios obtenidos durante esa sociedad conyugal y no por la obra en sí misma.

En cuanto a los fundamentos del fallo, destacamos que el juez de primera instancia comprendió, con acierto a nuestro entender, que el derecho de propiedad intelectual consiste en el monopolio o privilegio exclusivo de explotación a favor de su titular. En ese orden de ideas, la obra literaria es el resultado de una particular elaboración intelectual, entendida como una creación del espíritu, que constituye por sí misma una unidad ideológica.

A su vez, en línea con la teoría dualista, el juez de primera instancia también resaltó que la propiedad intelectual tiene una fase patrimonial y otra moral, siendo esta última el aspecto del derecho intelectual que concierne a la tutela de la personalidad del autor como creador y a la tutela de la obra como entidad. En suma, concluye que es un derecho inherente a la persona y de carácter extrapatrimonial.

Por tal motivo, según el magistrado el derecho pecuniario no tiene, como pasa con el emolumento de un oficio, un valor que pueda fijarse en el momento de la disolución de la comunidad. El valor depende únicamente de la explotación de la obra por el autor y el autor explota su obra a voluntad, en razón de su derecho moral.

En tal sentido, el Juez de primera instancia coincide con Ripert y Boulanger (1965) que el derecho de la propiedad intelectual no es absoluto, y depende de su explotación (pp. 306-307).

De este modo, el derecho pecuniario depende del derecho moral, y resulta inconcebible que pueda ser afectado a la comunidad, mientras el derecho moral permanece como propio (La Ley, 128-905).

Cabe destacar que, tal como vimos en apartados anteriores del presente trabajo, el fallo de primera instancia se alineaba con la doctrina mayoritaria, reflejada en la totalidad de proyectos de reforma del Código Civil. No sólo eso, sino que este criterio ya era compartido por la comisión de reforma del año 1966, tal como veremos en el apartado 9 del presente trabajo.

A pesar de los fundamentos de primera instancia, el día 7 de septiembre de 1967 la Cámara Civil de Capital Federal, Sala B, cambió el criterio expuesto mediante el fallo de segunda instancia.

La Cámara declaró que la mitad de los derechos intelectuales de las obras de Roberto Arlt, editadas durante la vigencia de su primer matrimonio, formaban parte del acervo hereditario de la sucesión de Carmen Antinucci de Arlt en carácter de bienes gananciales (Cámara Nacional Civil, sala B, setiembre 7-967).

En los fundamentos del fallo la Cámara explica que, según su postura, el régimen legal de la sociedad conyugal indicaría que la propiedad intelectual entra dentro de la categoría matrimonial de gananciales, toda vez que la obra intelectual es el resultado del trabajo de uno de los cónyuges.

En tal sentido, la Cámara indicó que si bien hay genio, talento, gracia o don en la obra, sin el trabajo no habría obra. Entonces, si la sociedad conyugal es una asociación de trabajo, puesto que tiene por base el esfuerzo común y la colaboración de los esposos, le pareció lógico a la Sala B que se incorporen a ella todas las consecuencias o productos de sus recíprocas actividades, cualesquiera sean sus formas y características, incluyendo a la propiedad intelectual (La Ley, 128-905).

Así, la sentencia de la Cámara benefició desproporcionadamente a la hija del primer matrimonio de Arlt y desprotegió patrimonialmente a la viuda y al hijo del segundo matrimonio del escritor argentino.

Consideramos que la solución arrojada por la Cámara fue completamente injusta y derivó en un resultado inequitativo entre los descendientes del artista, toda

vez que la hija del primer matrimonio del autor se apoderó de una porción más grande de la obra de su padre, en concepto de propiedad ganancial.

Por otro lado, independientemente del resultado disvalioso de la sentencia, consideramos que el razonamiento de la Cámara fue incorrecto, en razón de una desacertada valoración de los conceptos de “trabajo”, “propiedad intelectual” y la distinción entre los frutos y los productos.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que todos los bienes existentes en el mercado, ya sean propios o gananciales, requieren del trabajo humano para existir. Esto se debe a que la propiedad es un concepto humano y social, que no se desprende de la mera existencia de las cosas en la naturaleza.

Remontándonos a la obra de Locke (1689), se suele usar el ejemplo de que el ciervo salvaje es “...posesión del indio que lo ha matado, porque aquel se ha tomado el trabajo de cazarlo” (p. 30).

En otras palabras, incluso la manzana que cae del árbol salvaje, únicamente por la acción de la fuerza de gravedad, necesita de la intervención humana para formar parte de los bienes ofrecidos en el mercado. Sin este trabajo, así sea mínimo, no podríamos disfrutar de este bien ni de ningún otro.

En tal sentido, la afirmación de que “Sin el trabajo no habría obra”, termina siendo una trampa sin salida, que oscila entre lo vago y ambiguo, y en la cual podría entrar cualquier otro bien propio.

A modo de ejemplo, siguiendo esta lógica, incluso un inmueble heredado requiere de la acción humana para mantener su posesión, por lo que sin el trabajo de proteger el dominio no habría inmueble. Es por eso que, a nuestro criterio, la hipótesis expuesta por la Cámara Civil distorsiona la naturaleza jurídica que divide entre bienes propios y gananciales.

Por otro lado, la Sala B considera al matrimonio como una “asociación de trabajo” que incorpora a ella “todas las consecuencias o productos” de sus recíprocas actividades.

Respecto a esta afirmación, también podemos hacer varias críticas que desmerecen la postura de la cámara, especialmente por haberse referido al producto y no al fruto.

Entendemos que el trabajo no es un bien ganancial en sí mismo, toda vez que el trabajo no es un bien sino un derecho. El bien ganancial, en todo caso, es el salario, por tratarse de un fruto civil de la profesión, trabajo, comercio o industria del otro

cónyuge, devengado periódicamente durante la comunidad. Lo mismo ocurre con los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad.

La Cámara no toma nota de que existe una diferencia sustancial entre un fruto y un producto. Esta distinción es fundamental, ya que existe una razón por la cual los frutos de los bienes propios son gananciales, mientras que los productos de los bienes propios son casi siempre propios. Los motivos se deben esencialmente a la naturaleza jurídica de estos dos institutos.

Como bien explica Pérez Pejcic (2015) los frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia, mientras que los productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia (p. 422).

Es aquí, entonces, donde consideramos que radica el principal problema teórico de la postura de doctrina adoptada por la Cámara, Sala B, del año 1967. El fruto, para ser fruto, debe ser necesariamente renovable. La falta de capacidad de renovación lo convierte automáticamente en un producto.

Entonces, si partimos de la base fáctica de que resulta imposible crear dos veces la misma obra o invento, debemos concluir que la propiedad intelectual no es asimilable al fruto del intelecto ni del trabajo del autor o inventor. Por el contrario, la propiedad intelectual es asimilable a un producto del intelecto, ya que la obra o invento, para ser considerada como tal, deben ser única, original e irrepetible. Veamos algunos ejemplos para reforzar nuestro argumento.

Un pintor no pinta dos veces un mismo cuadro. El segundo cuadro es una obra distinta e independiente, aun cuando fuera idéntico al anterior, como ocurre con los grabados de Salvador Dalí, o en la actualidad, con las obras digitales NFT.

Del mismo modo, un escritor no escribe dos veces el mismo libro. El segundo libro podrá ser una secuela, una precuela o una actualización del anterior. A su vez, los inventos son irrepetibles. El siguiente invento es una novedad, actualización, versión o modo de uso de su antecesor.

La obra o invento sobre la cual recae la propiedad intelectual no es un bien comparable con el trabajo remunerado y tampoco es un bien ganancial. Por el contrario, es un bien propio que, al igual que una herencia, donación o indemnización no patrimoniales a favor de uno de los cónyuges, se crea o adjudica por única vez.



Lo que sí resulta ser un bien ganancial es el fruto periódico de la explotación de la obra o invento durante la vigencia del matrimonio, ya que se trata del fruto civil derivado de un bien propio de uno de los cónyuges.

Por estos y otros motivos, consideramos que fue un hallazgo que la Ley 17.711 del año 1968 retoma la postura contraria a la adoptada por la Cámara Civil, Sala B, tal como explicaremos en el siguiente apartado.

## **9. Período II: La Ley 17.711. Años 1968 a 2015**

Consideramos que la reforma más importante del Código Civil de Vélez fue la Ley 17.711, del día 22 de abril de 1968, por la cantidad y calidad de modificaciones normativas que introdujo esta ley.

Esta reforma fue una labor iniciada en el año 1966. La Secretaría de Estado de Justicia designó una comisión para evaluar una eventual reforma del Código Civil. Inicialmente, la comisión fue conformada por Roberto Martínez Ruiz, José Bidau, Guillermo Borda, Abel Fleitas, José López Olaciregui, Dalmiro Alsina Atienza y Alberto Spota. Aunque luego de algunas renunciaciones suscribieron al proyecto sólo los Bidau, Fleitas y Martínez Ruiz. Por otro lado, Borda se desempeñaba en ese momento como ministro del Interior, pero esto no le imposibilitó aportar al proyecto, como lo establece la nota de elevación del proyecto en donde se dejó constancia de “la valiosa y eficaz colaboración prestada por el señor ministro del Interior doctor Guillermo A. Borda, dedicando largas horas a sus deliberaciones pese a las múltiples tareas de los deberes oficiales del cargo que actualmente desempeña”. (Llambías, 2003, p. 168).

En ese contexto, consideramos que el fallo de segunda instancia de la sucesión de Roberto Arlt no fue indiferente para la comisión de reforma, pero tampoco fue determinante para el proyecto, ya que él mismo había sido redactado un año antes del fallo, en el año 1966, siguiendo la línea de los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1936 y 1954, así como las dos constituciones nacionales y la Ley de Propiedad Intelectual.

Por lo que no coincidimos con Belluscio (2016) cuando afirma que la Ley 17.711 había alterado la solución que se desprendía de la doctrina y que había sido consagrada en la jurisprudencia, mediante el fallo Arlt (Belluscio, 2016, § 237).

Es pertinente hacer notar que el fallo de primera instancia de la sucesión de Roberto Arlt había sido favorable a las peticiones de la viuda y el hijo póstumo del

autor, que solicitaban la declaración de bien propio de las obras del escritor. Por lo que no puede afirmarse con un ningún grado de certeza que la solución haya sido efectivamente consagrada por la jurisprudencia, ya que nada impedía que en un fallo siguiente retoma la postura opuesta, manteniendo la situación de inseguridad jurídica en torno a una solución omitida explícitamente en el Código Civil, ya que en nuestro sistema jurídico la solución del caso concreto no obliga a los demás jueces de la Nación a fallar en la misma dirección.

A nuestro parecer, para el año 1968 la división de doctrina también estaba presente en los juzgados, por lo que la Ley 17.711 ayudó, para bien o para mal, a traer seguridad jurídica al introducir la siguiente norma, que ponía fin a la incertidumbre respecto a la propiedad intelectual en el matrimonio:

Art. 1.272. Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado como también los siguientes: (...) Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia a partir del 1° de julio de 1968.)

La norma aludida dispone claramente que la propiedad intelectual era un bien propio del autor o inventor, tanto en su faz moral como pecuniaria, y que sólo los frutos devengados durante la vigencia del matrimonio eran gananciales.

Como podrá observar el lector, la norma mantuvo la misma línea que los proyectos de reforma de los años 1926 y 1954, así como el carácter propio de la propiedad intelectual del art. 17 CN, y de la Constitución del año 1949, y el fallo de primera instancia de la sucesión de Artl, dejado sin efecto por la Cámara Civil.

También prevaleció con coherencia el principio de ganancialidad de los frutos de los bienes propios, aunque esto no fue entendido de este modo por los críticos de la norma, como veremos en otro apartado del presente trabajo.

Finalmente, es necesario hacer notar que la norma en cuestión, al igual que sus antecesoras en proyectos y la que vino en su reemplazo, se refiere únicamente al carácter propio que goza sólo el autor de la obra o el inventor de la patente. En tal sentido, el carácter de bien propio no beneficia a quien, por medio de cesión de derechos de propiedad intelectual, adquiere a título oneroso la obra, marca o patente.

En este segundo supuesto el carácter del bien se considera ganancial (Basset, 2010, p. 534).

Esto surge a su vez de las disposiciones del art. 12 de la Ley 11.723, que indica que “La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente Ley.”

#### 9.1. Voces a favor de la reforma

En cuanto a la comisión de reforma, Borda (1979) explicó en su obra los fundamentos del art. 1272 en materia de propiedad intelectual de la siguiente manera:

Se discutía en nuestra doctrina si los derechos intelectuales derivados de obras hechas durante el matrimonio, tenían carácter propio o ganancial. La ley 17.711 agregó al art. 1272 un apartado que resolvió definitivamente esta cuestión. Dispone que los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial. La ley ha regulado con gran acierto esta delicada cuestión. En cuanto al derecho intelectual en sí mismo, no cabe duda de que debe ser considerado como bien propio y los argumentos en favor de esta solución no son discutibles: 1) Las consecuencias de considerarlos gananciales son injustas, y conducen a soluciones absurdas. El autor cuya esposa fallece tendrá que repartir los derechos que produce su obra con los herederos de aquella, quien será una suerte de socio no sólo en el producido, sino también en los nuevos contratos de edición, que no podrán firmarse sin su intervención. 2) El derecho intelectual no solo tiene contenido patrimonial; hay también un derecho moral de autor. Este puede modificar la obra primitiva, negarse a su publicación. Todo ello se concilia muy difícilmente con la coparticipación de terceros en el derecho intelectual. 3) El derecho de autor es, dice Bibiloni, mucho más que un capital: es la personalidad misma del autor, su pensamiento, su alma creadora; no puede ser de otro la obra que realizó solo. Es necesario concluir, por tanto, que constituye un bien propio. Pero el producido de las obras intelectuales ingresado durante el matrimonio tiene carácter ganancial, pues ese sí es un producto pecuniario del trabajo de los cónyuges, y por tanto resulta de aplicación el art. 1272, C. Civil. A igual conclusión debe llegarse aunque se trate del producido de una obra anterior al matrimonio, pero devengado durante este. En cambio, parece equitativo que el precio por la enajenación total de los derechos de autor se repunte siempre como propio (pp. 155-156).

Como puede observarse, la comisión de reforma basó fuertemente su art. 1272 CC en el art. 678 de la obra de Bibiloni. Estos ya fueron analizados en el apartado 6.3 del presente trabajo, a donde remitimos para su lectura.

A su vez, Fassi y Bossert (1977) adhieren a la postura expuesta por Borda y Bibliani, y afirman que el derecho de autor otorga un poder soberano al titular de la obra, por lo que resulta correcto que sea tratado como un bien propio (p. 367).

También Azpiri (2010) adhirió a la interpretación dualista del derecho de autor que distingue entre el derecho intelectual en sí mismo, en cabeza del derecho moral del autor, y los derechos de explotación de la obra o invento. Por tal motivo, Azpiri afirmaba que el derecho de propiedad intelectual pertenece al autor de la obra o invento, por ser inherente a su persona, teniendo en consecuencia de bien propio (p. 165).

En tal sentido, mientras el autor no explote su obra o invento no estará en juego la ganancialidad. Pero al comenzar a generar ingresos provenientes de la propiedad intelectual durante la vigencia de la sociedad ganancial, sus frutos sí tendrán carácter ganancial, siendo esta la solución justa (Azpiri, 2010, p. 166).

## 9.2. Distintas interpretaciones del art. 1272 CC

A pesar de la claridad de la norma, durante el período de vigencia del reformado art. 1272 CC existió una polémica en torno al carácter propio o ganancial de la explotación de la propiedad en determinados casos.

Como bien explica Font (2014), si bien no existían dudas de que el derecho moral siempre era del autor, y el fruto de la explotación parcial y periódica, como podría ser una renta, era un bien ganancial, la discusión dividía a la doctrina respecto a la explotación total y única, como es el caso de la cesión de derechos (pp. 66 - 67).

En tal sentido, una parte de la doctrina entendía que el producto de la cesión total de derechos era un bien propio, mientras que otra parte de la doctrina, aseguraba que se trataba de un bien ganancial (Font, 2014, p. 67).

Al respecto, Bossert y Zannoni (2005) consideraban que las utilidades que genera la propiedad intelectual durante la vigencia de la sociedad conyugal eran gananciales cualquiera sea el modo de explotación de la obra. “Así provenga de contrato de porcentaje sobre ejemplar vendido, como también en caso de cesión total de la obra” (p. 243).

Coinciden parcialmente por esta postura Llambías y Alterini (1982), quienes aseguran que la solución era injusta porque “...autoriza al marido-autor a despojar de todo derecho a la esposa que, mientras él producía la obra, colaboraba con apoyo material y moral” (p. 273).

En particular, rechazamos esta apreciación, toda vez que la misma no contempla la posibilidad de que el autor sea mujer, y da por sentado un papel de víctima indefensa del cónyuge no-autor, siendo estos supuestos que no hacen a la regla. A modo de ejemplo, remitimos al caso Keane vs. Keane, desarrollado en el punto 2 del presente trabajo, que prueba no sólo que las mujeres pueden ser autoras de propiedad intelectual, sino también que pueden ser víctimas de plagio por parte de un mal intencionado marido no-autor de la obra.

En la postura opuesta podemos rescatar a Borda (2013), alineado con los postulados de Biblioni, quien consideraba que la subrogación del producido del bien propio tendrá siempre el mismo carácter del primero. Por lo que el producido de la venta de un bien propio será bien propio en virtud del principio de la subrogación (p. 473; y Borda, 1979, p. 156).

Esta postura fue compartida por Belluscio (2012), quien desde un análisis positivista del derecho consideraba que surgía claramente del texto de la norma que el precio obtenido por la cesión total de la obra intelectual es propio por subrogación real, a pesar de que la solución le pareciera al autor "...una deplorable consecuencia de una desafortunada reforma" (§ 245).

Basset (2010) adhiere a esta última postura en su totalidad, aclarando también que la solución justa sería que el producto de la cesión de derechos intelectuales fuera un bien ganancial, pero que esta solución no emanaba del texto de la ley (p. 534).

Finalmente, Azpiri (2010) coincide plenamente en que la solución dada por la Ley 17.711 es que el precio producido por la cesión total de un bien propio es otro bien propio, por el principio de subrogación real. Sin perjuicio de ello, el autor también coincide con otros autores en que el resultado es disvalioso ya que, según el autor, no resultaba razonable hacer una distinción entre la explotación parcial y periódica, y la explotación única y total. Por tal motivo, su propuesta era plantear una recompensa a favor del cónyuge no autor, por medio de una reforma de la ley (pp. 166-167).

Desde nuestro punto de vista, si bien consideramos que la postura de Azpiri cuenta con un enorme atractivo intelectual, la interpretación correcta de la norma es la de Borda, la cual también es a nuestro criterio la más justa.

Otro punto de discordia en la interpretación de la norma era la propiedad de las marcas. Según Basset (2010) el art. 1272 CC no hacía referencia explícita de las marcas de fábrica, agricultura y comercio mencionadas en la Ley 22.362 (p. 533).

Con el fin de solucionar esta supuesta falencia de la norma, Belluscio (2006) consideraba que la solución era aplicar los principios generales del derecho, y en consecuencia considerar que la marca adquirida antes de la vigencia de la sociedad conyugal sería propia, mientras que la marca adquirida durante la vigencia de la sociedad conyugal sería ganancial (p. 331).

Ahora bien, si bien es cierto que la norma pudo haberse redactado de un modo más claro, no menos cierto es que el derecho de marcas forma parte del universo normativo de la propiedad intelectual, el cual engloba tanto al derecho industrial como el artístico, comercial y científico. Por lo tanto, el art. 1272 CC ya preveía este supuesto al referirse a “Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor”. En consecuencia, no es cierto que existiera un silencio en la norma, ya que la marca estaba descrita como un bien propio incluido por la norma, en su carácter de bien intangible.

En cierto modo, pareciera que esta crítica de Basset surge más de sus posturas dogmáticas, sumadas a ciertas limitaciones a la hora de interpretar la norma, a raíz de un profundo desconocimiento de los fundamentos básicos del derecho de propiedad intelectual.

Por el otro lado, si separamos el derecho marcas y patentes del derecho de autor en sentido amplio, y lo consideramos como un derecho industrial no incluido en la amplitud de la propiedad intelectual, es cierto que existiría un silencio de la norma que debería ser resuelto por analogía. Sin embargo, el principio a seguir por analogía debería ser el de la propiedad intelectual por su enorme similitud, al tratarse de un derecho surgido de la inventiva humana, original y novedoso, producto de una sola vez, irrepetible, distinto a los derechos reales y que depende de su inscripción por tiempo determinado. En consecuencia, el bien seguiría siendo un bien propio.

### 9.3. Voces críticas del art. 1272 reformado por la Ley 17.711

La solución ofrecida por la Ley 17.711 no estuvo exenta de críticas. La mayoría de ellas apuntaban en contra de los valores morales y filosóficos que sustentan la reforma en materia de propiedad intelectual dentro del matrimonio. De hecho, estas críticas influenciaron fuertemente los proyectos de reforma de los años 1998 y 2012, concluyendo finalmente en la sanción del CCCN en el año 2015.

#### 9.4. La crítica a la justicia de la norma

Llambías (1969) plantea que la norma del art. 1272 reformado desalienta la unión económica entre los esposos, y que el autor de la obra sería el único beneficiario del aspecto patrimonial de la propiedad intelectual, ya que nada le tocaría al cónyuge no autor, quien según Llambías había colaborado indirectamente a la creación de la obra (p. 355).

Por su lado, Medina (1998) crítica a las posturas que consideran propio al derecho de autor en su faz patrimonial y moral por ser injustas para la cónyuge del autor en los regímenes de comunidad, ya que la base de la comunidad es presumir *iure et de iure* que lo que se produce en el matrimonio con el trabajo de cualquier tipo proviene del esfuerzo de ambos cónyuges. Por lo que la autora no ve un motivo por el cual esta presunción no debería regir en el caso de los derechos de autor, o por qué cualquier profesional debe compartir el producido de su trabajo con su cónyuge y no el autor de una obra intelectual (p. 5).

En la misma dirección, Basset (2010) agrega a modo de opinión personal que “...los frutos del trabajo creativo - de cualquier índole- deberían ser compartidas, porque se comparte la vida con los cónyuges” (p. 534).

Por nuestro lado, consideramos desacertadas estas críticas. En primer lugar, porque la presunción de que lo que se produce en el matrimonio es el resultado del trabajo de ambos cónyuges nos resulta contrafáctico, especialmente en materia de propiedad intelectual. El proceso creativo generalmente comienza en soledad, dentro de la cabeza de los autores e inventores, por lo que no puede presumirse la colaboración de su cónyuge.

Tampoco es cierto que el art. 1272 CC habilitara al autor o inventor a no compartir con su cónyuge el fruto del trabajo creativo o el aspecto patrimonial de la propiedad intelectual. Por el contrario, la norma establece con precisión que el fruto de la explotación era ganancial, siendo a su vez ganancial todo bien que se compre con dicho fruto.

En tal sentido, del mismo modo que el cónyuge disfruta de la donación o herencia recibida por el otro cónyuge por medio de los frutos de la donación o herencia, ocurre lo mismo con la propiedad intelectual. Motivo por el cual no encontramos una razón que justifique hacer esta crítica respecto de la propiedad intelectual y no sobre, por ejemplo, una donación.

En segundo lugar, consideramos que la unidad económica familiar no depende de la ganancialidad, ni mucho menos de la ganancialidad del derecho de explotación de la obra. Por el contrario, con ese mismo criterio podríamos concluir que la ganancialidad del derecho pecuniario de la propiedad intelectual resultaría un estímulo para el autor a no publicar la obra durante la vigencia de la sociedad conyugal. Una conclusión apresurada y sin validez científica, pero que surge de la misma lógica que sustenta las críticas hechas por estos autores.

De hecho, Mazzinghi (2006), a pesar de abrazar la tesis de la ganancialidad de los derechos pecuniarios del derecho de autor, considera que los manuscritos, papeles personales y obras no publicadas pertenecen enteramente al autor (p. 138).

Por lo que nada impediría al autor tramitar su divorcio, o cambio de régimen patrimonial, previo a la publicación de una obra terminada durante el matrimonio, para evitar que la misma entre en la división de bienes.

Lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, considerar la obra o invento como un bien propio del autor o inventor es justo al tratarse de una extensión de su personalidad, ya que el derecho moral sobre la obra o invento no es un bien, sino que es un derecho personalísimo, del mismo modo que lo son la imagen o la integridad física, tal como concluye Llambías (Llambías, 1969, p. 357).

Aún más importante, la solución contraria resulta impracticable, porque el derecho moral incluye la posibilidad de que el autor o inventor se nieguen a explotar su obra o invento, o incluso decidan poner la misma a disposición del público en general, sin cobrar regalías por ello. El autor es el padre y señor de su obra, y puede disponer de ella en todo sentido.

Esto hace que los derechos económicos sobre la obra sean siempre y en todo lugar accesorios del derecho moral sobre la obra e invento. Ya que aún si el derecho económico fuera ganancial para proteger al cónyuge no-autor, este último no tendría herramientas para obligar al autor a explotar económicamente su obra o invento.

#### 9.5. Crítica por analogía con el fruto civil

A nuestro criterio, uno de los mayores exponentes de esta perspectiva fue Mazzingui (2006). Para este autor los casos de la jurisprudencia francesa criticados por Biblioni no significaban una solución injusta del derecho, sino más un resultado irritante colmado de sentimentalismo para los detractores de esta solución (pp. 133-136).



En tal sentido, Mazzingui (2006) indica que no se justifica el distinto tratamiento entre el trabajo concretado en una obra científica, literaria o artística y el concretado en una cosa material o un bien inmaterial, que puede ser tan intelectual como aquél, como en el caso del médico, el abogado, el arquitecto o el ingeniero. Además, adhiere al postulado de Guastavino (1968) de que “sin trabajo no hay obra”. (pp. 134-135).

Comparten esta postura Llambías (1982) y Belluscio (2012), con idénticos argumentos y citas de la obra de Mazzinghi (Llambías, 1982, p. 272; Belluscio, 2012, § 245) .

También se suma a esta postura Basset (2010), que indica que la propiedad intelectual debería ser un bien ganancial, por analogía con los frutos civiles del trabajo o la profesión. Esta autora coincide con Guastavino, Mazzinghi, Llambías y Belluscio, adhiriendo a los postulados de una teoría dualista de la propiedad intelectual, donde los derechos morales serían propios del autor, mientras que los derechos pecuniarios serían bienes gananciales si estos hubieran sido adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal (Basset, 2010, pp. 533-534).

Consideramos que el mayor error de esta postura es la analogía forzada que intentan hacer estos autores el fruto civil del trabajo o profesión y la propiedad intelectual. Esta analogía es desacertada a nuestro criterio, toda vez que la obra o invento necesita ser original para ser objeto de registro y/o explotación por parte de su creador o inventor. En otras palabras, la propiedad intelectual debe ser única, nueva e irreplicable para ser considerada una obra nueva o un invento nuevo. Por lo que su falta de periodicidad la asemeja más al producto civil que al fruto civil, como ya lo mencionamos en el capítulo anterior de este trabajo.

Esto se debe a que la creación de una obra o invento no forma parte de una creación periódica, como sí ocurre con el salario o los honorarios profesionales. La obra o invento se crea o se descubre por única vez. Es en sí misma única y original, ya que una nueva creación sería una nueva obra o un nuevo invento. Además, requiere de un proceso creativo que es difícil predecir y/o replicar. Es por eso que la obra o invento en sí mismos son más similares a la figura del producto civil y no a la del fruto civil, tirando por borda la analogía con el fruto civil del trabajo.

Lo que sí es un fruto civil es la explotación periódica de la propiedad intelectual, o *royalties*, ya que resulta similar por sus características a la explotación de otros bienes, como podría ser el alquiler de un inmueble o los dividendos de una acción. Estos si tienen carácter ganancial y son la forma de compartir las ganancias entre los

cónyuges. Ya que el único fruto de la propiedad intelectual es su explotación, y no la propiedad intelectual en sí misma. La cual, si no se introduce en el mercado, carece de valor.

Además, muchos de los ejemplos utilizados por estos autores resultan falaces. A modo de ejemplo, Mazzinghi (2006) critica la norma del art. 1272 CC de la siguiente manera:

Conforme el precepto citado, el inventor de un dispositivo cualquiera para su uso doméstico, por ejemplo, estaría sustraído del régimen común, y si se vendiera el invento, el precio que obtuviera de tal venta sería propio. El arquitecto en cambio, que realiza una construcción plena de mérito técnico y artístico, caería en la norma general, que da carácter ganancial a los honorarios profesionales (p. 135).

Si bien la analogía planteada por el autor es astuta, la misma se torna falaz al no distinguir entre los honorarios profesionales, los derechos de propiedad intelectual y los derechos reales que atraviesan la profesión del arquitecto.

En el caso de estudio, la propiedad intelectual del arquitecto es el diseño del edificio plasmado en sus planos, mientras que el edificio representa la explotación de esa propiedad intelectual, pero no la propiedad intelectual en sí misma.

El arquitecto podrá usar su propiedad intelectual para nuevas explotaciones y proyectos, obteniendo nuevos frutos de su obra ya sea mediante la inversión de un tercero, ya sea por medio de un fideicomiso inmobiliario o a través de una inversión directa. Por lo tanto, el diseño al ser la propiedad intelectual en sí misma es un bien propio en los términos del art. 1272 CC.

Ahora bien, en este mismo ejemplo los honorarios profesionales y la construcción son el fruto de la explotación de la propiedad intelectual, pero no la propiedad intelectual en sí misma. De hecho, en este ejemplo en particular, el producto final será una cosa inmueble, sujeta a la regulación de los derechos reales, que es distinta a la regulación de la propiedad intelectual. Mientras que los honorarios profesionales que reciba el arquitecto, ya sea en dinero o en especie, serán a los efectos del art. 1272 CC gananciales. Por lo que la distinción que hace Mazzinghi entre un inventor y el profesional liberal es incorrecta, ya que no comprende que los honorarios profesionales son el fruto periódico de la explotación de la propiedad intelectual.

## 9.6. La separación radical y sin límites entre el derecho de propiedad intelectual moral y económico

Según Basset (2010), Guastavino acusa al art. 1272 CC de presentar una postura más compatible con la teoría monista de propiedad intelectual, antes que con la teoría dualista de propiedad intelectual. En tal sentido, según esta interpretación de la doctrina, la calificación de la propiedad intelectual como un bien propio sigue una teoría unitaria de la propiedad intelectual, mientras que una mirada mixta o dualista podría distinguir una faz moral propia del autor y una faz patrimonial de carácter ganancial (pp. 531-532).

En tal misma dirección, Mazzinghi (2006) afirma que el aspecto moral y económico de la obra son perfectamente separables, por lo que el autor puede enajenar su derecho, conservando la plenitud de su derecho moral sobre la obra o invento (pp. 134-135).

Es justo aclarar que Guastavino (1968) es más complejo en su análisis. Según este autor, hay una relación entre las teorías unitaria y dualista y la calificación de propio y ganancial de los bienes intelectuales. Sin embargo, acepta que dentro de las teorías complejas, mixtas o dualistas hay autores permeables a considerar que la propiedad intelectual es un bien propio del artista o inventor, si bien estos aceptarían tácitamente argumentos propios de las teorías unitarias, por poner en primer plano el derecho moral y el derecho económico con carácter accesorio (pp. 438-441).

Por nuestro lado, consideramos que la postura expresada por Mazzinghi, Guastavino y Basset resulta desacertada por no tener en cuenta que el derecho moral sobre la obra o invento no se limita sólo a la autoría del autor o inventor. En pocas palabras, el derecho moral reconoce la paternidad de la obra e invento, pero también reconoce el derecho a la integridad de la obra, divulgación y retracto.

Como bien explican Tabieres y Letuira (2014) los derechos morales son perpetuos, irrenunciables, personalísimos, inembargables y están fuera del comercio. Su naturaleza jurídica es debatida, por tener aspectos híbridos entre los derechos personalísimos y los derechos reales, ya que en la obra o invento está la personalidad misma del autor o inventor (pp. 83-85).

Esta situación nos lleva a concluir que entender que el derecho económico sobre la obra o invento es siempre y en todo lugar accesorio al derecho moral no significa desconocer el régimen dual en nuestra legislación de propiedad intelectual.

Por el contrario, aceptar esta relación de principal y accesoria es entender la complejidad *sui generis* del derecho de propiedad intelectual, que le otorga al autor o inventor aquellos derechos morales que le permiten impedir la comercialización de su obra o invento. Tal es el caso del autor o inventor que decide no publicar su obra, donarla sin consultar con nadie más que su conciencia, o retractar la publicación una vez hecha. También puede el autor exigir que su obra mantenga intacta su integridad, haciendo imposible su explotación económica, aún si hubiera firmado la cesión de derechos.

Explicado esto, llevar la propuesta dualista, en los términos expuestos por Mazzinghi, Guastavino y Basset al campo del derecho de familia, traería problemas prácticos de imposible solución, como podría ser el caso de que el autor de una obra decidiera no publicar su obra, con el único fin de no compartir regalías por la misma con su cónyuge o sus herederos. Esta situación generaría una imposibilidad sobre el derecho económico de la obra o invento, haciendo que los derechos económicos que por mera ganancialidad le corresponden al cónyuge se tornen abstractos.

Como vimos en apartados anteriores, quienes defendían la postura adoptada por la Ley 17.711 eran partidarios de la teoría dualista del derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, entendían que la obra formaba parte de la personalidad del autor y en consecuencia entendían esta relación de causa y efecto que existe entre el derecho moral y el económico de la obra.

De hecho, el propio Guastavino (1968) era consciente de que una legislación a favor de la tesis de la ganancialidad requiere una armonización entre entre las facultades morales del autor y la protección de los derechos patrimoniales de su cónyuge (p. 430).

Al respecto, consideramos que el planteo de Guastavino es coherente con la postura elegida por él. Sin embargo, eso no nos impide hacer notar que dicha armonización es de carácter impracticable e inconstitucional, en razón del art. 17 CN, toda vez que significa suprimir por completo algunos derechos morales del autor casado, como el derecho de decidir no publicar su obra o invento, o incluso vetaría la posibilidad de hacer donaciones a favor de la ciencia o la cultura, si el autor o inventor es casado.

Que los derechos morales de autor sean absolutos significa en el fondo que no pueden ser juzgados como arbitrarios por un tercero. Por lo tanto, su armonización resulta imposible.

Además, se le estaría dando al cónyuge un derecho patrimonial que no tiene ni siquiera el cesionario de los derechos intelectuales, que haya adquirido dichos derechos de explotación por medio de contratos voluntarios. Ya que el cesionario obtiene el derecho a la indemnización frente a la retractación de publicación sobre una obra o invento ya introducido en el mercado. Por lo que la armonización propuesta por Guastavino nos resulta inaceptable.

Por otro lado, Guastavino (1968) dudaba respecto de si era pertinente seguir un criterio uniforme para todas las especies de derechos intelectuales o si, por el contrario, es conveniente usar criterios diferenciales para la calificación de propio y ganancial de la propiedad intelectual artística, científica o didáctica (p. 431).

Esta última reflexión nos resulta de sumo interés para resolver algunos de los problemas creados por quienes sostienen la tesis de la ganancialidad. Sin embargo, ninguno de los seguidores de Guastavino profundizó sobre este asunto, generando todo tipo de inconvenientes a nuestro entender, como veremos en siguientes apartados referidos a la reforma del año 2015.

#### 9.7. La falsa equivalencia entre el cónyuge y el cesionario de derechos de propiedad intelectual

Esta crítica en particular es compartida por el fallo de segunda instancia de la sucesión de Artl y la obra de Guastavino (1968). Con una fuerte relación al punto anterior, se afirma que el derecho económico no es accesorio al derecho moral, y que en consecuencia nuestra legislación permite la separación radical entre ambos derechos intelectuales al momento de la cesión derechos económicos de una obra. En consecuencia, los derechos del cónyuge deberían ser idénticos a los del cesionario contractual, por aplicación de esta interpretación de la teoría mixta de la propiedad intelectual (pp. 441-442).

Por nuestro lado no coincidimos con esta postura. A nuestro criterio, el problema de este argumento radica en no reconocer la naturaleza jurídica radicalmente distinta que existe entre el cónyuge del autor y el cesionario, que adquiere derechos de propiedad intelectual por medio de un contrato.

Ante todo, cabe aclarar que la calificación de los bienes en el régimen de comunidad es una norma de orden público, independientemente de si los cónyuges que eligieron o no dicho régimen patrimonial. Tal como explicamos en los primeros apartados de este trabajo, el carácter de bien propio o ganancial de una cosa, o derecho, es una imposición del legislador. Los cónyuges no pueden modificar la calificación de ningún bien. En todo caso pueden elegir, desde el año 2015, someterse a otro régimen patrimonial del matrimonio.

Por otro lado, el cesionario tiene un derecho pecuniario sobre la obra o invento a partir de la celebración de un contrato bilateral. En otras palabras, es una relación libre y voluntaria entre las partes, que dan forma según su entender a los términos y condiciones de la explotación de la obra o invento.

Ahora bien, como se explicó antes, el derecho económico es accesorio al derecho moral, ya que el derecho moral más importante que tiene un autor o inventor es el de decidir publicar o no su obra o invento.

En tal sentido, el cesionario jamás podría obligar al autor a publicar su obra, y mucho menos podría obligarlo a explotarla sin su consentimiento. Lo mismo ocurre con el cónyuge del autor o inventor, ya que los derechos morales son siempre y en todo lugar de carácter propio.

Sin embargo, si descartamos la relación de principal y accesorio existente entre la faz moral y económica, y aplicamos al derecho de familia la teoría de la equivalencia entre las fases, llegaríamos a la conclusión de que el cónyuge del autor podría obligarlo a dar a conocer su obra o invento aún en contra de la voluntad del autor, con el fin de recibir una eventual renta de carácter ganancial. Esto debido a que la negativa de publicación sería un evidente caso de abuso del derecho por parte del autor, que impide la explotación económica de un bien ganancial, desde la perspectiva de quienes defienden la tesis de la propiedad intelectual como un bien propio (Medina, 1998, p. 8).

Esta situación nos resulta inaceptable, independientemente de si la obra o invento es considerada un bien propio o ganancial, en su faz económica, toda vez que el derecho moral sobre la obra cuenta con jerarquía constitucional, según el art. 17 CN.

El mismo Guatavino (1968) indica que no hay discusión respecto a que los derechos morales son siempre y en todo lugar bienes propios, ya que ni siquiera es un bien (p. 438).

Es así, que siendo pacífica la jurisprudencia y la doctrina que el derecho moral es siempre de carácter propio; y manteniendo el autor o inventor el monopolio natural de la decisión de introducir o no su obra al mercado; sólo resta concluir que el derecho económico siempre será de carácter accesorio, porque no se puede explotar una obra o invento que no fue previamente introducido al mercado, voluntariamente, por su autor o inventor.

Asimismo, también debe concluirse que la propiedad intelectual siempre es un bien propio, porque lo accesorio no puede tener una naturaleza distinta a lo principal.

### 9.8 Crítica del caso particular

En otro orden de ideas, Mazzinghi (2006) indicaba que la división entre la cosa y sus frutos no se acomodaba a todos los casos. Siendo útil para el autor de un libro, pero no para un escultor o un pintor, ya que la explotación de una escultura o pintura se daría por medio de la venta (p. 133).

Nuevamente, si bien nos parecen interesantes e inteligentes las reflexiones de Mazzinghi, volvemos a discrepar con el autor. En primer lugar, porque tanto el escultor como el pintor pueden dar en locación, leasing o comodato sus obras, o incluso pueden ceder sólo el derecho de exposición y/o reproducción de las mismas. Por lo que no es cierto que su única opción sea la venta de la obra, ya que la propiedad intelectual en sí misma es el derecho intangible que excede al recipiente de la obra o invento.

Por otro lado, aún si consideráramos válida la crítica, la misma sólo justificaría prever distintas reglamentaciones para distintos tipos de propiedad intelectual. Tal como prevé la Ley 11.723, que otorga un tratamiento distinto para cada categoría de propiedad intelectual artística, o la Ley 24.481, que prevé distintos tratamientos para distintas categorías o especies de propiedad industrial. También la Ley 22.362 distingue entre marcas y designaciones. Por lo que hay sobrados ejemplos en el derecho de propiedad intelectual de que se puede dar un tratamiento especializado a distintas especies de derechos intelectuales dentro de un mismo género jurídico.

Esto sin perjuicio de que el cónyuge no autor podría pedir compensación económica por los materiales y demás gastos de venta que fueran frutos de inversión, ya sea mediante una propuesta similar a la expresada por Azpiri, como por el instituto de la compensación de los daños y perjuicios prevista en el CC a raíz del

enriquecimiento sin causa, o la posterior compensación económica prevista por el CCCN a partir del año 2015.

#### 9.9. Otras críticas

Siguiendo con las críticas a la normativa impuesta por la Ley 17.711, Basset (2015) afirma que el criterio del art. 1272 CC llevaba a soluciones injustas por no distinguir si la publicación, interpretación, conclusión, patentamiento o registración de la obra o invento ocurrían antes del patentamiento o no (p. 311).

Consideramos que esta crítica es desafortunada, toda vez que la misma tendría sentido sólo si la norma dispusiera que la propiedad intelectual era un bien ganancial, y no un bien propio, como es el caso del art. 1272 CC. En otras palabras, al tratarse de un bien propio es indistinto el momento de la conclusión o registración de la obra o invento, siendo sólo relevante el momento de su explotación periódica, en razón de los frutos gananciales.

Esto sin perjuicio de hacer notar que del análisis de la jurisprudencia francesa del siglo XX surgen verdaderos ejemplos de irrazonabilidad de la norma, como ocurre en los fallos de Lecocq y Mercié. Por lo que resulta probable que la crítica hecha por Basset tenga su origen en un profundo desconocimiento de la historia de la propiedad intelectual en el matrimonio, así como en una falta de estudio del derecho comparado, siendo que estas dos perspectivas están completamente ausentes en la bibliografía de esta autora.

#### 9.10. La opinión de Medina

Dentro de las voces de doctrina críticas a la Ley 17.711 y favorables a una nueva legislación que regule la propiedad intelectual en el matrimonio, nos resulta muy interesante la opinión de Medina en su obra de 1998. Esto se debe a su fundamento retórico, el cual admiramos en la discrepancia, como también porque resume varios conceptos de quienes abogan por esta postura, mediante la publicación de trabajos de doctrina que podríamos considerar muy tempranos dentro de esta discusión. Por tal motivo, decidimos dedicarle un apartado distinto a esta doctrinaria.

La postura de esta autora fue dada originalmente para ofrecer un cambio de paradigma en el proyecto de reforma del código civil del año 1998. Un proyecto que, como ya vimos, sirvió de referencia para formar el actual CCCN, por lo que su solución



respecto a la propiedad intelectual, en su art. 457 inc. o, es muy similar a la del actual art. 464 inc. o, CCCN, tal como analizaremos en un siguiente apartado.

En este contexto histórico, podemos resumir los argumentos de Medina (1998) en dos grandes grupos.

El primer grupo está conformado por el argumento formal o interpretativo. Según la autora, quienes abogan por una propiedad intelectual ganancial, aun con derechos morales propios, consideran que el art. 1272 CC no era claro en el carácter que le daba al precio obtenido por la cesión total de la obra intelectual (Medina, 1998, p. 7).

Por nuestro lado creemos que esta crítica es incorrecta, si bien es razonable a primera vista.

El anterior art. 1272 CC especificaba que sólo los frutos de la obra eran gananciales, motivo por el cual la cesión total de la obra ya no era un fruto de la obra, sino que representaba la venta de un bien propio. Por lo tanto, el dinero de la venta era a su vez un bien propio.

Además, la citada opinión desconoce el proceso por el cual se forma un precio en el mercado. Como bien explicaba Hobbes (1651) “El valor de toda cosa contratada es medido por el apetito de los contratantes y, por tanto, el valor justo es el que les place dar” (p. 246).

Si traducimos esta máxima a la teoría económica moderna, hoy en día sabemos que el valor de todos los bienes y servicios ofrecidos en el mercado es subjetivo. Así, es el acuerdo voluntario entre las partes, y no el valor objetivo de la transacción, el formador de la señal de precio.

En otras palabras, cuando alguien quiere vender un bien servicio puede calcular los costos de producción y sumarle los márgenes de ganancia. Sin embargo, esto no le asegura la venta. Si el consumidor considera que el bien está a un precio razonable, habrá una compra. Pero si el consumidor considera que el precio es demasiado caro, quien pretende vender el bien o servicio no podrá colocar ni siquiera una unidad de su producto (Espert, 2017, p. 402).

Lo mismo ocurre con la propiedad intelectual, es su carácter de bien comercializable. El precio está dado por su efectiva comercialización, siendo imposible o poco precisa cualquier otra valuación de este bien. Por lo tanto, la ley no necesita aclarar cuál debe ser el precio base de la propiedad intelectual.

El segundo grupo que identifica Medina (1998) apunta a que las soluciones que el art. 1272 CC ofrecía eran injustas, toda vez que no entendían la razón por la cual el cónyuge de un escritor o de un artista estaría excluido de la comunidad de los bienes creados, mientras que el cónyuge de un profesional, como el médico o el abogado, tendrán derecho a participar de los bienes surgidos de su actividad (p. 7).

Nuevamente, consideramos que la crítica hecha a la anterior normativa es desacertada, si bien su lógica es brillante.

En primer lugar, porque omite razonar que el salario es el fruto del trabajo. Es decir, el cónyuge del autor o inventor participa de los bienes surgidos de la explotación de la obra.

A nuestro criterio, el desatino de esta comparación padece de confundir la fuente de ingresos con los frutos que esta genera. En tal sentido, tanto el trabajo como la propiedad intelectual son fuentes de ingresos, mientras que el salario y la explotación de la obra son frutos civiles.

En segundo lugar, el otro inconveniente que extraemos de esta cita es que Medina (1998) no distingue entre el trabajo, que es una actividad protegida por los arts. 14 y 14 bis CN, y la propiedad intelectual, que es un bien protegido por el art. 17 CN. Por tal motivo, no son instituciones comparables.

Es en esta inteligencia que el legislador constituyente aclara que los inventos y obras son del inventor o autor, sin verse en la necesidad de aclarar que el trabajo o pensión son del trabajador o profesional.

#### 9.11. Modificaciones de la norma

Finalmente, en lo que respecta a este período, vale resaltar que ocurrieron algunas modificaciones en lo que se refiere a la legislación que regulaba las marcas, patentes y modelos de diseño.

Así, el Decreto Ley 6.673 del año 1963 recibió algunas modificaciones y una posterior derogación por parte de la Ley 22.362, de Marcas y Denominaciones, del año 1981, y la Ley 24.481, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, del año 1995.

En lo que se refiere a la titularidad de las marcas sólo hay una mención en el art. 4° de la Ley 22.362, que se limita a indicar que “la propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro”. En otras palabras, la ley no hace referencia al cónyuge ni a los herederos del propietario de la marca, excepto en el art.

3° inc. h, que hace notar que no puede ser registrado el nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive.

Por otro lado, la Ley 24.481 también omite la cuestión de la propiedad intelectual en el matrimonio, limitándose a indicar en sus tres primeros artículos que:

1. Las invenciones en todos los géneros y ramas de la producción conferirán a sus autores los derechos y obligaciones que se especifican en la presente ley

2. La titularidad del invento se acreditará con el otorgamiento de los títulos de propiedad industrial referidos a patentes de invención modelos de utilidad.

3. Podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la presente ley, las personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras que tengan domicilio real o constituido en el país.

## **10.El proyecto de Código Civil del año 1998**

El proyecto de reforma del Código Civil del año 1998 tenía su propia regulación en materia de bienes propios y gananciales, alejándose del paradigma propuesto por la Ley 17.711 en cuanto se refiere a la propiedad intelectual en el matrimonio.

Previo a este proyecto, Llambías (1969) ya había presentado su propia versión de lo que debía ser la regulación en materia de propiedad intelectual, considerando propio en los términos del art. 1272 CC de la siguiente manera:

El producido de los derechos intelectuales, patentes de invención, o diseños industriales, obtenidos por algunos de los esposos con posterioridad a la celebración del matrimonio. Al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal el derecho intelectual se imputará a la parte del respectivo autor o inventor, acordándose al otro cónyuge o sus sucesores, una compensación pecuniaria equivalente a la tasación actual de aquel derecho (pp. 361-362).

Esta solución tenía sus adherentes y retractores. Por un lado, Mazzinghi (2006) suscribía a esta propuesta en sus conclusiones de las críticas hechas al art. 1272 CC reformado (p. 136). También debe tenerse en cuenta que la solución es compatible con la propuesta de Azpiri, sólo en los casos de cesión total por venta de los derechos de la obra, tal como analizamos en el apartado 9.2. del presente trabajo, a donde remitimos.

Por el otro lado, autores como Basset (2010), consideraban inadmisibles la posibilidad de un derecho de recompensa a favor del cónyuge no-autor, por su aporte a la obra o patente. Esto porque según Basset el fruto del derecho del trabajo creativo de los cónyuges debe ser compartido en su totalidad (p. 534).

Por nuestro lado, consideramos impracticable la propuesta de fijar el precio de la obra o invento por medio de tasación, ya que es posible que la misma no tenga aún asignado un precio en el mercado y su valor sea difícil de calcular. Esto generaría que la tasación sea, por regla general, una sobrevaloración o infravaloración de la propiedad intelectual, provocando una desigualdad entre los cónyuges durante el divorcio.

En tal sentido, quien fija el precio de un bien es la libre acción entre el comprador y el vendedor, por medio de lo que se conoce como la oferta y demanda. Sin embargo, los precios no siempre son claros o existen.

Como bien explican Mochon Morcillo y Becker (2008) los precios actúan como el mecanismo equilibrador del mercado, sin embargo el mismo no siempre es claro. Puede ocurrir que un precio sea conocido, como el pasaje del bus, o que dependa de la negociación de las partes, como en el Gran Mercado de Estambul, o una negociación inmobiliaria, donde el precio es sólo una referencia sobre la cual se pide rebajas (p. 24).

Ahora bien, independientemente de la propuesta de Llambías, sus adherentes y sus críticas, el art. 457 inc. O del proyecto del año 1998, referido a los bienes propios, optaría por una propuesta distinta en lo que se refiere a la propiedad intelectual, mediante la siguiente fórmula:

Artículo 457: Son bienes propios (...)inc. O. La propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad.

La introducción de esta fórmula significó un enorme cambio de paradigma en lo que se refiere a la propiedad intelectual en el matrimonio. Esta nueva norma se alejaba no sólo de la solución aportada por la Ley 17.711, sino también de todos los proyectos de reforma anteriores, y la exclusividad de la autoría que impusieron al

unísono las dos constituciones nacionales que supo tener nuestro país. También se aleja de las propuestas compensatorias de Llambías y Azpiri.

En otras palabras, el proyecto de reforma ponía nuevamente sobre la mesa la postura de la Cámara Civil en el fallo de la sucesión de Roberto Artl, así como el de algunas voces de doctrina críticas al art. 1272 CC. En particular, pareciera hacerse eco de la obra de Guastavino (1968).

Por otro lado, el art 458 del citado proyecto de código civil, referido a los bienes gananciales, indicaba en su inciso “a” que son bienes gananciales los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 457, excluyendo al derecho moral sobre la obra intelectual, que es siempre personal del autor.

Durante su etapa de debate algunas voces de doctrina adhirieron indirectamente a este cambio de postura legislativo (Medina, 1998, p. 7).

### **11. Período III. Código Civil y Comercial de la Nación. Años 2015 y actualidad**

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) introdujo grandes cambios en materia patrimonial dentro del matrimonio, tal como se explicó en el punto 4 del presente trabajo, a donde remitimos.

En materia de propiedad intelectual, el art. 464 CCCN repite la misma fórmula propuesta por el art. 457 inc. O del proyecto de reforma del año 1998, mediante la siguiente norma:

ARTÍCULO 464.- Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: (...) o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.

Es relevante hacer notar que los fundamentos del anteproyecto de reforma del año 2012 no hacen ninguna mención al derecho de propiedad intelectual dentro del matrimonio, ni a los antecedentes proyectuales o de la doctrina que inspiraron, a nuestro criterio, la norma. Esta falta de mención al antecedente proyectual es frecuente también en los comentarios del art. 464 inc. O CCCN, tal como veremos a

continuación. De hecho, pareciera que para algunos autores la temática de la propiedad intelectual en el matrimonio es una suerte de asunto ya saldado o menor, el cual no merece algún tipo de discusión de doctrina o jurisprudencia. Remitimos al apartado 12 del presente trabajo, donde estudiaremos dicho fenómeno.

Consideramos que es una lástima la omisión de mención del Proyecto de 1998 en la doctrina mayoritaria, ya que la similitud normativa resulta ser un dato interesante, toda vez que prueba en cierto modo que el cambio de paradigma fue lento, y que actualmente tiene mayor influencia en los legisladores las ideas de ciertos autores que están más ligados al derecho de familia que al derecho de propiedad intelectual o derecho de autor.

Posteriormente esta penetración ideológica tendría como consecuencia la derogación y reemplazo de la normativa vigente entre los años 1968 y 2015, en cuanto a la propiedad intelectual en el matrimonio, luego del intento fallido del año 1998. Motivo por el cual sería incorrecto afirmar que este cambio de paradigma se debe a un error u omisión, siendo notable que se debe a una insistencia de una postura contraria a la adoptada por la Ley 17.711.

A su vez, esta norma se complementa con la referencia a la propiedad intelectual hecha en el art. 499 CCCN, referido a la atribución preferencial de los bienes a favor de uno de los dos cónyuges, y en compensación de sociedad conyugal. Una solución adicional que pareciera tener una cierta influencia de las ideas propuestas por Llambías y Azpiri, analizadas en apartados anteriores de este trabajo:

ARTÍCULO 499.- Atribución preferencial. Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes.

Cómo puede observarse, la intención del legislador del CCCN es darle un carácter dual *sui generis* a la propiedad intelectual en el matrimonio. Por un lado, es bien propio sólo en su faz moral, mientras que resulta ganancial en su faz patrimonial.

Al mismo tiempo, el art. 499 CCCN prioriza al autor o inventor en cuanto a la adjudicación de su obra o invento, obligándolo a dar compensación a la comunidad

de gananciales, reconociendo en cierto modo que el autor o inventor tiene prioridad sobre su obra o invento respecto a su cónyuge.

Esta fórmula trae consigo algunos problemas prácticos que ya habían sido resueltos previamente en el art. 1272 CC, como veremos más adelante en el apartado 14 del presente trabajo.

## **12. El silencio de una parte de la doctrina**

A pesar de que la reforma generó diversas reacciones en la doctrina moderna, resulta curioso como algunos autores prefirieron evitar el tema o restarle importancia. De hecho, algunos autores parecieran no haberse percatado del cambio introducido por el CCCN, al no encontrar una novedad notoria.

Un ejemplo de ello es Rivera (2016), que aun habiendo hecho un análisis profundo de la norma llega a afirmar que el nuevo CCCN no ha innovado sobre el régimen establecido por el Código Civil, sino que sólo introdujo algunas modificaciones terminológicas que no alteran lo sustancial (p. 1).

En la misma tesitura, Herrera (2019) afirma que la Ley 17.711 esclareció una controversia respecto al silencio del Código Civil sobre el carácter propio o ganancial de la propiedad intelectual dentro del matrimonio, haciendo notar que la solución fue darle carácter de bien propio a la propiedad intelectual y de bien ganancial al fruto de su explotación durante la vigencia del matrimonio (p. 258).

Sin embargo, al referirse a la reforma, la autora indica que el art. 464, inc. o, CCCN es una suerte de continuación del derogado art. 1272 CC, reformado por la Ley 17.711, ya que se limita a transcribir la nueva norma sin percatarse del cambio producido y sus efectos (Herrera, 2019, pp. 264-265).

Consideramos que esta apreciación es completamente incorrecta, a raíz del análisis histórico de la doctrina y jurisprudencia que hemos expuesto en el presente trabajo y al cual nos remitimos.

Por otro lado, otros autores que habían fundamentado correctamente su postura en contra de la solución aportada por la Ley 17.711 se mantuvieron al margen de profundizar respecto de la solución adoptada por el CCCN.

En tal sentido, Azpiri (2015) se limitó a describir la norma sin siquiera comentar la existencia de un cambio legislativo (p. 99). Una decisión que cumple quizás con los

objetivos didácticos que perseguía el autor, pero que desmerece la discusión que se ha dado en esta materia y de la cual él ha formado parte.

Lo mismo ocurre con otros autores, como Lloveras y Solari, que limitan su análisis a la descripción de la norma (Lloveras, 2015, p. 1.3.7; Solari, 2015, p. xvi).

A su vez, Medina (2014) hace notar que esta nueva norma modifica la solución adoptada por el art. 1272 del Código Civil y vuelve al criterio de la jurisprudencia anterior (p. 1153). Sin embargo, la autora omite hacer referencia al Proyecto de reforma del año 1998, el cual ha servido como precedente e inspiración de la norma vigente, y tampoco aporta cual es su postura respecto a la normativa actualmente vigente.

Una verdadera lástima, ya que hubiera sido interesante poder contar la opinión fundada de esta autora respecto del cambio de paradigma que significó la reforma. Más aún teniendo en cuenta la profundidad de sus reflexiones publicadas en el año 1998, las cuales recomendamos su lectura.

Por otro lado, Peracca (2015) tampoco hace referencia al Proyecto de 1998, en su comentario del CCCN publicado por Infojus, que en cierto modo es el comentario oficial del Ministerio de Justicia del año de promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 135 - 144).

### **13. Voces a favor de la reforma**

Al igual que sucedió con la reforma del año 1968, la solución dada por el CCN cuenta con sus defensores, ya que la misma representa muchas de las posturas y propuestas que existían al momento de la sanción de una nueva norma.

Belluscio (2016) reafirma sus posturas anteriores y explica su opinión sobre la solución adoptada en el año 2015 de la siguiente manera:

La solución de la ley 17.711 recibió la justa crítica de Llambías, Mazzinghi y Zannoni, quienes señalaron que no se justificaba el distinto tratamiento entre el trabajo concretado en una obra científica, literaria o artística y el concretado en una cosa material o un bien inmaterial, que puede ser tan intelectual como aquél, como en el caso del médico, el abogado, el arquitecto o el ingeniero. El Código Civil y Comercial volvió las cosas a su quicio, con el art. 464, inc. o” (§ 237).

Por otro lado, Sanchez Herrero (2015) afirma que la calificación de la propiedad intelectual como un bien ganancial va en línea con la regla sentada en el art. 465 CCCN, conforme la cual son bienes gananciales los creados durante la comunidad



por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto. Según el autor, la regla es coherente también con el criterio establecido en el inc. d, del mismo artículo, según el cual son gananciales los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad (§ I).

Discrepamos con Sanchez Herrero por dos motivos. En primer lugar, porque el art. 465 inc. a CCCN no es una regla general, sino que se trata de una presunción de ganancialidad ante el estricto silencio de la ley. Por tal motivo dicha norma aclara que se trata de los bienes creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, “siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464”.

En segundo lugar, en cuanto a lo que se refiere al inc. d, la apreciación también nos resulta desacertada, toda vez que la creación de la obra es similar al producto y no al fruto, ya que es un resultado que ocurre por única vez, tal como explicamos en apartados anteriores de este trabajo.

En tal sentido, el autor de una obra o el creador de un invento podrá generar varias obras e inventos, pero todos serán distintos entre sí. Por ejemplo, un escritor puede escribir varios libros, y cada libro será una obra única e irrepetible. El pintor podrá pintar varios cuadros, pero no habrá dos cuadros que sean el mismo. Y el inventor podrá patentar varios inventos, siendo que todos y cada uno de ellos deberán tener la originalidad suficiente para poder ser registrados ante el INPI.

En pocas palabras, la obra es siempre y en todo lugar asimilable al producto, mientras que su explotación periódica es asimilable al fruto, precisamente por su periodicidad.

#### **14. Críticas y lagunas en la nueva legislación argentina**

La otra cara de la moneda son las críticas fundadas contra la legislación vigente.

Nos resulta interesante la crítica hecha por Villalba Diaz (2016). Según el autor, si bien el espíritu de la reforma pretende dar una solución más equitativa sobre el aporte que cada cónyuge realiza mientras se encuentre vigente la mancomunidad, la misma omite fijar límites más precisos a la hora de calificar los aportes inmateriales de cada contrayente (p. 10).

En tal sentido, el autor plantea que existe una laguna normativa inserta en el sistema de doble atribución de ganancialidad, ya que no siempre la publicación y la finalización de la obra se dan en simultáneo. Esta particularidad puede originar distintas situaciones. Por ejemplo, si una obra literaria se publica antes de la vigencia de la mancomunidad de bienes y se interpreta una adaptación durante la vigencia del matrimonio. No habría inconveniente en la medida de que el autor de la adaptación hubiera sido el mismo autor de la obra originaria, ya que la obra derivada sería incluida y la originaria no. Sin embargo, si la nueva versión fuera encargada a un tercero, la interpretación de la obra sería del adaptador. (Villalba Diaz, 2016, p. 6).

A esto se le suma el problema de saber cómo se establece que una obra fue concluida, ya que la decisión depende exclusivamente del autor de la obra. Al margen de destacar que la obra inconclusa también goza de la tutela del derecho de autor en la medida que cumpla con ciertos requisitos. Atribuir a un tercero esta decisión podría ser muy cuestionable, por lo que se podrían atribuir la decisión sobre un aspecto personal e irremplazable que es el de establecer que la obra contenga la impronta personal del autor (Villalba Diaz, 2016, p. 6).

La finalización de la obra es un tema especialmente complejo, ya que, como bien explica Lipszyc (1993), el proceso de creación de una obra pasa por tres etapas. Estas son, la concepción de la idea, su desarrollo y su expresión. Por lo que su finalización es un inconveniente adicional, toda vez que la protección, en el caso del derecho de autor, no depende de la condición de registro. Mientras que en el caso de la propiedad industrial, la registración es un elemento fundamental de la protección de las marcas y patentes (pp. 68-70).

A su vez, Villalba Diaz (2016), al igual que lo hacen otros autores antes analizados en este trabajo, afirma que el derecho moral de divulgación se encuentra implícitamente consagrado en el art. 2º de la ley 11.723. De esta manera, si al momento de liquidar la mancomunidad de bienes al cónyuge que no-autor se le adjudican obras inéditas, éste no podrá darlas a conocer sin autorización del creador cónyuge autor, porque cualquier acto de reproducción o comunicación pública significa el consiguiente ejercicio del derecho moral de integridad. Una facultad que por su propia naturaleza y por disposición legal es de carácter propio, independientemente del momento de su creación. Por ello resulta impracticable que una obra inédita pueda integrar parte del régimen de mancomunidad de bienes cuando su puesta en comercio se encuentra sujeta a la voluntad de quien la concibe.

Entonces, si estamos frente a una obra concluida e inédita, la misma debe quedar dentro de la esfera del cónyuge autor, ya que la asignación de bien ganancial no pasaría de ser virtual (p. 6).

Finalmente, otro punto cuestionable del CCCN es que sujeta la condición de ganancial de la marca o patente cuando las mismas son registradas o patentadas respectivamente en vez de establecer como hecho relevante la solicitud de cada una. Según el autor, no existiría el conflicto si entre el pedido de título y la concesión fuera un trámite rápido. Pero el trámite registral puede llevar más de un año, si es que no hay oposición desde la solicitud (Villalba Diaz, 2016, p.7).

Además, en caso que existiera oposición en el proceso de registro, y a falta de acuerdo entre las partes, la cuestión puede judicializarse, resultando de difícil predicción el resultado del litigio o su plazo.

Quien también critica la nueva norma es Rivera (2016). Según este autor el CCCN reguló con excesiva síntesis una materia esencialmente compleja, como son los derechos intelectuales, dejando así una serie de aspectos carentes de reglamentación expresa. A saber, estas lagunas serían: el carácter de la marca usada sin registro con anterioridad al comienzo de la comunidad y registrada durante ésta; La marca solicitada antes del comienzo de la comunidad pero cuyo registro se obtiene durante la vigencia de la comunidad; La marca solicitada durante la vigencia de la comunidad pero cuyo registro se obtiene luego de extinguida esta; y el problema de la conclusión de la obra artística, al cual ya nos referimos al analizar a Villalba Diaz (p. 1).

A estas críticas agregamos que llama nuestra atención el hecho de que los autores que defienden la postura de la propiedad intelectual como bien ganancial lo hagan definiendo en paralelo la teoría dualista de la propiedad intelectual, que es justamente aquella que entiende que el derecho moral del autor configura la potestad de decidir si la obra debe ser publicada o no, así como el derecho de oponerse a las deformaciones o alteraciones que pudieran hacerse a la obra en su publicación, y el de modificarla (Belluscio, 2016, § 237).

Es justamente la existencia de este derecho moral el que le otorga naturaleza jurídica de bien propio al derecho de propiedad intelectual, ya que, en caso de conflicto entre el derecho moral y el derecho económico de autor, prevalece el derecho moral por sobre el derecho de explotación económica, tornando imposible la

existencia de un fruto civil en caso de la negativa del autor. Por lo que las críticas hechas por Villaba Diaz nos parecen acertadas.

Otro aspecto criticable a nuestro criterio es la compensación del art. 499 CCCN, ya que la valuación de un bien inmaterial e intangible, como es la propiedad intelectual, resulta imposible en la medida que no exista un mercado específico para la enajenación de dicho bien.

Para comprender este concepto, consideramos adecuado un ejemplo. Supongamos que el autor de un sitio web explota su obra de manera periódica por medio de suscripciones a sus usuarios. El fruto de la explotación de dicho sitio web tiene un precio en el mercado, validado por las transacciones periódicas de los consumidores. Sin embargo, el sitio web en sí mismo no tiene un precio, toda vez que nunca existió una oferta para comprar el sitio, y es altamente probable que no exista nadie interesado en comprar una página web, con lo que ello significa.

Quizás los potenciales compradores estén interesados sólo en comprar el dominio y no el contenido del código HTML. O quizás el sitio requiere mantenimiento periódico personal, como podría ser el caso de un blog, ahuyentando a cualquier inversor.

En cualquier caso, la posibilidad de fijar un precio de la obra resulta una tarea imposible, ya que sólo se puede conocer el precio de los frutos que genera, pero no el precio de la obra en sí misma.

Finalmente, consideramos que siguen siendo válidas las críticas que oportunamente hicieron Biblióni y Borda contra la postura de darle carácter ganancial a la propiedad intelectual.

A estas críticas le sumamos el aspecto constitucional, el cual será desarrollado en profundidad en otro apartado de esta tesis.

## **15. Titularidad derivada**

Un asunto que raramente es debatido es la titularidad derivada. Esto es, el derecho de propiedad intelectual que adquiere el comprador o compradores por parte del autor.

Es necesario hacer notar que tanto el art. 1272 CC como el art. 464 inc. o CCCN omitieron cualquier tipo de referencia respecto a los derechos de propiedad

intelectual adquirida por terceros, por lo que ambas normas se refieren pura y exclusivamente a la adquisición originaria por parte del autor o inventor.

Consideramos que la omisión del legislador no es accidental, toda vez que sólo el autor o inventor puede tener un vínculo moral con la obra, invento, marca, patente o cualquier otra creación intelectual protegida por la ley. Por lo que no nos parece necesaria la aclaración explícita en la legislación de que una vez enajenada la obra o el invento su naturaleza será la de cualquier otro bien.

En tal sentido, coincidimos con Sanchez Herrero (2015) cuando afirma que respecto de los derechos de propiedad intelectual adquiridos a título derivado son aplicables las reglas generales previstas para la adquisición de cualquier otro bien (III 5).

Eso es, si la titularidad fue adquirida con dinero propio, será un bien propio. Y si fue adquirida con dinero ganancial, la titularidad será ganancial.

## **16. Derecho comparado**

El correcto análisis de esta institución merece incluir un apartado de derecho comparado. En tal sentido, resulta interesante observar cómo las legislaciones de otros países resolvieron esta problemática.

Vale aclarar que sólo se analizaran el derecho vigente de países con sistemas matrimoniales civiles, o facultativos, dejando de lado aquellos casos de legislaciones religiosas.

### **16.1. España**

Según Vela Sánchez (2013), España cuenta con un sistema matrimonial facultativo, de pluralidad de formas de matrimonio, ya que admite el matrimonio civil y el religioso, con algunas limitaciones de orden público (p.31).

Al igual que sucede en el derecho argentino vigente, el derecho civil español cuenta con más de un régimen patrimonial en el matrimonio. Como bien explica Rodríguez Rojas (2017) quienes contraen matrimonio pueden optar por los regímenes económicos de gananciales, separación de bienes o participación, siendo que en caso de no ejercitar esta facultad, se les aplicará automáticamente un régimen u otro dependiendo del territorio donde contraigan matrimonio, que en casi todas las regiones de España es el régimen de bienes gananciales (p. 1).

La aplicación de un determinado régimen económico matrimonial tiene una fuerte importancia al momento de producirse un divorcio o el fallecimiento de uno de los cónyuges, sin embargo en lo que respecta a la propiedad intelectual estos efectos se mitigan en parte toda vez que se trata de un bien propio.

En tal sentido, el art. 1346, inc. 5° del Código Civil Español, Libro Cuarto, indica sin lugar a segundas interpretaciones que son privativos de cada uno de los cónyuges “los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos”, siendo que los derechos de propiedad intelectual se encuentran dentro de esta categoría de derechos por su carácter *intuitu personae*.

Sin perjuicio de ello, el mismo cuerpo legal indica en su art. 1374, inc. 2° que son bienes gananciales “los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales”.

Al respecto, Sánchez Calero (2004) explica que en el derecho español se tiene claro que la obra, así como el empleo o el contrato de servicios, no pertenecen a la sociedad conyugal por su carácter *intuitu personae*, aun cuando los derechos de explotación, salarios u honorarios que se reciban durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan como haber absoluto (p. 194).

Por otro lado, Fayos Gordó (2016) amplía este concepto al hacer notar que, si bien las obras y demás derechos de propiedad intelectual son bienes privativos de cada autor, cuando estos bienes privativos resultan ser a su vez cosas muebles que son enajenadas durante el matrimonio, el rendimiento debe ser considerado común o de conquistas, ya que así lo indica la jurisprudencia mayoritaria (pp. 89-91).

En pocas palabras, para el derecho español los derechos de autor son bienes propios del autor o inventor, mientras que sus frutos periódicos, así como los productos de la enajenación total de ciertas obras, pertenecen a la sociedad conyugal, por ser considerados bienes de carácter ganancial.

## 16.2. Colombia

Según Medina Pabón (2018) el sistema jurídico patrimonial del matrimonio en Colombia es difícil de comprender, por lo que la tarea de presentarlo con el detalle necesario, implica tomar partido por una de las múltiples teorías existentes en su doctrina (p. 165).

En cuanto al objeto del presente trabajo, cabe destacar que el Código Civil Colombiano no tiene entre sus normas una referencia puntual a la propiedad intelectual dentro del matrimonio.

Lo que sí podemos hallar en su defecto son referencias a la composición de haber de la sociedad conyugal, en el art. 1781, y los bienes excluidos de esta, en los artículos 1782, 1783, 1792 y 1828 del mencionado cuerpo legal.

En resumidas cuentas, el art. 1781 estipula que el haber de la sociedad conyugal se compone de los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados por los cónyuges durante el matrimonio; los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio; del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio; de las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio; y de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso, así como de los bienes raíces que la mujer aporte al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

En cuanto a los bienes excluidos, los artículos 1782, 1783, 1792 y 1828 dejan fuera de la sociedad conyugal las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado; el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges; las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvi3n, edificación, plantación o cualquiera otra causa; los bienes litigiosos; las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella; ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal, entre otros bienes enumerados.

Ante esta orfandad normativa Medina Pab3n (2018) afirma lo siguiente:

Las creaciones intelectuales son tan inherentes al sujeto que no se podr3a entender c3mo se transfieren a la sociedad conyugal, y por ello comulgo con los espa3oles que dejan por fuera estos derechos, no importa si la obra es anterior o posterior a la constituci3n de la sociedad conyugal. Se trata del

llamado derecho moral de autor, que no es transferible ni renunciable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 23 de 1982 y su equivalente en las reglas de propiedad industrial. Por el contrario, los derechos económicos derivados de esas creaciones serán sociales y tendrán el mismo tratamiento de los frutos civiles (pp. 183).

Consideramos que la apreciación de este autor resulta poco precisa en su redacción toda vez que, al referirse a los derechos económicos en general, no se entiende si se refiere a la totalidad de los derechos de explotación de la obra o invento, o a los frutos de la explotación de la obra o invento durante la vigencia del matrimonio.

Teniendo en cuenta la bibliografía utilizada por el autor, sumado a que en la edición del año 2008 de esta obra no hace referencia alguna a los derechos económicos, creemos que Medina Pabón se refiere al segundo caso, ya que si bien no hay ninguna referencia a la propiedad intelectual en el derecho colombiano, si hay una referencia clara a los emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados por los cónyuges durante el matrimonio, los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, de los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Por lo que es dable que al considerar como un bien propio a la propiedad intelectual, sus frutos y explotación durante el matrimonio sean sociales, como lo es el salario.

### 16.3. Estados Unidos. Análisis de la legislación y jurisprudencia del Estado de Texas

En Estados Unidos la propiedad intelectual tiene su fundamento en la sección 8 del artículo 1° de su Constitución Nacional y está regulada por el Código de Leyes de Estados Unidos, en su Título 17.

El *Code* es la codificación por materia de las leyes generales y permanentes del mencionado país, que está dividido por temas generales en 53 títulos y publicado por la Oficina del Asesor Legal de Revisión de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. Su primera publicación ocurrió en 1926 y las ediciones principales posteriores se han publicado cada seis años desde 1934.

En cuanto a las disposiciones normativas de la propiedad intelectual en el matrimonio, *the copyright law*, la ley federal de propiedad intelectual de Estados Unidos, sólo tiene una referencia a los cónyuges, en su apartado 101 referido a las



definiciones. Esta indica que “La viuda o viudo del autor es el cónyuge supérstite del autor bajo la ley del domicilio del autor en el momento de su muerte, independientemente de qué cónyuge se ha vuelto a casar más tarde”.

De esta norma se desprenden dos conclusiones. La primera, que es que la legislación federal estadounidense sólo tiene en cuenta al cónyuge en su carácter de cónyuge supérstite del autor o inventor. Y la segunda, es que la legislación federal acepta que las leyes que regulan el matrimonio y las sucesiones son establecidas por los distintos estados individualmente, por lo que debe analizarse la legislación de cada estado.

A modo de ejemplo, el Estado de Texas es uno de los nueve estados que impone el sistema de propiedad comunitaria o ganancial en Estados Unidos. Esto significa, al igual que los otros países analizados, que cualquier propiedad adquirida por los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, con excepciones taxativas indicadas por la ley, es propiedad ganancial de ambos contrayentes.

La normativa aplicable a este régimen se encuentra en el *Family Code* de Texas, subtítulo B, capítulo 3, subcapítulo A, referido a los derechos de propiedad y responsabilidades matrimoniales, y las reglas generales de la propiedad separada y comunitaria.

En su articulado, podemos observar que la sec. 3.001 indica que los bienes propios de un cónyuge consisten en aquellos bienes que el cónyuge posea antes del matrimonio; la propiedad adquirida por el cónyuge durante el matrimonio por donación, herencia o descendencia; y la recuperación por lesiones personales sufridas por el cónyuge durante el matrimonio, excepto cualquier recuperación por pérdida de capacidad de ingresos durante el matrimonio.

En su contraparte, la sec. 3.002. indica que los bienes gananciales son aquellos bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, teniendo en cuenta que la sec. 3.003 establece un sistema de presunción de ganancialidad.

En cuanto a lo que se refiere a la propiedad intelectual dentro del matrimonio, el *Family Code* texano no explica el carácter propio o ganancial de esta propiedad. Sólo se limita a hacer una referencia explícita en su sec. 6.501, referida a las órdenes de restricción contra el cónyuge que dañara intencionalmente la propiedad intelectual del otro.

Sin embargo, vale aclarar que esta falta de normativa no es un problema para la legislación texana, toda vez que la jurisprudencia es fuente formal de derecho en su sistema jurídico.

Así, surge del caso de la Cámara de Apelaciones del Estado de Texas, *Alsenz vs Alsenz*, del día 7 de febrero de 2003, que los frutos derivados de patentes propias también son bienes gananciales en el Estado de Texas, en razón de la sec. 3.002 y 3.003 del *Family Code* de Texas.

En este caso, Richard Alsenz había apelado la sentencia de primera instancia por considerar que la explotación de una patente industrial formaba parte de las excepciones al principio de ganancialidad de los frutos de los bienes propios, tal como ocurre con los productos de los yacimientos petrolíferos y de gas, cuando estos son bienes propios, por el principio de subrogación real, conforme surge del caso *Norris VS Vaughan*, del día 22 de julio de 1953, Suprema Corte del Estado de Texas.

A su vez, Richard Alsenz también hizo notar que sus patentes perdieron valor a lo largo de la vida matrimonial, por lo que la división de su renta le provocaba un perjuicio adicional.

El recurso fue rechazado. Si bien la Cámara consideró que la patente era un bien propio de Richard, el fallo decidió que los frutos debían ser gananciales por analogía con los casos *Smith v. Lanier*, sobre la ganancialidad de los dividendos de acciones compradas previo al matrimonio; y el fallo *Rodrigue v. Rodrigue*, sobre la propiedad creada durante el matrimonio. Según la Cámara, debe prevalecer la norma general que indica que los ingresos producidos por la propiedad separada se consideran propiedad comunitaria en el Estado de Texas.

Por otro lado, de este mismo fallo también se extrae que para la Cámara de Apelaciones del Estado de Texas, la titularidad de los derechos de propiedad intelectual, denominados como licencias en el derecho texano, son un bien ganancial, siempre y cuando el patentamiento o inscripción de la obra haya ocurrido durante el matrimonio. Para llegar a esta conclusión, la Cámara citó la jurisprudencia de otros Estado, como el fallo de la Suprema Corte de del Estado de Maine, *Rodrigue V. Rodrigue*, de fecha 9 de abril de 1997 y el fallo de la Suprema Corte del Estado de Kansas, *In re Monslow*, de fecha 8 de marzo de 1996:

Es incuestionable que, si estas patentes se hubieran obtenido durante el matrimonio, las patentes y los ingresos que generarían serían propiedad

comunitaria. En esto, nos uniremos a otras jurisdicciones en las que los tribunales tratan los ingresos de la propiedad intelectual creados durante el matrimonio como propiedad conyugal o comunitaria. Véase, por ejemplo, *In re Monslow*, 259 Kan. 412, 912 P.2d 735, 747 (1996) (el concepto de “Video on Demand” creado durante el matrimonio es propiedad conyugal); *acuerdo Rodrigue v. Rodrigue*, 218 F.3d 432, 443 (5th Cir.2000) (esposa con derecho a la mitad de los beneficios netos resultantes de las obras con derechos de autor creadas durante el matrimonio); *In re Perkel*, 963 S.W.2d 445, 451 (Mo.Ct.App.1998) (el software de computadora escrito por el esposo es propiedad conyugal); *Curtis contra Curtis*, 208 Cal.App.3d 387, 256 Cal.Rptr. 76, 78 (1989) (los futuros residuos de actuaciones durante el matrimonio son propiedad comunitaria); *In re Worth*, 195 Cal.App.3d 768, 241 Cal.Rptr. 135, 137 (1987) (la obra artística creada durante el matrimonio es propiedad comunitaria).

Ahora bien, no siendo este el objeto del litigio, esta opinión de la Cámara no es vinculante para otros fallos futuros, por no tratarse de una *legal rule* propiamente dicho. Pero sirve de referencia para poder conocer cual podría llegar a ser eventualmente la postura de una parte del Poder Judicial si un tema similar llegara a ser tratado.

En síntesis, de la jurisprudencia analizada, podemos concluir que el Estado de Texas es al día de hoy uno de los Estados más rígidos en cuanto a la postura de considerar a la propiedad intelectual en sí misma como un bien ganancial.

Sin perjuicio de ello, también podemos observar que al menos parte de la jurisprudencia de los Estados de Maine y Kansas, que forman parte de los nueve estados que cuentan con un sistema único de régimen patrimonial de ganancialidad, consideran que la propiedad intelectual es un bien ganancial.

Por otro lado, llama nuestra atención el carácter de bien propio que se le otorga por subrogación real a los productos del gas y el petróleo, cuando estos sean extraídos de otros bienes propios en el Estado de Texas. Probablemente esto se deba a la influencia que tiene la industria petrolera en Texas, ya que es una de las industrias más importantes de su Estado.

En cualquier caso, es una cuestión interesante para poder tratar el derecho comparado con Argentina, teniendo en cuenta las disposiciones del Código de Minería de nuestro país.

#### 16.4. Francia

El régimen patrimonial del matrimonio francés está regulado en el Código Civil, el cual prevé tres regímenes económicos matrimoniales. Estos son el régimen de gananciales, el régimen de separación de bienes y el régimen de participación en los bienes gananciales.

Vale aclarar que en Francia la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges difiere según la fecha de celebración del matrimonio. En tal sentido, quienes contrajeron nupcias con anterioridad a septiembre de 1992 están sujetos al derecho común, mientras que los que contrajeron después de tal fecha se rigen por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 en materia de legislación aplicable a los regímenes económicos matrimoniales, con excepción del régimen primario que sigue estando regulado por las disposiciones francesas con carácter imperativo (Rozalén Creus, 2019, p. 6).

A su vez, también es pertinente aclarar que en el derecho francés existen normas que regulan lo relativo a las cargas del matrimonio, a la actividad profesional de los cónyuges y a los poderes de los mismos, y son comunes a todos los regímenes matrimoniales. Estas normas constituyen un régimen primario, cuyas normas son consideradas de orden público y, en consecuencia, son imperativas y no están sujetas a la libre disposición de los cónyuges (Alarcón Palacio, 2003, p. 8).

En cuanto al carácter propio o ganancial de los bienes, los arts. 1401 y subsiguientes nos dan una primera aproximación de los mismos. El art. 1401 del código civil francés establece que la comunidad se constituye activamente de las adquisiciones hechas por los cónyuges juntos o por separado durante el matrimonio, y provenientes tanto de su industria personal como de los ahorros hechos en los frutos y rentas de sus propios bienes.

A su vez, el art. 1402 indica que todo bien, mueble o inmueble, se considera adquisición comunitaria si no se prueba que pertenece a uno de los cónyuges por aplicación de una disposición de la ley.

El artículo también aclara que si la propiedad es de las que no llevan en sí prueba o marca de su origen, la propiedad mueble del cónyuge, en caso de disputa, debe establecerse por escrito. Por lo que a falta de inventario u otra prueba preconstituida, el juez podrá tomar en consideración todos los escritos, en particular los títulos de familia, registros y documentos domésticos, así como los documentos bancarios y las facturas. Incluso puede admitir la prueba por testimonio o por

presunción, si encuentra que uno de los cónyuges estaba material o moralmente imposibilitado para obtener un documento.

En cuanto a los frutos, el art. 1403 establece que cada cónyuge conserva la plena propiedad de los bienes propios, mientras que la comunidad sólo tiene derecho a los frutos percibidos y no consumidos. Por lo que corresponde recompensa, a la disolución de la comunidad, por los frutos que el cónyuge haya dejado de cobrar o haya consumido fraudulentamente.

Ahora bien, para comprender si la propiedad intelectual es un bien propio o ganancial, dentro del régimen de comunidad francés, esta normativa debe ser analizada en conjunto con el código de propiedad intelectual francés, toda vez que Francia, al igual que España, tiene un código especializado en materia de propiedad intelectual. Esto significa, cuerpos normativos científica y estructuralmente independientes de la demás legislación.

En su art. L111-1 los parámetros de la teoría dualista de la siguiente manera:

El autor de una obra del intelecto humano goza sobre la misma, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad incorporeal exclusivo y oponible a todos. Este derecho comprende facultades de carácter intelectual y moral, al mismo tiempo que derechos de carácter patrimonial, determinados por los libros I y III del presente Código. La existencia o la conclusión de un contrato de alquiler de obra o de servicio por parte del autor de una obra del intelecto humano no implica menoscabo alguno del disfrute del derecho reconocido en el apartado primero.

En su art. L121-9, el Código de propiedad intelectual francés indica respecto a la propiedad intelectual en el matrimonio lo siguiente:

En todos los regímenes matrimoniales y so pena de nulidad de todas las cláusulas contractuales del matrimonio que pudieran oponerse, el derecho de divulgar la obra, de determinar las modalidades de su explotación y de defender su integridad será propio del cónyuge autor o de aquel de los cónyuges a quien tales derechos le hayan sido transmitidos. Este derecho no puede aportarse en dote, ni ser adquirido por la comunidad o por una sociedad de bienes gananciales. Las percepciones monetarias procedentes de la explotación de una obra del intelecto humano o de la cesión total o parcial del derecho de explotación, estarán sujetas al derecho común de los regímenes matrimoniales solamente cuando hayan sido adquiridas durante el matrimonio. De igual forma se regirán las economías realizadas por estos medios. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando el matrimonio haya sido celebrado con anterioridad al 12 de marzo de 1958. Las disposiciones legislativas relativas a la contribución de los cónyuges a las

cargas familiares serán de aplicación a los productos pecuniarios mencionados en el apartado segundo del presente artículo.

Debe tenerse en cuenta que según el art L122-1 “el derecho de explotación perteneciente al autor conlleva el derecho de representación y el derecho de reproducción” y que el art L122-2 indica que la representación consiste en la comunicación de la obra al público por cualquier medio.

Finalmente, destacamos que el art. L122-4 indica que toda representación o reproducción integral o parcial realizada sin el consentimiento del autor, o de sus derechohabientes o causahabientes, es ilícita.

Por lo tanto, de las normas y la doctrina seleccionada, podemos concluir que la propiedad intelectual en el régimen de comunidad francés es un bien propio del autor en su fase moral y patrimonial por igual, mientras que los frutos de la explotación periódica de la obra o invento, así como la cesión total o parcial del derecho de explotación, son gananciales sólo cuando hayan sido adquiridas durante el matrimonio.

#### 16.5. Chile

La Constitución Nacional de Chile reconoce desde el año 1833 la propiedad intelectual en su artículo 152, mediante la siguiente fórmula: "Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente".

Cabe destacar que esta Constitución perdió vigencia en el año 1861. Sin embargo, la actual Constitución Chilena, vigente desde 1980, reconoce con igual jerarquía la propiedad intelectual en sus artículos 24 y 25, por lo que Chile mantiene el espíritu de su legislación originaria en gran medida. Esto sin perjuicio de la reforma constitucional chilena que es objeto de debate al momento de escribir el presente trabajo.

El Código Civil de Chile en su artículo 584 señala lo siguiente: "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales."

A este respecto se debe tener presente que la ley especial en materia de derechos de autor y derechos conexos es la Ley N° 17.336 sobre Propiedad

Intelectual, toda vez que en 1970, Chile suscribió y ratificó la Convención de Berna. Esta Ley tuvo, a su vez, una importante reforma durante el año 2010, considerada por Paiva Véliz y Alvarez Valenzuela (2010) como “la más importante reforma a la ley de propiedad intelectual de los últimos 40 años” (p. 1).

Finalmente, el régimen patrimonial del matrimonio en Chile está regulado en el Código Civil, Libro Primero, de las Personas. Sin embargo, este texto nada dice sobre la propiedad intelectual, por lo que la interpretación de su norma es similar a la Argentina en el año 1966.

En cuanto a la Ley 17336 de propiedad Intelectual Chilena, no hay referencia al cónyuge ni a sus herederos. Su art. 1° indica que la ley “protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”.

La norma también agrega que “El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”.

A su vez, su art. 6 consagra los derechos morales sobre la obra al indicar que “Sólo corresponde al titular del derecho de autor decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra”, mientras que su art. 7 indica que “Es titular original del derecho el autor de la obra. Es titular secundario del derecho el que la adquiera del autor a cualquier título”.

## **17. Conclusiones**

El estudio detallado y pormenorizado de la historia legislativa de nuestro país, así como la evolución de la doctrina, los proyectos de Ley, la jurisprudencia y el derecho comparado, nos demuestran que la propiedad intelectual en el matrimonio es un tema complejo, que mantiene dividida a la comunidad jurídica en todos los países del mundo. Dicho de otro modo, no existe una solución universal aceptada por todos los autores de doctrina por igual.

Cabe destacar que incluso algunos de los mayores referentes de la postura a favor de la ganancialidad, como fueron Llambías (1969) y Mazzinghi (2006), cambiaron su postura a lo largo de la evolución de su obra.

Ahora bien, en cuanto a nuestra postura, estamos convencidos de que el carácter de bien propio de la propiedad intelectual es la solución más razonable y justa, además de ser la única compatible con nuestra Constitución Nacional y la buena práctica de los derechos de propiedad intelectual.

Esto se debe a que la normativa impuesta por el CCCN trae consigo una serie de problemas de imposible solución al intentar separar el derecho moral del económico, tornando impracticable la explotación de la obra, invento o marca en caso de discrepancia entre los cónyuges, aún durante la vigencia del matrimonio.

Otro de los grandes problemas que encontramos en esta postura es la imposibilidad de fijar precios para las compensaciones del art. 499 CCCN.

A esto hay que sumarle nuestra discrepancia en cuanto a los fundamentos de fondo de la doctrina que apoya esta norma, al asimilar a la propiedad intelectual con el fruto del trabajo.

En síntesis, si bien consideramos que la reforma impuesta por la Ley 17.711 no era perfecta, a raíz de algunos inconvenientes surgidos de su redacción, nuestra postura es que dicha normativa fue hasta el día de la fecha la más coherente y armónica que ha tenido vigencia en nuestro país.



## Capítulo V. La inconstitucionalidad del art. 464 inc. o CCCN

### 1. Introducción

La jerarquía constitucional, ya sea de una constitución formal y escrita, o de una norma fundamental meramente teórica, es un asunto de vital importancia para cualquier ordenamiento jurídico moderno. Especialmente cuando el Estado de Derecho cuenta con una organización republicana y democrática.

Previo a abordar el tema de la inconstitucionalidad de una norma determinada, me parece pertinente resaltar la importancia de la vigencia de la constitución y del imperio de la ley. Con buen criterio, aunque desde una perspectiva más afín a las ciencias económicas, Hayek (2006) apuntó:

El concepto de libertad bajo el imperio de la ley descansa en el argumento de que, cuando obedecemos leyes en el sentido de normas generales abstractas establecidas con independencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y, por lo tanto, somos libres. Puede afirmarse que las leyes y no los hombres imperan, por cuanto el legislador desconoce los casos particulares a los que sus prescripciones conciernen y también porque el juez que las aplica no tiene elección a la hora de formular las conclusiones que se siguen del cuerpo legal en vigor y de las particulares condiciones del caso que se juzga. La ley no es arbitraria, porque se establece con ignorancia del caso particular y ninguna voluntad decide la coacción utilizada para hacerla cumplir. Esto último, sin embargo, es verdad tan sólo si por ley significamos las normas generales y abstractas que se aplican igualmente a todos. Dicha generalidad probablemente es el aspecto más importante de ese atributo de la ley que hemos denominado 'abstracción'. Una ley verdadera no debe nombrar ninguna particularidad ni destacar especialmente ninguna persona determinada o grupo de personas (p. 202).

Ahora bien, en lo que respecta a esta tesis en general, y a este capítulo en particular, se planteará en las siguientes líneas la inconstitucionalidad de una norma vigente, que surge del análisis y los conocimientos acumulados en los anteriores capítulos de esta obra.

Para poder llegar a esa conclusión corresponde primero comprender el concepto de sistema jurídico constitucional, su jerarquía y el control constitucional de las normas, que tiene el fin de armonizar las leyes de un país.

## 2. Los sistemas jurídicos constitucionales y su importancia

La relación entre un sistema jurídico y una familia jurídica es una relación de género y especie. Entendemos que el sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas, costumbres e ideologías vigentes en un determinado país, mientras que la familia jurídica es el conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características.

En este contexto el sistema jurídico argentino pertenece, por sus características intrínsecas, a la familia jurídica romano germánica, la cual tiene por peculiaridad principal la existencia de constituciones nacionales en carácter de norma jerárquicamente superior, y la organización de la legislación de menor jerarquía por medio de la técnica de la codificación.

Como bien explican David y Jauffret Spinosi (2010) al respecto:

Los países de la familia romano-germánica cuentan con Constituciones políticas, códigos y múltiples leyes mientras que en otras épocas las reglas y soluciones jurídicas se les tenía que buscar en documentos que se presentaban de manera menos sistemática y que con frecuencia carecían de la sanción del poder soberano. Esta mutación de la técnica jurídica reviste sin duda una importancia capital; al desvanecerse la multiplicidad esteril y la incertidumbre peligrosa que con demasiado frecuencia ponía en predicamento la autoridad del antiguo derecho, permitió ir adaptando el sistema de derecho a las necesidades de nuestra sociedad moderna (p. 74).

El objetivo de esta organización jerárquica de la ley es evitar la anomía, mejorar la seguridad del sistema, facilitar la interpretación de las normas y evitar los defectos lógicos propios de los sistemas jurídicos, tales como la contradicción entre normas, la redundancia normativa, las lagunas jurídicas y la inoperancia normativa, siendo todos estos problemas lógicos que necesitan una resolución, con el fin de que el sistema jurídico funcione (Nino, 2015, p. 272).

El hecho de que exista un número limitado de normas con mayor jerarquía que el resto, en un sistema donde las demás normas de menor jerarquía están codificadas en códigos ordenados según la especialidad de la rama del derecho, pretende, al menos en la teoría, corregir los problemas de la anomia, la contradicción normativa y la redundancia normativa.

Estos objetivos específicos, cuyo objetivo último pretende ser evitar la anomía, tienen una importancia trascendente en la vida cotidiana de nuestra sociedad, toda vez que algunos autores como Nino (2005) afirman que el origen de la involución del

desarrollo argentino es la anomía, toda vez que “...el factor anómico opera por sí mismo en la generación de niveles bajos de productividad o eficiencia en la sociedad argentina” (p. 31).

Con anterioridad Weber (1905) indicaba en la misma dirección:

...el capitalismo industrial moderno racional requiere tanto de los elementos técnicos de cálculo del trabajo, como de un Derecho previsible y una administración conducida por reglas clásicas. Sin ello no deja de ser factible el capitalismo aventurero, comercial y especulador, así como toda clase de capitalismo político, si bien no hay posibilidades para la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro. Así, pues, tan solo el Occidente ha brindado a la vida económica un Derecho y una administración dotándolos de esta exactitud clásica técnico-jurídica (p. 6).

Por lo expuesto, y sin ánimos de profundizar en la economía del derecho, adherimos a las posturas que afirman que la seguridad jurídica de un determinado sistema jurídico reviste de una vital importancia, motivo por el cual sostenemos que el respeto de la jerarquía normativa de la constitución nacional, así como el respeto de la lógica interna del conjunto de normas, no deben ser tomados a la ligera a la hora de analizar el derecho.

### **3. La jerarquía de la Constitución Nacional y la seguridad jurídica**

Como bien explica De Ruiz (1997) en nuestro país rige el principio de la supremacía de la constitución, entendiendo que la norma de mayor jerarquía es formal, escrita y rígida. Por tal motivo se entiende que la norma suprema no puede reformarse, sino por medio de procedimientos especiales (p. 123).

En tal sentido los actos infractorios de la constitución no son válidos por su inconstitucionalidad, siendo la constitución una limitación al poder legislativo, así como al poder de los jueces (De Ruiz, 1997, p. 127).

Este sistema se justifica, según Sabsay (2010), en que la constitución nacional no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar determinados objetivos. En el caso de los autores del primer texto constitucional argentino, el objeto primordial era el de limitar el poder y el ejercicio del poder, bajo un marco racional-normativo rígido, siguiendo el concepto constitucional continental europeo (pp. 67-68).

En otras palabras, la rigidez de la Constitución Nacional es el límite formal de los distintos poderes del Estado, tanto nacional como local, ya que limita las potestades de sus actores, tales como los legisladores, jueces y presidentes, así

como para los individuos que actúan jurídicamente dentro del territorio nacional argentino. Por lo que las leyes de menor jerarquía, las sentencias judiciales, los actos administrativos y los contratos no pueden ir en contra de la norma que cuente con jerarquía constitucional.

Esta postura se ve expresada en el art. 31 CN mediante la siguiente fórmula:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

#### **4. El bloque de constitucionalidad**

La reforma constitucional del año 1994 introdujo en Argentina una novedad de notable relevancia, toda vez que se elevó por medio del art. 75 inc. 22 CN al rango de norma constitucional las disposiciones de una serie de tratados internacionales de derechos humanos.

Esta situación originó la teoría del bloque de constitucionalidad, la cual plantea que la Constitución Nacional Argentina no está formada sólo por las normas que están dentro del texto constitucional, sino también por las normas introducidas por estos tratados de derecho internacional, conforme los términos en que fueron ratificados por nuestro país, haciendo expresa mención de que la normativa internacional no deroga ningún artículo de la Constitución Nacional.

En sí misma, la reforma no trae mayores inconvenientes a la resolución de conflictos en materia de jerarquía normativa, toda vez que resulta claro que las normas de los tratados internacionales de derechos humanos son superiores a las normas vigentes en los códigos de derecho interno, como es el caso del Código Penal, el Código Civil y Comercial, el Código de Minería, o el Código Aeronáutico.

Sin embargo, la elevación jerárquica de estas normas trae consigo una fuente de conflicto novedosa cuando se trata de decidir dentro de una contradicción entre la norma constitucional y la norma del tratado con jerarquía constitucional.

Como bien explica Manili (2003) la solución será diferente si se la analiza desde la teoría dualista o desde la teoría monista, ya que para la teoría dualista el conflicto existente entre una norma de derecho interno y otra de derecho internacional es un conflicto entre dos sistemas jurídicos distintos e independientes, por lo que

prevalecerá siempre el derecho interno por una cuestión de soberanía. Mientras que para la teoría dualista, el conflicto existe dentro del mismo sistema jurídico, por lo que es la tarea del derecho nacional establecer cuál de las dos normas prevalecerá, según la normativa del derecho interno (p. 83).

Dicho de otro modo, desde la perspectiva monista la coexistencia de dos normas en conflicto, una superior y otra inferior, no es un problema ya que es el derecho interno el cual establece cual de estas normas tiene mayor jerarquía y cual es inconstitucional, toda vez que no existe en el derecho internacional un procedimiento idóneo para abolir las normas internas que le son contrarias al derecho internacional (Manili, 2003, p. 83).

A su vez, Bidart Campos (1996) indica que:

Al colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella desde dicha cúspide la que dispone cuál es la gradación jerárquica de dicho orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional - sea el general de los derechos humanos- y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado el derecho comunitario (p. 334).

Así, si la constitución nacional establece la prelación del derecho interno por encima del derecho internacional, en caso de conflicto entre las normas prevalecerá la norma de derecho interno. Por el contrario, si la constitución de un determinado país decidiera la prelación del derecho internacional, se aplicará la norma del derecho foráneo, aún si esto significa declarar inconstitucional una norma de la propia constitución de este país.

En el caso de la Constitución Nacional de Argentina la solución a esta problemática no es explícita. Sin embargo, la misma surge de la interpretación armónica del texto constitucional. Esto ha llevado a cierta controversia, la cual excede a la mera crítica que se le podría hacer a la teoría del bloque de constitucionalidad, siendo este un asunto que excede los alcances de la presente tesis.

Conforme el art. 31 CN, la Constitución Nacional es la ley suprema de la Nación Argentina, por lo que la solución en caso de conflicto entre una norma de derecho interno y una norma de derecho internacional pareciera ser clara.

Esta conclusión es acertada, máxime si tenemos en cuenta que el propio art. 75 inc. 22 CN indica que estos tratados fueron aprobados "...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera

parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Por lo que la superioridad de la Constitución Nacional está implícita en caso de contradicción.

Así lo entendió la CSJN el día 14 de febrero de 2017, en los autos caratulados “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, al indicar entre otros aspectos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tiene las facultades necesarias para revocar una sentencia firme de la CSJN, ya que eso implicaría privar a la CSJN de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 CN (p. 10).

Sin perjuicio de ello, Haro (2006) sostiene que CSJN ha realizado una presunción *iuris tantum* sobre la presunta armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución, pues la enorme extensión del articulado de los diez tratados de derechos humanos elevados por el art. 75 inc. 22 CN, y la vasta complejidad de las diversas temáticas abordadas toman, a criterio del autor, dudosos el minucioso cotejo y comprobación para investigar las posibles colisiones entre normas de los tratados y las normas constitucionales. Por lo que sólo se puede concluir que lo que está declarado por el constituyente en el art 75, inc. 22 CN es que los tratados no derogan ningún artículo de la Primera Parte de la Constitución (p. 29).

No obstante, lo dispuesto por la normativa constitucional, la jurisprudencia y la doctrina argentina, Midón (2017) sostiene una interpretación inversa en cuanto a la resolución del problema de jerarquía normativa, basada no tanto en la interpretación del texto constitucional, sino en su postura filosófica del derecho. Según este autor, en caso de conflicto entre normas se debe velar por la armonización de las mismas, y en caso de resultar imposible debe aplicarse la supremacía de los tratados internacionales mediante el principio *pro homine*, privilegiando la norma más favorable para las personas (p. 65).

Esta postura es compatible con la de otros autores del derecho foráneo, como es el caso de Kelsen (1920), que plantea que en caso de conflicto entre la norma jurídica nacional y la internacional, debe prevalecer siempre el derecho internacional (p. 629).

En contraposición, se le adjudica al derecho soviético la postura de la primacía del derecho interno, basado en que el derecho internacional depende de su reconocimiento por parte de los órganos del Estado (Moncayo, 1985, p. 54).

Por nuestro lado, consideramos que en caso de existir un conflicto entre dos normas de jerarquía constitucional, siendo una de derecho internacional y otra de derecho interno, debe prevalecer la del derecho interno. Ya que en última instancia es la norma de derecho interno la que indica cuál es el grado jerárquico de todo el ordenamiento jurídico, por lo que la aplicación de la norma externa sería una pérdida de soberanía nacional.

Por otro lado, la aplicación del principio *pro homine* nos parece especialmente vaga y ambigua, ya que todos los conflictos judiciales que ocurren dentro del derecho privado son conflictos entre personas humanas, incluso si éstas formarían parte de una persona jurídica. Por lo que el principio *pro homine* sólo sería aplicable en casos ventilados dentro de la esfera del derecho público, al tratarse de conflictos entre el individuo y el Estado, más no dentro del derecho privado, donde se ventilan conflictos entre iguales.

Es por ello que resultando que la jerarquía superior del derecho interno es una cuestión de soberanía del ciudadano, representado democráticamente por el legislador constituyente, y que dicha prevalencia surge del propio texto constitucional, ratificado por la CSJN, consideramos que la norma que debería prevalecer en este tipo de conflictos normativos es la de derecho interno, y no la del derecho internacional.

## **5. El proceso de constitucionalización del derecho privado en el CCCN**

En conjunto con el análisis de la teoría del bloque constitucional, debe tenerse en consideración también la introducción del proceso de constitucionalización del derecho privado, por medio del art. 1° del CCCN del año 2015. La norma aludida resalta la jerarquía constitucional mediante la siguiente fórmula:

Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Si bien a nuestro criterio esta norma es redundante, toda vez que la jerarquía normativa ya había sido resuelta por la propia constitución nacional en el año 1853, expandida con la reforma constitucional del año 1994, lo cierto es que la introducción de este artículo ha abierto la puerta a un debate que afecta sin la menor de las dudas la forma en que algunos autores entienden al derecho privado.

A modo de ejemplo, resaltamos la postura de Alegre (2014) que afirma que la constitucionalización del derecho privado es una oportunidad para alcanzar “estándares de justicia distributiva” dentro del derecho privado (p. 57).

También podemos resaltar la postura de Caramelo (2015), quien ve en el proceso de constitucionalización del derecho privado una herramienta interpretativa a favor de la legislación de derechos humanos:

De este modo, la aludida ‘constitucionalización del derecho privado’, además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos, y a la par, cómo debe ser la labor interpretativa ante las lógicas lagunas del derecho, sobre todo ante una sociedad que cada vez es más dinámica (p. 11).

Por nuestro lado, si bien coincidimos con estas posturas y el espíritu del art. 1° CCCN, en cuanto a que la Constitución Nacional es la norma de máxima jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual el resto de la normativa resulta inferior, y en consecuencia esta debe adaptarse al texto constitucional; también mantenemos nuestras reservas al ver en los postulados de doctrina recientemente citados una fuente de peligro interpretativo, la cual podría desnaturalizar las propias bases del derecho privado, en su carácter de la normativa aplicable en conflictos entre iguales.

En tal sentido, adherimos a la advertencia hecha por Arrubla Paucar (2010), que hace mención de los riesgos de la constitucionalización del derecho privado:

... los riesgos de la constitucionalización del derecho privado, mediante la aplicación del Neoconstitucionalismo, teoría que plantea que el derecho, además de reglas, comprende una serie de principios y valores, los cuales amplían el horizonte de la validez del mismo. La Constitucionalización del Derecho Privado, requiere de una adecuación, ya que las bases del clásico



Estado liberal sobre el cual se erigió, hoy se encuentran superadas por el nuevo Estado Constitucional; pero, dicho proceso podría conducir a una infraconstitucionalización, al pretender encontrar en la Constitución todas las soluciones, prescindiendo de las demás normas. El Derecho Privado ha aportado a la evolución del derecho constitucional y, el mismo, debe ser pasible de transformaciones, que atiendan la Justicia y la convivencia pacífica; pero, ese cambio debe hacerse sobre la base científica del mismo, para no caer en el error de llegar a su trivialización (p. 1).

Aclarada esta preocupación, que sólo el tiempo dirá si es fundada o infundada, analizaremos a continuación el sistema de control constitucional de nuestro país.

## **6. El modelo dogmático del legislador racional**

La principal técnica que permite la armonización de un ordenamiento jurídico, con el fin de reformular el derecho positivo bajo la estructura de los principios e ideales que expone la Constitución Nacional de un país, es el modelo dogmático del legislador racional.

En palabras de Nino (2015) este modelo propone considerar al legislador como un ser único, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprendivo y preciso, con el fin de adecuar el derecho positivo a ciertos estándares axiológicos vigentes (pp. 328-329).

A nuestro criterio, este modelo obliga a los jueces a fallar en base a un método lógico que los obligue a buscar la armonización de la ley de menor jerarquía en función de la ley superior, obviando los aspectos coyunturales y los defectos del sistema jurídico, en favor de otorgar en sus obrar soluciones que permitan mejorar la seguridad jurídica, con una jurisprudencia predecible que se ajuste a la ideología imperante en una determinada sociedad.

Esta justificación filosófica es a su vez la que permite la operatividad del sistema de control constitucional.

## **7. El sistema de control constitucional en Argentina**

Como ya hemos explicado precedentemente, la Constitución de un país es su ley suprema y constituye una limitación formal al accionar político de los tres poderes del estado republicano y democrático.

En ese contexto resulta trascendente verificar que aquella ley fundamental se cumpla, siendo que la cuestión principal radica en hacer que la supremacía constitucional no termine siendo sólo una expresión de deseos meramente formales, para convertirse en un límite real, concreto y tangible de equilibrio democrático en la república y limitación del poder del Estado Nación.

Es aquí donde aparece la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad como pilar esencial, y remedio de carácter jurídico, en caso de contradicciones entre la norma de mayor y menor jerarquía.

Al respecto Sabsay (2010) distingue a los diferentes sistemas de control constitucional en función del órgano de control, pudiendo ser estos jurisdiccional, cuando es ejercido por los jueces del país, o político, cuando el control depende de un órgano no judicial (pp. 79-80)

Además, estos sistemas pueden ser difusos, cuando todos los integrantes del Poder Judicial ejercen el control de constitucionalidad, o concentrado, cuando hay un sólo órgano jurisdiccional único y específico al que se le reserva la competencia exclusiva de ejercer esta función (Sabsay, 2010, pp. 81-82).

El sistema argentino de control de constitucionalidad, a diferencia del sistema europeo, es jurisdiccional y difuso porque todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden llevarlo a cabo (Lopez, 1996, p.1).

En cuanto al efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, la sentencia que declara la inconstitucionalidad se limita al caso resuelto, haciendo efecto sólo entre las partes actuantes en la causa, descartando así la aplicación de la norma entre ellas, y dejando subsistente la vigencia de la norma fuera del caso resuelto. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la ejemplaridad de las sentencias de la Corte Suprema son proyectadas frecuentemente más allá del caso resuelto, no produciendo la derogación de la o las normas declaradas inconstitucionales, pero logrando reiteración del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales inferiores, en razón de la analogía (Guadagnoli, 2013, p. 3).

En otras palabras aunque la regla sea que la declaración de inconstitucionalidad se limita al caso resuelto en particular, la ejemplaridad de las sentencias de la CSJN proyecta sus efectos más allá del caso, llegando a obtener incluso una modificación, más no derogación, de las normas declaradas inconstitucionales (Lopez, 1996, p.2)

## **8. El vicio de la inconstitucionalidad**

Los sistemas jurídicos no son perfectos, toda vez que son creaciones humanas y como tal son falibles. Es común que existan errores lógicos en la normativa vigente de un determinado país, tales como lagunas, leyes vagas o ambiguas y contradicciones entre normas. Vamos a centrarnos en este último problema.

Como bien explica Nino (2015) hay una contradicción entre normas cuando dos normas distintas arrojan soluciones incompatibles entre sí para un mismo caso (p. 272).

Esta contradicción puede ser total o parcial. En cualquier caso la solución ofrecida por los juristas es la aplicación de principios del derecho, tales como el principio de *lex superior*, que indica que la ley de mayor jerarquía prevalece frente a la de menor jerarquía; el principio de *lex posterior*, que supone que la ley más nueva deroga la más vieja; y el principio de *lex specialis*, que le da preferencia a la norma más específica (Nino, 1980, pp. 274-275).

Cuando hablamos de derechos con jerarquía constitucional la solución que prevalece es la del principio de *lex superior*, ya que, como bien explicamos en un anterior apartado de esta tesis, en Argentina se entiende que la jerarquía constitucional ubica a la Constitución por encima de todo el ordenamiento normativo.

Esto significa considerar que las disposiciones de este texto son la Ley Suprema del Estado y el fundamento del sistema jurídico. Por lo que sus normas no pueden ser contradichas por otras leyes, sin importar su especialidad o novedad, toda vez que según el art. 31 CN la constitución es la ley suprema de la nación.

En esta inteligencia aparece como remedio judicial el vicio de la inconstitucionalidad. Esta figura apareció por primera vez en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en Estados Unidos, en el año 1803.

En tal oportunidad Marshall (1803) determinó que aquellas normas que gocen de jerarquía constitucional no pueden ser contradichas por una norma de menor

jerarquía, toda vez que la constitución gobierna tanto la conducta de la legislatura como la de los jueces:

Es una afirmación demasiado fundamental como para ser controvertida el que o bien la constitución controla cualquier acto legislativo contrario a ella, o bien la legislatura puede modificarla a través de actos ordinarios. Entre estas dos alternativas no existe punto intermedio. La constitución es o bien una norma superior y dominante, inmodificable a través de medios comunes, o bien se encuentra en el mismo nivel con los actos legislativos corrientes y, como ellos, puede ser alterada cuando la legislatura así lo desea. Si un acto de la legislatura, contrario a la constitución, se encuentra viciado, ¿puede no obstante su invalidez tener fuerza obligatoria en los tribunales y obligar a los jueces a otorgarle efectos? O, en otras palabras, pese a no ser derecho, ¿instituye una regla tan operativa como si fuese derecho? Esto sería tanto como destruir en los hechos lo que ha sido establecido por la teoría, y parecería a primera vista un absurdo demasiado grosero como para que se insistiera en él (Marshall, 1803, p. 137).

Y siguiendo este razonamiento dictaminó:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (Marshall, 1803, p. 304).

Esta solución resultó compatible con nuestra legislación ya que, según explica De Ruiz (1997), en nuestro país rige el principio de la supremacía de la constitución, entendiendo que la norma de mayor jerarquía es formal, escrita y rígida, en el sentido de que no puede reformarse, sino por medio de procedimientos especiales. En tal sentido, los actos infractorios de la constitución no son válidos, por su inconstitucionalidad, siendo la constitución una limitación al poder legislativo, así como al poder de los jueces (pp. 123 - 127).

En Argentina, al igual que en Estados Unidos, el control constitucional carece de previsión normativa, razón por la que fue la jurisprudencia la encargada de crear este remedio de derecho de fondo (Guadagnoli, 2013, p.1).

En particular fue por medio del fallo “Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación”, del año 1865, donde la

CSJN de Argentina decidió por primera vez arrogarse esta atribución.

Ahora bien, previo al análisis de la norma objetada en el presente trabajo, corresponde estudiar el alcance y significado de la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Es pertinente hacer notar que se debe presumir la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Por lo tanto, la inconstitucionalidad de la norma debe ser probada y debidamente fundamentada.

En tal sentido la declaración de inconstitucionalidad de una norma vigente implica una solución de gravedad institucional significativa, motivo por el cual la CSJN mantiene un criterio de prudencia, por lo que subsiste la directiva que indica que la declaración de inconstitucionalidad es de *último ratio* del sistema. En otras palabras, sólo debe declararse la inconstitucionalidad cuando un tribunal no tenga otro remedio (Midón, 2017, p. 23).

### **9. Los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una norma, según Midón**

En cuanto a los presupuestos de inconstitucionalidad, con buen criterio Midón (2017) expone una lista de once presupuestos que deben observarse para la declaración de inconstitucionalidad de una norma o acto (pp. 26 - 46).

Esta lista surge del análisis minucioso de decenas de casos jurisprudenciales de la Corte Suprema y las Cámaras de los distintos fueros y jurisdicciones, sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer a esta enumeración.

El primero de estos presupuestos es la necesidad de existencia de un caso judicial, ocurrido cuando una persona demanda a otro, y en ese contexto alguna de las partes considera que se ve vulnerado por una norma un derecho con jerarquía constitucional (Midón, 2017, pp. 27-29).

La preexistencia de un caso concreto, tal como analizaremos con mayor profundidad en los siguientes apartados de este capítulo, tiene expresa relación con el art. 2° de la Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, el cual establece la prohibición de los Jueces de actuar de oficio.

El segundo presupuesto indica que los jueces no deben expedirse cuando la cuestión deviene abstracta, toda vez que no existe un conflicto a resolver entre las partes (Midón, 2017, pp. 29-30).

Para fortalecer este punto Midón (2017) se refiere al fallo 193:524 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual indica que donde no hay discusión real entre el actor y el demandado, la causa debe ser considerada abstracta y de imposible resolución para la Corte (p. 29).

Sin embargo, cabe resaltar que este presupuesto no siempre es respetado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un buen ejemplo de ello es el fallo del caso F.A.L., de fecha 13 de marzo de 2012, en donde la Corte se alejó de este criterio al resolver sobre un caso devenido abstracto de la siguiente manera:

No resulta un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la circunstancia de que los agravios carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva solicitada por una mujer -menor- que fue violada, pues las cuestiones relacionadas con el embarazo, o su eventual interrupción, jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso, por lo que, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas, aún sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro. (Sumario Id SAIJ: FA12000021).

Contrario a lo expuesto por Midón, puede argumentarse que la Corte se ha apartado del presupuesto de la abstracción por las particularidades de cierto caso concreto, siendo este un argumento viable, toda vez que no puede desconocerse que existe al menos un antecedente de la Corte que habilitó el apartamiento de este principio, y que habilitó la posibilidad de resolver sobre un caso abstracto, por decisión del máximo tribunal de nuestro país.

No obstante, consideramos que la falta de abstracción es un límite que debe ser tenido en consideración, con el fin de respetar la división de poderes republicana, y evitar que el Poder Judicial legisle mediante su jurisprudencia.

Siguiendo con los presupuestos enlistados por Midón (2017), el tercer supuesto es que no corresponde el control de oficio de la constitucionalidad de la norma (pp. 31-34).

Este criterio se ha aplicado en diversos fallos de la CSJN, tales como “Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional”, del 30 de Abril de 1941, en donde la Corte indicó que:

Los actos administrativos, como actos de autoridad emanados del P. E. tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad

administrativa; su nulidad no puede ser declarada de oficio por los jueces y sólo puede ser pedida por las personas afectadas; todo lo cual no cambia, sin embargo, la naturaleza de la nulidad ni convierte en relativa a la que es absoluta. (Sumario, Id SAIJ: FA41000000).

En la misma dirección, en el año 2001 la CSJN indicó en el fallo “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa” que:

... corresponde señalar que, de conformidad con antigua doctrina de esta Corte, los jueces no están facultados para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Fallos: 282:15; 289:89; 303:715; 305:302 y 2046; 306:303; 310:1090 y 1401; 311:1843, entre otros). Dado que el a quo declaró la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 apartándose del principio referido, y que, por otra parte, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 4558 sin reparar en que esta declaración importó pronunciarse de oficio en contra de la validez de la ley nacional 23.982 -cuyos preceptos la ley provincial invalidada reprodujo-, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido (p. 58 del fallo).

Vale aclarar, sin embargo, que esta postura no es unánime. En el apartado 12 de este capítulo analizaremos la postura de Zarini, quien afirma que el control constitucional de oficio está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, así como un fallo de la CSJN que hace lugar a esta excepción.

Volviendo con los presupuestos expuestos por Midón, los siguientes enumerados en su lista son más pacíficos, ya que no cuentan con mayores oposiciones de la doctrina y la jurisprudencia.

El cuarto presupuesto es que todas las normas y actos son susceptibles de escrutinio judicial, motivo por el cual pueden ser declaradas como inconstitucionales (Midón, 2017, pp. 34-37).

El quinto presupuesto es que para estar legitimado para instar el control de constitucionalidad, el afectado debe demostrar de manera inequívoca y clara el agravio que invoca contrario al orden jerárquico constitucional (Midón, 2017, pp. 37-39).

El sexto presupuesto es la prohibición de la administración, o sea, del Poder Ejecutivo, de ejercer el control de constitucionalidad. No sólo eso, sino también el hecho de que este poder del Estado debe estar vedado de hacer planteos de inconstitucionalidad, con el fin de respetar la división de poderes y permitir los controles republicanos (Midón, 2017, pp. 39-40).

El séptimo presupuesto es que la declaración de inconstitucionalidad es una solución de última ratio, ya que la norma se presume válida, y no es hasta la declaración de inconstitucionalidad que la misma pierde su vigencia para el caso concreto. Además, esta solución le está vedada al poder ejecutivo (Midón, 2017, pp. 40-41).

Este presupuesto se analiza con mayor precisión en el apartado 9 del presente capítulo, a donde remitimos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias en este capítulo.

El octavo presupuesto es que la declaración de inconstitucionalidad produce un efecto que se circunscribe al caso concreto, con excepción de aquellos casos donde se debate el juzgamiento de intereses colectivos (Midón, 2017, pp. 41-42).

Este presupuesto de manera más amplia en el apartado 8 de este capítulo, a donde remitimos.

El noveno presupuesto se relaciona con los anteriores, e indica que los actos públicos se presumen válidos, y mantienen esta presunción hasta la existencia de un fallo que dicte su inconstitucionalidad (Midón, 2017, p. 42).

Consideramos que este presupuesto es particularmente útil, toda vez que no sería lógico, y aportaría una enorme carga de inseguridad jurídica, contar con un sistema que no se presume válido a sí mismo.

Como bien explica Lopez (1996), este presupuesto se relaciona íntimamente con la limitación señalada por la Corte respecto a la prohibición de juzgar el mérito intrínseco de las leyes y de su justicia en abstracto, toda vez que se así se contravendría la recíproca independencia de los poderes del Estado. De ahí que las leyes deban reputarse constitucionalmente válidas en tanto no exista sentencia de tribunal competente que resuelva lo contrario (p. 1).

El décimo presupuesto es que no resulta ser función de los jueces “juzgar la bondad de la ley”. Por el contrario, “su función se limita a examinar el grado de compatibilidad de esas normas con la norma de mayor jerarquía que es la Constitución” (Midón, 2017, p. 43).

La claridad de este presupuesto es probablemente, a nuestro entender, el mayor aporte de Midón a la teoría del control de constitucionalidad, ya que lamentablemente esta limitación no siempre es respetada por el Poder Judicial a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una norma.



En tal sentido, hemos criticado en anteriores trabajos el fallo “L. F. F. c. S. C. O. s/filiación”, no por sus implicancias sociales o morales, sino por el hecho de que la Jueza interviniente declaró la inconstitucionalidad de una norma del CCCN sólo y exclusivamente por considerarla, a su exclusivo criterio, injusta (Azar, 2021, p. 4).

El mayor inconveniente con esta falta de límites por parte del Poder Judicial es que se vulnera la división de poderes y la voluntad popular, toda vez que el fallo judicial se convierte de esta manera en una herramienta legislativa, y no es una solución para el conflicto entre iguales.

En tal dirección, la CSJN indicó en el caso "D. José Caffarena c/ El Banco Argentino del Rosario de Santa Fe s/ conversión de billetes" (Fallos: 10:427), con sentencia del día 21 de septiembre de 1871:

Si los tribunales pudieran juzgar del mérito intrínseco de las leyes y de su justicia en abstracto, saliendo de sus atribuciones que son 'jus dicere', 'no jus condere', juzgar según las leyes y no juzgar de las leyes, quedarían superpuestos al Poder Legislativo, cuyas resoluciones podrían diariamente invalidar a pretexto de que no eran ellas conformes a la justicia, viniendo a tener al fin, contra las disposiciones expresas de la Constitución que consagran la recíproca independencia de los Poderes, la parte más importante en la sanción de las leyes, que necesitarían obtener, en tal caso, la final aprobación de los jueces para adquirir su fuerza obligatoria.

En el mismo sentido, pero con una perspectiva más contemporánea, la jurisprudencia argentina el 31 de marzo de 2010, manifestó al reafirmar la limitación positivista que sostiene la función republicana del Poder Judicial que:

Cuando existe una ley cuyo texto es claro y expreso, esta ley deber ser aplicada estrictamente y en el sentido que resulte de sus propios términos, aun cuando pareciera injusta: el juez es un ministro de la ley para aplicarla tal cual es y no para juzgar su bondad o su justicia; ni el juez ni el intérprete, pueden eludir la aplicación de una ley clara, so pretexto de penetrar su espíritu. (Sumario del fallo, 31 de Marzo de 2010, Id SAIJ: SUQ0025810).

En resumidas cuentas, coincidimos con Midón en cuanto a la limitación de carácter positivista que deben tener los tribunales a la hora de dictar la inconstitucionalidad de una norma, toda vez que no es su función vigilar la virtud de estas normas, sino su congruencia con el resto del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el onceavo y último presupuesto descrito por Midón (2017) indica que los tribunales administrativos son susceptibles de recurso judicial (p. 43).

Este presupuesto no afecta al derecho privado, motivo por el cual obviaremos su profundización.

## 10. Cuestiones no justiciables

Si bien Midón no lo tuvo en cuenta en su enumeración, corresponde hacer una especial mención a la existencia de una doctrina que limita el obrar judicial por medio de la existencia de cuestiones no justiciables.

Esta limitación sostiene que existen materias que corresponden exclusivamente a los poderes políticos, y que en consecuencia sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas ante los estrados judiciales (Sabsay, 2010, p. 89).

Así lo explica Lopez (1996):

El fundamento de las cuestiones no justiciables es, en primer lugar, la división de poderes de raíz constitucional y la necesidad de evitar que el Poder Judicial intervenga en asuntos que no son de la esfera de su competencia. La autorrestricción judicial, aparece aquí como medio de protección de la integridad de la competencia de los poderes políticos. Por otra parte, el criterio funcional alude a ciertas incapacidades propias de la judicatura para hacer frente a reclamos cuya petición es propia del conocimiento de los poderes políticos. Es evidente que una de las características más típicas de los planteos que conllevan las cuestiones no justiciables es requerir de los tribunales decisiones que, planteadas por una sola persona, exigen sin embargo un pronunciamiento sobre una cuestión que atañe a un grupo determinado de individuos, cuando no a toda la colectividad. El primer inconveniente es, así, la legitimidad procesal de quien formula el reclamo. En estos casos, el Poder Judicial, se abstiene, no tanto por la naturaleza del acto en sí, que puede ser política o no, sino porque la persona individual que ejerce la pretensión impugnatoria no está limitada, como tal, dado que la decisión impugnada es de carácter colectivo y el accionante carece de un interés legítimo para hacerlo. La Corte ha aplicado este criterio en el caso 'Constantino Lorenzo' 'en que un particular impugnó la constitucionalidad del Tratado celebrado con Chile sobre el Beagle'. (p. 1).

Vale aclarar que esta postura no es pacífica, toda vez que autores como Sabsay (2010) indican que siempre que se afecten derechos subjetivos la norma o acto estará sujeta a revisión judicial (p.90).

Por nuestro lado coincidimos con Sabsay y consideramos que las cuestiones no justiciables no son propias del derecho privado, sino más bien del derecho público y especialmente propias del derecho internacional público. Motivo por el cual este criterio debe ceder en los casos donde se presenta un conflicto de derecho privado, toda vez que el mismo excede la órbita de exclusividad de la política.

## 11. Efectos de la inconstitucionalidad de una norma en Argentina

La República Argentina adoptó un sistema de control constitucional judicial, difuso y limitado.

Entendemos que el sistema de control constitucional es judicial, toda vez que el mismo está a cargo del Poder Judicial. A su vez el control es difuso, porque en nuestro país todos los jueces, tanto nacionales como provinciales, ejercen el control de constitucionalidad, declarando la ineficacia de la norma o la ineficacia de un acto. Pero corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su rol de tribunal jerárquico, ser el último intérprete del texto constitucional (Zarini, 2017, pp. 136-137).

Por otro lado, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma es limitado o restringido. Esto se debe a que la declaración sólo produce efectos en el pleito que se resolvió, sin que pueda ser alegada por terceros ajenos a aquel (Zarini, 2017, p. 137).

En palabras de Sabsay (2010) al tratarse de un control constitucional difuso, el pronunciamiento de inconstitucionalidad carece de efectos derogatorios o *erga omnes*, por lo que sus efectos sólo se aplican entre las partes del litigio. Así, la potestad del Poder Judicial se limita a invalidar la aplicación de la norma en el caso concreto (pp. 88-89).

No obstante, esta última regla cede un poco cuando se trata de casos de incidencia colectiva, toda vez que si bien no se regula la norma, resulta imposible la aplicación para un sólo caso (Midón, 2017, p. 41).

Cabe aclarar que este efecto no significa que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma determinada no pueda ser utilizada desde un punto interpretativo. En todo caso significa que carece de obligatoriedad, permitiendo que la jurisprudencia sea un recurso argumentativo tan útil o válido como lo es la doctrina, pero con una jerarquía inferior a la ley.

Esto se debe a que la jurisprudencia, al igual que la doctrina, es en sí misma una fuente alternativa o subsidiaria del derecho, por su función interpretativa de la norma que goza de obligatoriedad. En otras palabras, puede afirmarse desde una posición racionalista que la jurisprudencia no es una fuente de derecho en sí misma (Diaz, 1988, p. 8).

Dicho de otro modo, en palabras de Aparisi Miralles (1992), podemos definir la jurisprudencia al afirmar que “Desde un punto de vista amplio sería jurisprudencia la

doctrina que emana de cualquier Tribunal, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho” (p. 250).

En resumidas síntesis, en el sistema argentino la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede ser hecha por cualquier miembro del poder judicial, pero su efecto de obligatoriedad sólo será aplicable al caso concreto. Mientras que su función interpretativa podrá ser utilizada para fundamentar otros fallos similares, del mismo modo que podría hacerlo un artículo de doctrina.

## **12. La inconstitucionalidad como remedio judicial de última ratio para el caso concreto**

Conforme adelantamos en el apartado 7, teniendo en cuenta la gravedad institucional que significa la declaración de inconstitucionalidad de una norma vigente, Midón (2017) remarca que la Corte mantiene un criterio de prudencia, por lo que subsiste la directiva que indica que la declaración de inconstitucionalidad es de último ratio del sistema. Razón por la cual sólo debe declararse cuando un tribunal no tenga otro remedio (p. 23).

Esto significa que, en principio, no se puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma sin que se plantee un caso concreto. Así lo resolvió la CSJN de Argentina en el fallo Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación, del año 1865:

Es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.

A su vez en la sentencia ya mencionada del 30 de Abril de 1941, en el caso Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional, la CSJN reiteró su postura, afirmando que los jueces no pueden declarar nulidades de oficio, ni controlar por su propia iniciativa los actos legislativos ni los actos administrativos, ya que eso provocaría un desequilibrio de los tres poderes del Estado (p. 155 del fallo).

En el fuero civil y la jurisprudencia de menor jerarquía, podemos destacar el fallo del 4 de septiembre de 2008 de la Cámara Nacional Civil, Sala J, en los autos caratulados “Mazzia, Antonia y otros c/ Luraschi Galdino Merardo s/ Desalojo por falta de pago”, Relación 513.476:

Al respecto, se recuerda que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ‘última ratio’ del orden jurídico (conf. CSJN Fallos 315:923). Se trata de una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (CSJN Fallos 316:2624), en tanto no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Ley Fundamental si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de menor jerarquía (CSJN Fallos 312:2315).- Para ello el interesado en la declaración de inconstitucionalidad debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo gravamen y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto (C.S.J.N. Fallos 310:211;314:495). Estos extremos no pueden considerarse satisfechos cuando -como ocurre en la especie- la argumentación efectuada no reúne los requisitos mínimos que son exigibles en estos casos (C.S.J.N., V.61, ‘Videla Cuello, Marcelo s/ suc. c/ La Rioja Pcia. de s/ daños y perjuicios’, sentencia del 27 de noviembre de 1990).-

Sin embargo, si bien esta postura ha sido ratificada por la CSJN y las distintas Cámaras de prácticamente todos los fueros, es pertinente hacer notar que la misma no es pacífica, y no siempre se aplica este criterio por parte de nuestros tribunales. Por lo que resulta necesario aclarar que el debate en torno a la necesidad de un caso concreto, en contraposición con la posibilidad de dictar la inconstitucionalidad de oficio, es amplio y rico, tal como veremos en el siguiente apartado de esta obra.

A modo de ejemplo resaltamos el fallo del 13 de noviembre de 2008, de la Cámara Nacional Civil, Sala L, en los autos “Moreno, María Mercedes c/ Espindola, Raúl Óscar y otros s/ daños y perjuicios - ordinario”, en donde se declaró sin petición de parte la inconstitucionalidad del art. 118 de la ley 17.418, por irrazonable y contradictoria con las leyes de defensa del consumidor, justificando la resolución sin petición de parte mediante los siguientes argumentos:

Es lugar común que la declaración de inconstitucionalidad es acto de suma gravedad institucional, la ‘última ratio’ del orden jurídico. Pero en épocas de marcada fragilidad institucional, muy por el contrario los jueces estamos en el deber - aún sin petición de parte- de señalar la inadecuación de leyes y normas inferiores a la Constitución, cuando su aplicación al caso repugna los preceptos de la norma superior. De lo contrario haríamos caso omiso al juramento de cumplir y hacer cumplir la ley máxima, siendo como es mucho más grave

institucionalmente que un juez abdique de las potestades que le son inherentes al balancear y resolver el conflicto entre normas de diferente jerarquía.-

Vale aclarar que el art. 2 de la Ley 27 dispone que los tribunales federales sólo ejercen su jurisdicción en casos contenciosos. Esta norma dispone desde el año 1862, con vigencia hasta nuestros días que el poder judicial “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.”

Al respecto indica Guadagnoli (2013) que hasta el año 1985 se le daba una interpretación muy rígida a la limitación del caso contencioso de la Ley 27, ya que sólo configuraba un caso de esa índole aquél donde las partes contrapuestas disputan intereses contrarios, con la posibilidad de que exista una sentencia condenatoria que reconociera un derecho, a cuya efectividad obsta las normas que se impugnan como inconstitucionales. Sin embargo, a partir del año 1985 se empieza progresivamente a elastizar el concepto rígido de caso contencioso, aunque sin abandonarlo del todo, al admitir la existencia de acciones de inconstitucionalidad (p. 3).

En cualquier caso, debe tenerse siempre presente que la declaración de inconstitucionalidad es un remedio extremo del control jerárquico, donde se prioriza la norma de mayor jerarquía por sobre la norma de menor jerarquía.

Motivo por el cual, a nuestro criterio, el remedio de la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo puede ser aplicado cuando no se pueda aplicar otro remedio menos extremo, que no signifique la derogación de una norma, así sea para el caso concreto.

Dicho de otro modo, la declaración de inconstitucionalidad sólo corresponde cuando no pueda existir otra solución que pueda otorgar un resultado similar, sin violentar el ordenamiento jurídico de menor jerarquía.

### **13. La inconstitucionalidad de oficio**

Llegado a este punto del análisis corresponde hacer una breve reflexión sobre la posibilidad de dictar una resolución que imponga la inconstitucionalidad de oficio de una norma en la República Argentina.

Zarini (2017) manifiesta su apoyo a esta posibilidad, en desacuerdo con la doctrina que afirma que no le es posible al Poder Judicial declarar de oficio la

inconstitucionalidad de las normas nacionales vigentes. Según este autor, esta postura priva al juez de efectivizar el adagio *iura novit curia*, en su función de interpretación y ampliación del derecho (p. 211).

Para este autor es el deber del magistrado velar por la supremacía de la constitución que impone el art. 31 CN, por lo que procede la declaración de inconstitucionalidad de oficio, toda vez que el magistrado debe aplicar el derecho según su saber, sin hallarse sujeto a los errores u omisiones de las partes (Zarini, 2012, p. 212).

Finalmente, Zarini (2017) afirma que su posición está sustentada en el fallo 33:162 de la Corte Suprema, que sostiene que es deber de los juzgados comparar la norma de menor jerarquía con la norma constitucional, absteniéndose de aplicar la norma de menor jerarquía en caso de contradicción (p. 212).

En la misma dirección que los postulados de Zarini, la CSJN resolvió el 27 de noviembre de 2012, en el fallo “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, que el Poder Judicial se encuentra habilitado dentro del marco constitucional vigente para declarar de oficio, sin que la parte interesada lo haya solicitado, la inconstitucionalidad de una norma (p. 7).

El decisorio contó con el voto de la mayoría, compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, sumado al voto concurrente del Fayt. Este último agregó que es el deber de los magistrados efectuar el examen de constitucionalidad de las normas en la medida en que ese mecanismo constituye una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos reconocidos en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos (Sumario del fallo, p. 1).

Sin perjuicio de la reciente jurisprudencia de la CSJN, y atento la modificación de la formación de los miembros del máximo tribunal, consideramos que la doctrina que sostiene que debe existir un reclamo de parte interesada para declarar la inconstitucionalidad de una norma es acertada, toda vez que es una forma de limitar al Poder Judicial y afianzar la seguridad jurídica, manteniendo un debido equilibrio de pesos y contrapesos dentro del Estado.

Si bien es cierto que la postura de Zarini, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Fayt encuentra sus fundamentos en la propia constitución, la filosofía del derecho, e incluso una interpretación un tanto libre de la jurisprudencia, no menos cierto resulta que la tesis contraria nos parece más atractiva, convincente

y compatible con la solución de *último ratio* resaltada por Midón y la jurisprudencia histórica de la CSJN en sus demás fallos.

A nuestro criterio, los jueces sólo deben decidir sus fallos según las peticiones de las partes en litigio, funcionando esta exigencia como una suerte de freno a posibles excesos por parte del Poder Judicial, ya que la postura contraria podría permitir que un juez declarara la inconstitucionalidad de una norma, dejando en segundo plano la solución peticionada por las partes. Esto sin perjuicio de que coincidimos con la postura contraria en cuanto a que la necesidad de un caso concreto ayuda a mantener un equilibrio institucional entre los distintos poderes del Estado Argentino.

#### **14. Algunos supuestos que habilitan el remedio de la inconstitucionalidad**

A lo largo de la historia jurisprudencial argentina han ocurrido distintos casos que justificaron la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad de una norma para el caso concreto.

La hipótesis de inconstitucionalidad más frecuente es la que ocurre cuando la norma de menor jerarquía contradice de manera directa a la de mayor jerarquía. Sin embargo, esa no es la única posibilidad.

En los siguientes apartados analizaremos la inconstitucionalidad por contradicción entre normas de distintas jerarquías, y la inconstitucionalidad por irrazonabilidad de la norma, analizando a su vez si estos supuestos pueden ser aplicados al art. 464 inc. O CCCN.

Posteriormente, también analizaremos diversas hipótesis de conflicto en donde podría aplicar alguno de estos dos criterios, así como situaciones en las cuales podría solucionarse la contienda sin la necesidad de recurrir al remedio constitucional de *última ratio*.

#### **15. La inconstitucionalidad por contradicciones entre la norma de mayor y la de menor jerarquía. Análisis del art. 464 inc. O CCCN**

En palabras de Nino (2015), uno de los defectos lógicos que padecen los sistemas jurídicos es la contradicción entre normas jurídicas. Entendiendo como contradicción cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí (p. 272).



Con el fin de solucionar este problema, la filosofía del derecho ha implementado distintas soluciones, tales como la aplicación de los principios de *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*. En particular el principio de *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía, siempre debe prevalecer la del nivel superior (Nino, 2015, p. 275).

Así, el criterio jerárquico resuelve antinomias, ya que la aplicación del mismo importa la invalidez de una de las normas en conflicto. Las normas inferiores que resulten incompatibles con la norma superior no deben ser aplicadas porque no son válidas (Henríquez Viñas, 2013, p. 470).

En cuanto a la aplicación de estos principios al derecho argentino, Sabsay (2010) indica que la Constitución debe ser la ley suprema de la nación, toda vez que esta superioridad jerárquica es una de sus condiciones fundamentales de toda constitución (p. 67).

Por lo tanto, siguiendo este razonamiento, para que el principio de supremacía constitucional tenga operatividad y no resulte una mera aspiración normativa, resulta necesario que se aplique un mecanismo que declare la nulidad de las normas de menor jerarquía que sean contradictorias con las normas constitucionales de mayor jerarquía (Sabsay, 2010, p. 79).

Debe tenerse en consideración que esta supremacía no es sólo formal, sino que también es una supremacía material, toda vez que la totalidad de las normas del sistema jurídico emanan en última instancia de la propia constitución (Midón, 2017, p. 156).

En líneas generales, podemos afirmar que este es el criterio que se aplica en la enorme mayoría de las declaraciones de inconstitucionalidad de una norma. Dicho de otro modo, la declaración de inconstitucionalidad de una norma suele tener lugar cuando la norma de menor jerarquía resulta ser contradictoria con la norma superior, a ojos de un juez argentino.

Un ejemplo de la aplicación del principio *lex superior* en nuestra jurisprudencia es la limitación tributaria por medio del principio de no confiscatoriedad del art. 17 CN, reflejada en los fallos 210:175 y 190:122, en donde la CSJN le puso un límite a la tasa impositiva que pretendía cobrar el Estado (Midón, 2017, p. 177).

Respecto a la aplicación de este principio al objeto de esta tesis, podemos observar que surge de la simple lectura del art. 464 inc. O CCCN y del art. 17 CN que existe una contradicción textual entre la norma de menor y la de mayor jerarquía.

En tal sentido, el art. 17 CN es claro al indicar que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”, mientras que el art. 464 inc. O CCCN la ganancialidad de las obras, inventos, marcas o diseños industriales concluidos durante el matrimonio, aclarando que “El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.”

Como puede observarse, la constitución nacional parte de la base de la teoría monista más extrema, la cual no distingue entre el derecho moral y el derecho patrimonial de la propiedad intelectual. Por lo que la exclusividad del derecho a favor del autor o el inventor se refiere a la totalidad de los derechos que gozan estos sobre sus obras o inventos, sin hacer una distinción acorde a la teoría dualista.

Esto no se debe a que dicha teoría fuera inexistente al momento de sancionar el art. 17 CN, toda vez que ya hemos analizado en el capítulo III de esta tesis que la teoría dualista es contemporánea a nuestra Constitución Nacional. La falta de distinción entre el derecho patrimonial y el moral se debe a que el derecho patrimonial es una consecuencia de la existencia del derecho moral, toda vez que el derecho más importante que tiene el titular originario de la propiedad intelectual es el derecho de paternidad o autoría. Sin este derecho, los demás derechos serían difusos e imposibles de asignar.

En tal sentido, conforme el teorema de Coase, es imposible realizar transacciones en escenarios donde la propiedad es difusa. Por lo tanto, sólo si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son tendientes a cero, la negociación entre ambas partes conducirá a la asignación óptima de recursos en el mercado (North, 1992, p. 1).

Es por ello que la distinción hecha por el art. 464 inc. O CCCN resulta incompatible con la exclusividad dispuesta por el art. 17 CN, toda vez que al separar entre el derecho moral, como bien propio del autor, del derecho patrimonial, como bien ganancial, se genera un choque con la norma de mayor jerarquía, la cual no hace esta distinción ya que no forma parte del objeto fin previsto por el legislador constituyente.

No sólo se genera un derecho de propiedad intelectual con límites poco claros que impiden en muchos casos la libre disposición de este derecho de propiedad, como veremos en los apartados 15 y 16 de este capítulo, sino que además se introduce una distinción que es contraria a las teorías de la personalidad, en el caso de los derechos de autor, y a los estímulos previstos por el legislador a la hora de crear las normas

que promueven la creación de obras, inventos, marcas y patentes, tal como vimos en el capítulo III de esta obra.

Además, la aclaración del art. 464 inc O CCCN *in fine* de que “El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor”, también resulta contrario al artículo 17 CN, porque hace una distinción entre la obra, el invento, la marca y el diseño industrial, que no está previsto por nuestro texto constitucional, el cual no distingue entre derechos de autor y propiedad industrial al momento de asignar un derecho de exclusividad.

Es evidente que el derecho de paternidad sobre el invento, la marca o el diseño industrial también tiene un carácter propio, toda vez que no se registra la titularidad del cónyuge como co-inventor o como co-titular de estos derechos industriales y comerciales.

Por lo que la contradicción no sólo surge de la textualidad rígida de la norma, sino que además surge de la comparación con las intenciones legislativas que se tuvieron en mente al momento de sancionar el art. 17 CN.

En tal sentido, la perspectiva prevista por los proyectos de reforma del Código Civil de Bibiloni, el Código Civil de Llambías, y la concreción de reforma de la Ley 17.711, tenía un mayor grado de compatibilidad constitucional a pesar de ser anterior al proceso de constitucionalización del derecho privado.

Estos proyectos, así como la legislación vigente entre los años 1968 y 2015, entendían que la propiedad intelectual era un bien propio, o sea, exclusivo del autor y del inventor, mientras que los frutos de esta explotación sí eran gananciales, de manera similar a lo que ocurre con el salario. Además, tampoco hacían una distinción entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho industrial respecto a la normativa de paternidad del invento, siendo que esta distinción no está prevista por nuestra Constitución Nacional.

## **16. Inconstitucionalidad por irrazonabilidad de la norma. Análisis del art. 464 inc. O CCCN**

La razonabilidad de la norma es a ojos de nuestro derecho constitucional un derivado necesario del art. 28 CN el cual indica que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

Para Midón (2017) la razonabilidad emerge como un patrón destinado a determinar si las leyes reglamentarias guardan correspondencia con la Constitución Nacional y los objetivos que sus normas persiguen. Entendiendo que lo irracional resulta injusto, arbitrario, repelente para el derecho y en consecuencia inconstitucional (pp. 83-84).

En la historia jurisprudencial de nuestro país podemos encontrar muchos ejemplos de declaraciones de inconstitucionalidad por irrazonabilidad de una norma.

Uno de los antecedentes más antiguos de este criterio es el fallo de la CSJN, 306:400, de fecha 15 de mayo de 1984, en el caso Arenzón c/ Estado Nacional, en donde se declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 954/81 que imponía una altura mínima para matricularse en el Instituto Nacional del Profesorado.

La declaración de inconstitucionalidad por irrazonabilidad de la norma tuvo lugar por tratarse de una norma arbitraria e irrazonable, que "... no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria de los derechos de enseñar y aprender del art. 14 de la Ley fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración." (apartado 5° de la sentencia).

También encontramos ejemplos similares en el fuero penal. La Cámara de Acusación de Córdoba decidió el día 30 de abril de 2015 declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal, establecido en abstracto por el primer párrafo del art. 5° de la ley 23.737, en el expediente n° 1836639, "Gimenez, Sebastian Andrés y otro s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, etc.", por resultar irrazonable por desproporcionada la pena con un delito menor (p. 18).

Finalmente, resaltamos el fallo de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de "Punto final" y "Obediencia debida", en la causa "S., Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad" del día 14 de junio de 2005, por considerar que "... la ley de obediencia debida es inconstitucional por 'irracional' en tanto permitió investigar la sustracción, retención y ocultación de una menor —la hija del matrimonio P.— y, a la vez, impide investigar e imputar a los autores de la privación de libertad, tortura y demás actos de los que fueron víctimas sus padres." (apartado 93 de la sentencia).

Como podemos observar, la irrazonabilidad de una norma es un supuesto válido para declarar su inconstitucionalidad. Definiendo esa irrazonabilidad no sólo

como la contradicción con la norma de mayor jerarquía, sino también como la falta de lógica, la desproporción entre el medio y el fin, o la arbitrariedad manifiesta, que existe como consecuencia de una incongruencia entre el objeto que persigue la norma, la Constitución Nacional y el medio empleado.

Con esa perspectiva en mente procederemos a analizar la razonabilidad del art. 464 inc O CCCN, tanto en función del fin que persigue la norma, como el medio empleado, en comparación con la restante legislación que regula la propiedad intelectual.

Conforme hemos estudiado en el capítulo anterior, los defensores de la tesis de la ganancialidad de la propiedad intelectual consideran que la ganancialidad de los derechos intelectuales resulta necesaria en razón de no existe un motivo para dar un tratamiento distinto trabajo concretado en una obra protegida con derecho de autor, y los honorarios profesionales de un arquitecto, un abogado o ingeniero (Belluscio, 2016, § 237).

Como ya hemos explicado en el capítulo anterior, si bien este razonamiento parece fundamentado a primera vista, un análisis más detenido nos lleva a descubrir que la premisa contiene un error fundamental en su lógica, que es considerar que la obra y los honorarios tienen la misma naturaleza jurídica y económica, no siendo ese el caso en realidad.

Así, el honorario, ya sea por locación de servicios o un salario en relación de dependencia, es un fruto civil, y en consecuencia es un bien ganancial. Por el contrario, la obra es un producto del intelecto y en consecuencia es única e irrepetible. Por tal motivo su naturaleza es la de un bien propio. En todo caso la explotación periódica de dicha obra sí es un fruto, el cual será ganancial.

Siguiendo la analogía defendida por Belluscio, deberíamos entender entonces que la obra es comparable con la profesión o el trabajo en sí, mientras que la explotación económica de la obra o invento es en todo caso comparable con los honorarios.

Además, el ejemplo de las profesiones liberales deviene falaz al comprender que los profesionales, como el arquitecto, el abogado o el ingeniero, también pueden ser titulares de derechos de propiedad intelectual, toda vez que los honorarios no necesariamente significan una cesión de derechos sobre los planos de las obras, los modelos de escritos judiciales, contratos, patentes de invención, u otras obras o

inventos. Por lo que el mero planteo parte de una premisa falsa y una lógica incorrecta.

La norma introducida por el art. 464 inc O CCCN termina haciendo también una distinción entre la propiedad intelectual y los honorarios, al introducir el carácter propio de los derechos morales, a pesar de que los derechos morales no son derechos de propiedad en sí mismos, sino más bien derechos derivados de la autoría. Motivo por el cual no son bienes transables que puedan ser expuestos en el mercado.

Por otro lado, el art. 499 CCCN reafirma el carácter de asignación preferencial de derechos de derechos de autor a favor del cónyuge creador de la obra, a cambio de una contraprestación a favor de la comunidad de gananciales.

Siendo esta solución objeto de críticas por parte de los propios defensores de la tesis de la ganancialidad de la propiedad intelectual, ya que según estos autores el fruto del derecho del trabajo creativo de los cónyuges debe ser compartido en su totalidad, resultado inadmisibles la posibilidad de un derecho de recompensa a favor del cónyuge no-autor (Basset, 2010, p. 534).

Por lo expuesto, podemos ver aquí los primeros indicios de una irrazonabilidad de la norma, toda vez que la misma no guarda ningún grado de proporción o conducencia con sus propios fundamentos teóricos.

Adicionalmente, haciendo un análisis abstracto de la norma se pueden encontrar falencias lógicas en la solución arrojada por el art. 464 inc. O CCCN, al momento de analizar su utilidad práctica, toda vez que:

- a. La norma desincentiva la publicación de obras durante el matrimonio dentro del régimen de comunidad.

El desincentivo es la consecuencia natural de imponer el hito de la publicación de la obra o invento durante la vigencia del régimen de comunidad, como el origen de la ganancialidad, independientemente del proceso creativo y de su duración.

Esto genera que, en los casos de un matrimonio con lazos débiles o dubitativos, exista un incentivo para que el autor no dé a conocer su obra hasta no finalizar el trámite de divorcio, o en su defecto pasar al régimen de separación de bienes.

Así, lejos de proteger al cónyuge no-autor mediante la repartición de frutos gananciales durante el matrimonio, que el cónyuge no-autor podría percibir a modo

de renta hasta que la pareja decida el cambio de régimen patrimonial y/o el inicio de proceso de divorcio, lo que se logra es un incentivo de postergar la fecha de publicación de la obra, invento o la marca comercial. En resumidas cuentas, la norma no protege al cónyuge del autor. Por el contrario, lo deja en una situación más desventajosa al crear un incentivo especulativo en torno a la fecha de publicación.

- b. La norma genera problemas de interpretación que antes no existían, generando un derecho de propiedad difuso.

Este inconveniente surge de las controversias que pueden existir entre el derecho moral y el derecho patrimonial sobre una misma obra, en cabeza de dos personas distintas. Así sea a modo de una especie de condominio *sui generis*, en lo que se refiere a los derechos patrimoniales.

Este problema se comprende mejor mediante el análisis de los casos hipotéticos a y b del siguiente apartado, a donde remitimos.

- c. La norma genera un marco de protección adicional en caso de plagio, u otro delito dentro del matrimonio

Tal como se expondrá en el siguiente apartado, la ganancialidad en conjunto con la incausalidad del divorcio pueden dar origen a situaciones verdaderamente injustas, que tienen su origen en la propia irrazonabilidad de la norma.

Esto genera que de ser aplicado el texto del art. 464 inc. o CCCN, casos análogos al de “Keane vs Keane” pueden tener un resultado muy distinto al que obtuvo en Estado Unidos, generando una incompatibilidad con la exclusividad que goza el autor sobre su obra, en favor del cónyuge que ha cometido un delito en su contra, y en oposición a las disposiciones del art. 17 CN.

Este conflicto hipotético se explica en el apartado 16, caso c, a donde remitimos.

- d. La norma genera derechos en favor de personas que no tienen relación con el autor o inventor. La crítica que introdujo Bibiloni en su proyecto de reforma

Otro aspecto irrazonable de la ganancialidad de la propiedad intelectual es que la ganancialidad genera derechos patrimoniales en favor de personas que no tienen ningún tipo de relación filial con el autor o inventor de la obra o invento.

Esta situación fue denunciada por Biblióni (1939) al expresar su indignación ante la injusticia de las soluciones jurisprudenciales de los casos Lecocq y Mercié, en la jurisprudencia Francesa de aquella época, que obligaron a los autores mencionados a compartir los derechos de autor que gozaban sobre su obra con terceros ajenos a partir del divorcio del autor (p. 283).

En tal sentido, resulta desproporcionada la solución y en consecuencia irrazonable, toda vez que el art. 464 inc O CCCN busca la protección del cónyuge que no es autor ni inventor, más no la protección de sus nuevas nupcias o sus herederos, que ningún grado de parentesco guardan con el autor o el inventor. Motivo por el cual la norma deviene en inconstitucional por irracional, al existir una desproporción entre la solución para este tipo de casos y el objeto perseguido.

Al tratarse de una cuestión casuística, remitimos al siguiente apartado, en el caso e.

e. La norma genera desigualdad entre coherederos de idéntica legitimidad.

Por otro lado, el art. 464 inc. o CCCN resucita la doctrina que fue aplicada por la Cámara Nacional Civil en la sucesión de Roberto Arlt, la cual generó una verdadera diferenciación de derechos entre la hija del primer matrimonio del autor y el hijo póstumo del segundo matrimonio del escritor.

Esta distinción es lesiva de la igualdad ante la ley receptada por el art. 16 CN, sin perjuicio de las críticas de la norma que ya hemos hecho a la luz del derecho de exclusividad del autor sobre su obra, del art. 17 CN.

En el siguiente apartado, profundizamos estos conceptos llevando estas críticas al campo práctico, mediante distintos conflictos hipotéticos.

### **17. Conflictos hipotéticos en donde puede aplicarse para al caso concreto la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN**

Como mencionamos en un apartado anterior, la declaración de inconstitucionalidad en Argentina, a nuestro criterio, sólo puede decretarse ante la



existencia de un caso concreto, siempre y cuando no haya una solución alternativa menos extrema en razón del principio de *última ratio*.

En tal sentido ya hemos expresado en trabajos anteriores que nos preocupa que algunos Juzgados del fuero de familia se estén tomando a la ligera la declaración de inconstitucionalidad de las normas, sin haber explorado previamente soluciones que no signifiquen semejante remedio jurídico (Azar, 2021, pp. 1-5).

Es por ello que queremos destacar en este apartado algunas hipótesis de conflicto judicializable en donde podría hacerse el planteo de inconstitucionalidad del carácter ganancial de la propiedad intelectual, por parte de los autores e inventores, y no de los meros titulares de derechos intelectuales que hayan adquirido los mismos por medio de cesión.

Se hace notar que la presente lista es de carácter meramente enumerativa y ejemplificativa, teniendo por único objeto el planteo de escenarios diversos donde se pueda aplicar el conocimiento desarrollado a lo largo de esta tesis.

- a. Durante el matrimonio: Decisión del autor de no publicar la obra o invento, con oposición de su cónyuge

Una primera hipótesis de conflicto que podría habilitar el planteo de inconstitucionalidad y reafirmar el carácter de bien propio del derecho de propiedad intelectual, es el escenario en donde un autor o inventor decida no introducir su obra o invento al mercado, o en su defecto retirarla del mismo, con expresa oposición de su cónyuge o los herederos de éste, que podrían alegar que esa decisión les genera un daño patrimonial por la falta de explotación de la propiedad intelectual.

En principio, esta situación no debería atraer ningún tipo de conflicto constitucional, toda vez que el art. 464 inc. o CCCN reconoce en cabeza del autor o inventor la totalidad de los derechos morales, entre los cuales se encuentra el derecho de elegir publicar o no su obra o invento.

Sin embargo, el conflicto constitucional podría aparecer en caso de que el cónyuge que no es autor o inventor haga un planteo de abuso del derecho en los términos del art. 10 CCCN, y este obtenga una acogida favorable por parte de un juez, obligando al autor o inventor a publicar su obra o invento en contra de su voluntad expresa.

Es pertinente hacer notar que la aplicación de esta solución por parte de un Juez de familia no resultaría ajena a las propuestas existentes en nuestra doctrina jurídica nacional. Resaltamos que Medina (1998) plantea el asunto en los siguientes términos:

La discusión se centra en la consideración ganancial o propia del derecho patrimonial del autor, pero nadie discute que el derecho moral del autor es propio. Lo cual nos lleva a preguntar si el derecho moral de autor es un derecho ilimitado, es decir que puede ser ejercido de cualquier manera, o si por el contrario no puede ser ejercido con abuso del derecho. Valga un ejemplo para aclarar la situación: dentro del derecho moral del autor se encuentra el derecho de retirar la obra de circulación; en el caso de que un autor retire una obra artística de circulación que produjere dividendos económicos cabe preguntarse si la cónyuge podría objetar que tal retiro constituye un abuso del derecho y que perjudica a su parte. En la doctrina argentina Guastavino acepta sin ningún inconveniente que el autor no puede ejercer su derecho en forma abusiva y que en última instancia, si el autor incurre en abuso del derecho al ejercer las facultades extrapatrimoniales sobre su obra, los jueces pueden moderar los excesos en tutela de los intereses legítimos afectados. Así por ejemplo, si la voluntad del autor de retirar la obra de circulación no se funda en razones graves, deben indemnizarse al cónyuge o sucesores. (p. 8)

Esta cita de doctrina nos demuestra que es un escenario posible que un juez argentino resuelva conforme esta doctrina, y que el autor o inventor afectado hagan un planteo de inconstitucionalidad de la resolución.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no hay una discusión en torno al carácter de bien propio que tiene el derecho moral del autor o inventor sobre su obra o invento. Este derecho está reconocido por el propio art. 464 inc. o CCCN, y por el art. 17 CN, que indica con toda claridad que toda obra o invento es exclusiva del autor o inventor.

Por lo tanto, el derecho moral es un monopolio natural con jerarquía constitucional, que le permite al autor o inventor decidir no introducir la obra o invento prematuramente al mercado, aún si el cónyuge del autor o inventor pudiera adolecer la disminución de la renta que generaría la falta de explotación de la obra o invento.

La realidad es que nadie más que el autor de una obra puede decidir sobre la finalización de ésta, toda vez que la obra es un reflejo de la personalidad del autor. Por lo que este tiene un derecho constitucional de dar la obra por terminada o no.

En el mismo sentido, el inventor es el único idóneo para decidir si su invento debe o no ser introducido en el mercado, ya que el mismo podría tener una serie de defectos detectados sólo por él, que no quiere hacerlos saber al público general. Por

lo que al ser obligado a introducir el invento al mercado, el mismo podría ser incluso peligroso para terceros, sin que el Juez se percate de ello durante el proceso.

Como ya hemos explicado, todos actos o normas son susceptibles de control constitucional. Por lo que en este caso el acto inconstitucional sería la sentencia del juez, la cual tiene una jerarquía por debajo no sólo del art. 17 CCCN, sino también del art. 464 inc. O CCCN.

Por lo tanto, la solución debería venir de la mano netamente del principio de *lex superior*, toda vez que la jurisprudencia no se puede alejar de la obligatoriedad de la ley, y no es función de los jueces opinar sobre las bondades de la norma, sino por el contrario limitarse a aplicar la misma, aún si esta les resultara despreciable.

A su vez, debe tenerse en consideración que este tipo de escenarios hipotéticos también son discutidos en el derecho comparado. La doctrina francesa cuestiona la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho en casos de litigio sobre los derechos intelectuales dentro del matrimonio.

Concretamente se señala que el derecho moral del autor es un derecho discrecional, que este derecho es puramente personal de su titular, y que hace a su libertad individual, por lo que no puede ser controlada como el derecho a hacer un testamento o el derecho a casarse (Pollaud Dulian, 1993, p. 97).

En resumidas síntesis, consideramos que ante este eventual caso hipotético la solución debe ser el rechazo por aplicación simple del art. 464 inc. O CCCN, en cuanto al carácter propio de los derechos morales. Y que sólo en caso de que un juez haga lugar al planteo de abuso del derecho, corresponde la inconstitucionalidad por contradicción con el art. 17 CN.

- b. Durante el matrimonio: Decisión del autor del autor de ceder, explotar o vender la propiedad intelectual y/o sus frutos, con oposición del cónyuge

En este escenario hipotético nos encontramos también con un caso de discrepancia dentro del matrimonio, derivada de las facultades del derecho moral de la propiedad intelectual.

Podría darse el caso en el que, por ejemplo, el autor de una obra literaria decidiera cambiar la forma en que explota su propiedad intelectual, pasando de una contratación que le de una renta periódica, por la cesión total de la obra en sí misma en un sólo pago. Esta decisión podría generar una queja de su cónyuge,

independientemente de si la decisión resulta ser acertada o desacertada desde el punto de vista financiero.

Como ya hemos explicado en los capítulos anteriores, debe tenerse en cuenta que los derechos patrimoniales son un derivado necesario y natural de los derechos morales que goza el autor sobre su obra. Toda vez que sin los derechos de paternidad, integridad, divulgación, modificación, retracto y retiro, la explotación del derecho de autor se torna imposible, ya que se generarían derechos de propiedad difusos.

Conforme el teorema de Coase, es imposible realizar transacciones en escenarios donde la propiedad es difusa. Por lo tanto, sólo si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son tendientes a cero, la negociación entre ambas partes conducirá a la asignación óptima de recursos en el mercado (North, 1992, p. 1).

Siguiendo este criterio, el art. 17 de la CN es claro al indicar claramente las obras e inventos son exclusivas de su autor o inventor. Así que, teniendo en cuenta que el art. 464 inc. O CCCN reconoce el derecho moral del autor sobre su obra, el juez debería rechazar el planteo del cónyuge del autor.

Caso contrario, si se hiciera lugar a los planteos del cónyuge del autor, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad contra esta sentencia, por aplicación directa de los principios del art. 17 CN, toda vez que se estaría afectando el derecho moral de paternidad y divulgación que goza el autor, que es la única persona que cuenta con el monopolio de decidir los términos y condiciones de explotación de su obra.

#### c. Durante el matrimonio o el divorcio: plagio dentro del matrimonio

Este escenario tiene su origen en una realidad que lamentablemente existe en el derecho comparado, como son los casos de plagio dentro del matrimonio. Tal como hemos explicado en anteriores capítulos al analizar el *leading case* de Kane vs Kane, resuelto en Estados Unidos, puede ocurrir que exista el plagio de obras entre cónyuges durante el matrimonio, a pesar de que las mismas cuenten con la protección de la normativa aplicable al derecho de autor.

Esto también podría ocurrir hipotéticamente en casos de propiedad industrial, aún si se pudiera alegar que el derecho moral de este tipo de propiedad intelectual cuenta con un peso más limitado.

Lo cierto es que ante la solución planteada para este tipo de casos el art. 464 inc. O CCCN demuestra una de sus grandes limitaciones, toda vez que el divorcio es incausado desde la reforma del año 2015, y el carácter de bien propio sólo aplica sobre el derecho moral, más no sobre los derechos económicos, los cuales son gananciales a los ojos del art. 464 inc. O CCCN.

En otras palabras, el cónyuge no-autor que ha cometido un plagio contra el cónyuge-autor mantendría, aún luego de la sentencia penal en su contra, el derecho de cobrar la ganancialidad del derecho patrimonial sobre la obra o invento, o en su defecto el derecho de compensación económica por asignación preferencial del art. 499 CCCN.

Es aquí donde se puede hacer expresamente el planteo de inconstitucionalidad por irrazonabilidad de la norma. Toda vez que el objetivo de la norma es proteger al cónyuge que no es autor o inventor, más no proteger a quien comete un delito penal, como es el plagio.

Por lo que la sentencia de inconstitucionalidad estaría justificada, en razón de que no se trata de una mera injusticia con origen en las circunstancias del caso, sino que lo que sucede aquí es una verdadera arbitrariedad que tiene su origen en la propia norma, y que contradice la exclusividad constitucional que el autor o inventor goza sobre su obra o invento, según el art. 17 CN, con el fin de ceder y compartir este derecho constitucional en favor de quien ha cometido un delito penal en contra su propio cónyuge.

Vale aclarar que en el caso Keane vs Keane el plagio se obtuvo por intermedio de ardid y violencia, ejercida por parte del marido no-autor contra su esposa autora. Por lo que la inconstitucionalidad debería ser especialmente expuesta en este tipo de hipotéticos escenarios litigiosos.

d. Durante el divorcio: valor de la propiedad intelectual significativo

Este escenario es, al menos a nuestro criterio, el más probable por su simpleza. Pero es al mismo tiempo el que puede resultar más polémico por verse atravesado

por la discusión de fondo, la cual contrapone dos posturas antagónicas existentes en la doctrina nacional.

Conforme ya hemos adelantado, en caso de existir conflicto respecto a la atribución de derechos sobre una obra, marca o invento, el autor no sólo tiene derecho preferencial de adjudicación, en los términos del art. 499 CCCN, sino que además tiene un derecho exclusivo de atribución en los términos del art. 17 CN.

La propiedad intelectual no es asimilable a un fruto del intelecto, sino que es asimilable al producto de este, por su carácter de novedad y originalidad, que la distingue de las demás obras e inventos. Por lo que la única solución compatible con el art. 17 CN para este caso hipotético es la declaración de inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN, correspondiendo la atribución de todos los derechos de propiedad intelectual al autor o inventor, sin la compensación del art. 499 CCCN a favor del cónyuge no autor ni inventor.

En todo caso el cónyuge del autor o inventor tendrá derechos sobre los frutos que haya devengado la obra o invento durante su explotación dentro del régimen de comunidad. Más sobre los derechos económicos de la obra o invento en sí.

#### e. Sucesión: Hijos de distintos matrimonios

Conforme adelantamos en el apartado anterior, este escenario hipotético existió en la sucesión del escritor argentino Roberto Arlt. El mencionado autor había escrito la mayoría de sus obras durante su primer matrimonio. Luego, al enviudar, contrajo nuevas nupcias antes de morir, dejando un hijo póstumo.

Esta sucesión no significó un debate de principios, sino un conflicto de intereses entre el hijo del segundo matrimonio y la hija del primera matrimonio. Toda vez que la tesis de la ganancialidad favorecía desproporcionadamente a la hija del primer matrimonio del escritor, ya que le permitía ser titular de la mitad de la obra de su padre, el autor de las obras, al incluir los bienes intangibles dentro de la sucesión de su madre, quien no era autora de los libros y cuentos.

La solución de primera instancia fue a favor de la hipótesis del derecho autor como bien propio, expuesta legislativamente posteriormente en la Ley 17.711, mientras que la Cámara Civil decidió a favor de la ganancialidad, dando una solución similar a la que hubiera dado el art. 464 inc. O CCCN.

Ahora bien, la primera crítica a la solución de la cámara es que la misma no respeta el principio de exclusividad que goza el autor sobre su obra, en los términos del art. 17 CN.

Tener en consideración este principio, el cual se encuentra reflejado también en la Ley de Propiedad Intelectual, nos lleva a la conclusión de que la obra es un bien propio en su totalidad, por su naturaleza jurídica de ser un reflejo de la personalidad del autor, y por la disposición de la norma de mayor jerarquía del art. 17 CN.

A su vez, el fallo Arlt resulta también contrario al ordenamiento constitucional, por imponer una desigualdad ante la ley que no surge del espíritu de la propia ley sucesoria, atentando así contra el art. 16 CN y su principio de igualdad entre iguales (Zarini, 2017, p. 81).

Esto debido a que todos los hijos, en su carácter de herederos legítimos legitimarios, gozan de la misma porción legal sobre el acervo hereditario del causante, ya que la legislación sucesoria no distingue entre hijos de un primer matrimonio, hijos de segundas nupcias, o hijos concebidos por fuera del matrimonio.

En tal sentido, la solución que se deriva de la aplicación del art. 464 inc. O CCCN no sólo resulta contraria a la norma de mayor jerarquía, como es el art. 16 CN, sino que además resulta irrazonable, ya que según el art. 464 inc. O CCCN la totalidad de los hijos heredarán en partes iguales al autor en cuanto a los derechos morales sobre la obra, toda vez que la norma le asigna este carácter a los derechos morales. Desnaturalizando así la propia función del derecho moral dentro del derecho autor.

La aplicación práctica de la solución del fallo Arlt al caso hipotético genera nuevos derechos de propiedad intelectual difusos y no previstos por la ley, en donde el titular del 75% de las regalías tiene el mismo derecho que el titular del 25% de las regalías a la hora de decidir, por ejemplo, la renovación de un contrato editorial, toda vez que el derecho moral estaría según el art. 464 inc. O CCCN dividido en mitades.

Esto abre la puerta a todo tipo de abusos, sin perjuicio de que daría en la práctica a los derechos morales un estatus distinto al previsto por la Ley de Propiedad Intelectual, toda vez que los derechos morales ni siquiera son un bien (Guatavino, 1968, p. 438).

En resumidas cuentas, corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN en casos similares, por aplicación del principio de *lex superior*, en cuanto la norma de menor jerarquía contradice directamente las disposiciones de los arts. 16 y 17 CN.

- f. Divorcio: Personas sin parentesco con el autor, con derechos económicos sobre la obra del autor, derivados del divorcio

Conforme adelantamos en el apartado anterior, esta hipótesis surge del estudio de los casos Marcie y Lecocq, de la jurisprudencia francesa contemporánea a la obra de Biblioni.

Repasando lo expuesto en el capítulo anterior, Mercié era un escultor reconocido que luego de enviudar debió reconocer en favor de los herederos de su difunta esposa el derecho a la mitad de las obras creadas por él, durante el matrimonio. Luego Mercié contrajo nuevas nupcias, y debió reconocer en favor de su segunda esposa la mitad de su obra, que a su vez era la mitad que le había quedado luego de la sucesión de su cónyuge del primer matrimonio. (Medina, 1998, p. 3).

En otras palabras, el autor sólo pudo conservar la cuarta parte del valor que había creado, y los extraños a él, que no eran sus herederos ni su esposa, obtuvieron por medio de resolución judicial las tres cuartas partes restantes.

Por otro lado, Lecocq era un músico que escribió durante su matrimonio sus más importantes obras. Cuando el músico se divorció de su esposa, esta solicitó que las obras del músico fueran consideradas como un bien ganancial. Posteriormente, fallecida su esposa, el músico debió compartir sus obras con el video de su ex esposa, quien contrajo matrimonio en segundas nupcias (Biblioni, 1939, p. 283).

Como puede observarse, ambos casos son compatibles con el tipo de solución que ofrece el art. 464 inc. O CCCN, al darle al derecho de autor el mismo tratamiento que se le daría a una cosa adquirida durante el matrimonio.

Sin embargo, esta solución resulta incompatible a los ojos del art. 17 CN, toda vez que se lesiona el derecho de exclusividad que goza el autor sobre su obra. Motivo por el cual la inconstitucionalidad es el resultado directo del principio de *lex superior*.

Adicionalmente, la norma también demuestra su irrazonabilidad, toda vez que existe una desproporción entre el objeto fin de la norma, que es la protección del cónyuge que no es autor; y la solución de la norma, que resulta ser el *condominio sui generis* que existe entre el autor de la obra y los coherederos de su cónyuge o ex cónyuge, en el caso del marido en segundas nupcias, que ningún lazo de parentesco guardan con el autor, y que de ningún modo contribuyeron a la creación de la obra.



La existencia de esta posibilidad desincentiva a los autores e inventores a elegir el régimen de ganancialidad, y los arrastra directamente al régimen de separación de bienes, con el fin de proteger los derechos derivados de la autoría.

En tal sentido, la solución de la Ley 17.711 no sólo tenía un mayor grado de compatibilidad con la normativa constitucional del art. 17 CN, sino que además resultaba en la práctica más protectora de los derechos del cónyuge que no es autor de la obra, ya que le permitía reclamar los frutos de la explotación de la obra en carácter de bien ganancial, así como el producto del uso de esos frutos, como podría ser el caso de los bienes que se compraron por medio de dichos frutos civiles.

Por estos motivos, corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 464 inc. o CCCN en casos similares a los de Lecoq y Mercié.

### **18. Hipótesis de conflicto en donde no debería aplicarse la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN, por existir otro remedio menos extremo**

En contraposición, destacamos algunos casos hipotéticos en los que no debería aplicarse el remedio de la inconstitucionalidad, por existir soluciones menos extremas, o por no verse vulnerado ningún derecho con jerarquía constitucional.

#### **a. Caso de divorcio: Valor de la propiedad intelectual bajo o insignificante**

Un caso hipotético puede darse cuando el ex cónyuge de un autor o inventor quiera que se le asigne la mitad de la titularidad de una obra cuyo valor es insignificante al momento del divorcio, especulando con que la misma suba de valor con el tiempo.

Por ejemplo, podría darse la situación en la cual un pintor amateur, sin acceso al mercado del arte, pero con el suficiente talento para crear bellos cuadros, haya creado una obra sin un valor comercial, pero con una estética que le resulte atractiva a su ex cónyuge. En este escenario, su excónyuge podría petitionar dicha obra al momento de la separación de bienes, argumentando que si bien el derecho moral sobre la obra es del autor, el derecho económico incluye la materialidad del cuadro, en su carácter de cosa mueble, y en consecuencia debería entrar dentro de los bienes objeto de división.

También podría darse el caso en el que un ex cónyuge, a sabiendas del valor sentimental que el autor tiene con su obra, peticione la adjudicación del bien con el único fin de poder apalancar una negociación por la adjudicación de otro bien, que sí cuente con valor monetario.

En todos estos casos no resultaría necesaria la aplicación del remedio constitucional, toda vez que la solución para el caso concreto puede provenir por la aplicación de los institutos de la buena fe en el derecho civil, o de la prohibición del abuso del derecho.

El art. 9 CCCN reivindica el principio de buena fe al indicar que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”

Como bien explica Caramelo (2015), originalmente el principio de buena fe tuvo su gestación y consolidación en el campo del derecho privado patrimonial, dentro de la teoría general de los contratos. Luego, al constituirse como un principio general del derecho se convirtió en un mandato de optimización que cumple numerosas funciones, tales como ser regla de interpretación, fuente de derechos, correctiva del ejercicio de los derechos y eximente de responsabilidad (p. 36).

A su vez Cajaville (2012) indica que la buena fe hace referencia a los preceptos de rectitud, honradez y honestidad en las relaciones, tanto sociales como jurídicas, por lo que se lo puede considerar como criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En contraposición, existe el concepto de mala fe, que hace alusión a los disvalores de la doblez, la alevosía, la ingratitud y la traición, definida como la malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien (p 249).

Finalmente, corresponde hacer mención a la postura de Borda (1991), quien distingue entre la buena fe lealtad u objetiva, y la buena fe creencia o subjetiva. Siendo que la primera hace referencia a la buena fe debida entre personas relacionadas jurídicamente, mientras que la segunda se refiere a la creencia del sujeto de poseer legítimamente un derecho (p. 41).

Por otro lado, el art. 10 CCCN, indica los lineamientos generales del abuso del derecho, mediante la siguiente fórmula, la cual tiene una clara reminiscencia a su antecedente legislativo creado por la Ley 17.711:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la

moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Al respecto Martínez (2013) indica que hay abuso del derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la norma vigente. Por lo tanto, se trata de un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo, frente a una conducta que pareciera en principio congruente con la norma jurídica, pero que sin embargo quebranta y contraría el espíritu o el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no se trataría de una acción válida y legítima, sino más bien de un acto ilícito o contraria a la norma (p.1).

En palabras de Borda (1984) esta institución impide el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe:

Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral (p. 30).

Caramelo (2015) indica que “El abuso del derecho es un ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros” (p 38).

Con esto en mente, podemos concluir que el si el ex cónyuge de un autor o inventor solicita que se le asigne un derecho que carece de valor material, pero que tiene un valor moral o sentimental para el autor de la obra o el inventor del invento, corresponde el rechazo por parte del Juez,

Estos bienes intangibles no deberían formar parte tampoco al momento de contemplar el inventario del patrimonio conyugal objeto de partición, toda vez que los derechos moral sólo cuentan con un valor sentimental, pero carecen de un valor que pueda ser expresado en dinero, toda vez que el mismo refleja un prestigio, personalidad del autor, empeño y tiempo que invirtió en la creación de la obra, invento o marca comercial, su autor o inventor, pero esas características sólo son valoradas

por el, más no por su entorno. O dicho de otro modo, el mercado aún no le ha puesto un precio.

En otras palabras, resulta abusivo o de mala fe, porque mediante la mera excusa del derecho a la ganancialidad se pretende arrebatar al autor o inventor la titularidad de los derechos sobre su obra o invento, sin que ello signifique algún beneficio económica para su ex cónyuge durante el proceso de divorcio.

La solución de rechazar este tipo de pretenciones del cónyuge que no sea autor ni inventor, aplicando los principios de buena fe y el instituo del abuso del derecho, permite que el Juez otorgue una solución justa, sin verse en la necesidad de aplicar el remedio de *ultima ratio*, el cual, insistimos, debe reservarse sólo para aquellos casos en donde no se pueda aplicar otra solución para lograr el mismo resultado.

- b. Divorcio o sucesión: titular de la propiedad intelectual, producto de la compra de derechos por medio de cesión o herencia

El titular derivado no está protegido por las normas de derecho constitucional, tal como hemos explicado en los capítulos III y IV de la presente obra.

Por lo que la adquisición de un bien intangible es equivalente a la adquisición de cualquier otro bien, ya sea cosa mueble o inmueble, por lo que debe aplicarse la misma regla que a cualquier otro activo con valor económico.

Eso significa que si la propiedad intelectual fue adquirida por medio de un dinero de origen ganancial, su naturaleza será ganancial, y en consecuencia será objeto de la división comunitaria dentro del proceso del divorcio.

Por el contrario, si su origen es propio, ya sea por herencia o algún supuesto similar, su naturaleza será la de un bien propio, al igual que ocurre con cualquier cosa mueble o inmueble.

## **19. Conclusión**

En este capítulo hemos analizado los fundamentos de la jerarquía constitucional y la importancia del sistema de control difuso, el cual da origen a la declaración de inconstitucionalidad.

También hemos expuesto nuestra postura respecto a la necesidad de mantener a la declaración de inconstitucionalidad como un remedio judicial de última ratio, con el fin de proteger no sólo la jerarquía normativa de la Constitución Nacional, sino también la división de poderes del sistema republicano y federal, evitando así que los jueces se conviertan en legisladores no representativos de la voluntad popular.

En ese orden de ideas, hemos expuesto los motivos por los cuales consideramos que corresponde decretar la inconstitucionalidad del art. 464 inc. O CCCN, debido a su incompatibilidad con los fundamentos del art. 17 CN y la irrazonabilidad de la norma de menor jerarquía, la cual trae más problemas que soluciones.

Como hemos analizado en los anteriores capítulos de esta tesis, la propiedad intelectual es un derecho con jerarquía constitucional y por su naturaleza *sui generis* es compatible con el producto del intelecto humano, más no con su fruto, debido a su carácter de original, novedoso e irrepetible.

Esto genera que a la luz de la lógica jurídica que subyace dentro del régimen de comunidad, la propiedad intelectual sea un bien propio tanto en su faz patrimonial como moral, mientras que el carácter ganancial corresponde a los frutos de la explotación de la obra, marca o invento.

Advertimos que se trata de una solución similar a la que existe para un inmueble heredado que se ha puesto en alquiler, por lo que la solución propuesta por Bibiloni y Llambías en sus respectivos proyectos, puesta en marcha por la Ley 17.711 del año 1968, no es en sí misma una solución ajena a nuestro ordenamiento. Además de que es la única solución compatible con el art. 17 CN.

También hemos descrito una serie de escenarios hipotéticos en los cuales corresponde hacer lugar a la petición de inconstitucionalidad, por no existir otro remedio, haciendo una diferencia con casos hipotéticos en donde la solución para el caso concreto puede darse con idénticos resultados, pero sin la necesidad de recurrir a la solución de última ratio.

## **Capítulo VI. Conclusión final de la tesis y propuestas**

### **1. Conclusión final de la tesis**

Conforme hemos adelantado en la introducción de esta tesis, a lo largo de este trabajo hemos buscado las respuesta a dos preguntas fundamentales. Estas son: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Argentina? y ¿Qué inconvenientes prácticos y normativos presenta la legislación en materia de propiedad intelectual en el matrimonio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación?

En tales condiciones, podemos afirmar que al dar respuesta a nuestra pregunta de tesis logramos probar nuestra hipótesis. Así, demostramos que la propiedad intelectual es un derecho de absoluto señorío, de naturaleza mixta, moral y patrimonial, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor, en los casos de derecho de autor, y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.

Y también probamos que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y plantean inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho de propiedad intelectual en la práctica cotidiana, por lo que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por irracionalidad de la norma.

Para cumplir con este objetivo hemos analizado la filosofía del derecho, la historia legislativa argentina desde el año 1853 a la fecha, la doctrina, la jurisprudencia y los distintos proyectos de reforma. También hemos analizado el derecho comparado, tanto en su normativa, como en su doctrina y jurisprudencia.

A raíz de este estudio puede observarse que no existe un acuerdo pacífico entre la doctrina y el derecho internacional a la hora de definir a la propiedad intelectual, su naturaleza o su utilidad.

Así, hemos podido encontrar posturas favorables a incluir dentro de esta categoría de derechos a todos los bienes intangibles, así como también hemos podido observar otras posturas más rígidas, que proponen la protección de la propiedad intelectual sólo en el caso de ciertas especies de bienes intangibles, como las obras en exclusión de las marcas.

Por nuestro lado, consideramos a la propiedad intelectual como un bien económico intangible, de carácter cultural, artístico, comercial, industrial y/o científico, cuya protección legal es independiente de su valor en el mercado.

Su objeto de protección son las obras, inventos, programas informáticos, marcas y otros signos comerciales. Mientras que los titulares de estos derechos son los autores e inventores, así como los comerciantes y los titulares derivados, que adquieren estos derechos por medio de cesión, compra o herencia.

A su vez, atento el grado de discrepancia que existe a la hora de encontrar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, del análisis del capítulo III surge una hipótesis que intenta conciliar las distintas posturas existentes en la doctrina y la filosofía del derecho, siendo ese el motivo por el cual hemos dado una definición tan amplia en nuestra hipótesis.

Sostenemos que la propiedad intelectual es la manifestación del derecho de propiedad privada aplicado a la protección legal de los bienes intangibles. En tal sentido, consideramos que esta es la postura reflejada en nuestra Constitución Nacional, art. 17, que le brinda al derecho de propiedad intelectual una jerarquía constitucional, y que protege al autor y al inventor mediante el principio de exclusividad sobre su obra o invento.

Por otro lado, en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio en Argentina, resaltamos que la sanción del CCCN trajo enormes novedades al introducir la posibilidad de elegir dos regímenes patrimoniales distintos, como son el de separación de bienes y el de comunidad de gananciales.

También se ha modificado el carácter de bien propio que gozaba la propiedad intelectual, conforme la Ley 17.711 del año 1968, para pasar a formar parte de los bienes gananciales, sólo en su faz patrimonial.

Vale aclarar que el estudio detallado y pormenorizado de la historia legislativa de nuestro país, así como la evolución de la doctrina, los proyectos de Ley, la jurisprudencia y el derecho comparado, nos demuestra que la propiedad intelectual en el matrimonio es un tema complejo, que mantiene dividida a la comunidad jurídica

en todos los países del mundo. Dicho de otro modo, no existe una solución universal aceptada por todos los autores de doctrina por igual.

En nuestro país, el estatus de la propiedad intelectual dentro del matrimonio transcurrió por tres etapas distintas.

Una primera etapa, vigente entre los años 1853 y 1968, en donde el Código Civil no indicaba de manera explícita cuál era el carácter de propio o ganancial de la propiedad intelectual. Durante esa etapa existieron dos grandes proyectos de reforma que se inclinaban por la tesis del bien propio.

La segunda etapa, vigente entre los años 1968 y 2015, comenzó con la sanción de la Ley 17.711 y finalizó con la entrada en vigencia del CCCN. Durante ese período la propiedad intelectual fue considerada como un bien propio, pero los frutos de su explotación fueron considerados como bienes gananciales.

Finalmente, la tercera etapa comienza el día 1° de agosto de 2015 y se encuentra vigente hasta el momento de publicar esta obra, e indica conforme el art. 464 inc. o CCCN que la propiedad intelectual es un bien ganancial, y que sólo los derechos morales son propios del autor o inventor.

En cuanto al derecho comparado, podemos observar que los tres modelos expuestos en nuestra historia legislativa se encuentran vigentes en la legislación de otros países. A modo de ejemplo, resaltamos que en Colombia y Chile el estatus de la propiedad intelectual dentro del matrimonio no está legislado; en Francia y España la propiedad intelectual es un bien propio; y en Texas, Estados Unidos, la propiedad intelectual es un derecho de carácter ganancial.

Volviendo al análisis práctico y normativo de la legislación vigente en nuestro país, consideramos que el art. 464 inc. o CPCCN, resulta incompatible con las disposiciones del art. 17 CN, la legislación ordinaria que regula la propiedad intelectual y la propia naturaleza jurídica de esta institución. Además, la dinámica propuesta por esta normativa genera una serie de problemas prácticos, que ya hemos descrito en el capítulo V de esta obra.

Por otro lado, llama nuestra atención que existiendo claras diferencias entre el derecho de autor y la propiedad industrial, así como distintas subespecies dentro de estos dos géneros de propiedad intelectual, la mayoría de los doctrinarios que dentro del derecho de familia están a favor de la tesis de la ganancialidad hayan omitido el planteo de una solución intermedia, que diferencie el carácter de bien propio o



ganancial de los distintos tipos de obras, patentes, modelos de utilidad, diseños y marcas.

Dentro de este grupo de autores analizados, sólo Guastavino (1968) se tomó el trabajo adicional de dudar respecto de si era pertinente seguir un criterio uniforme para todas las especies de derechos intelectuales o si, por el contrario, es conveniente usar criterios diferenciales para la calificación de propio y ganancial de la propiedad intelectual artística, científica o didáctica (p. 431).

Con esto no estamos diciendo que la solución intermedia sea idónea para darle un fin a una discusión que se ha extendido en el tiempo y el espacio. Simplemente hacemos notar que existe una laguna dentro de la teoría de quienes defienden la postura de la ganancialidad. Un espacio vacío que nunca fue objeto de una discusión más extensa dentro del campo del derecho de familia, mientras que sí lo es dentro de la especialidad del derecho de propiedad intelectual.

Quizás si se les hubiera abierto la puerta a esas distinciones existiría hoy un mayor consenso en la doctrina jurídica nacional. Sin embargo, no habiendo siquiera sido un asunto de discusión, se ha elegido en la reforma del año 2015 incluir en la misma categoría a las marcas, la totalidad de todas las especies de obras de derecho de autor, y la totalidad de la propiedad industrial, negando por completo así el respeto a la personalidad del autor en el derecho de familia, al limitarlo sólo al plano del derecho moral sobre la obra.

Tampoco se ha hecho una clara distinción en la norma del CCCN respecto a la propiedad intelectual derivada, ni a aquella propiedad intelectual que se considera originaria, pero que su autor registral es el inversor y no el autor material de la obra, como sucede en los casos del desarrollo del software, y las demás obras de la categoría *work made for hire*.

A su vez, la nueva norma es el origen de problemas interpretativos y prácticos, toda vez que no ofrece soluciones a los casos en donde el autor y su cónyuge tengan discrepancias en torno a la forma de explotar la propiedad intelectual durante la vigencia del régimen de comunidad.

También ofrece una nueva fuente de injusticia e irracionalidad, toda vez que en la lógica del divorcio incausado se protege al cónyuge que comete delito de plagio contra el autor o inventor dentro del matrimonio.

En resumida síntesis, la nueva normativa que impone la ganancialidad de la propiedad intelectual, sin distinción de género ni especie, tiene merecidas críticas toda

vez que provoca más problemas que soluciones. Por lo tanto, en esta tesis se plantea la inconstitucionalidad por motivo de irrazonabilidad de la norma.

Como hemos analizado en los anteriores capítulos de esta tesis, la propiedad intelectual es un derecho con jerarquía constitucional y por su naturaleza *sui generis* es compatible con el producto del intelecto humano, más no con su fruto, debido a su carácter de original, novedoso e irrepetible.

Esto genera que a la luz de la lógica jurídica que subyace dentro del régimen de comunidad, la propiedad intelectual sea un bien propio tanto en su faz patrimonial como moral, mientras que el carácter ganancial corresponde a los frutos de la explotación de la obra, marca o invento.

Advertimos que se trata de una solución similar a la que existe para un inmueble heredado que se ha puesto en alquiler, por lo que la solución propuesta por Bibiloni y Llambías en sus respectivos proyectos, puesta en marcha por la Ley 17.711 del año 1968, no es en sí misma una solución ajena a nuestro ordenamiento. Además de que es la única solución compatible con el art. 17 CN.

También hemos descrito una serie de escenarios hipotéticos en los cuales corresponde hacer lugar a la petición de inconstitucionalidad, por no existir otro remedio, haciendo una diferencia con casos hipotéticos en donde la solución para el caso concreto puede darse con idénticos resultados, pero sin la necesidad de recurrir a la solución de última ratio.

Por todo lo expuesto, nos encontramos en condiciones de concluir y defender las Hipótesis planteadas en la presente Tesis:

En primer lugar, que **la propiedad intelectual es un derecho de propiedad especial *sui generis*, de absoluto señorío, de naturaleza mixta, irrenunciable e inalienable, que forma parte de la personalidad del autor y otorga un absoluto monopolio sobre la obra con limitación temporal, oponible erga omnes y con una enorme similitud a la figura del producto de la cosa en el derecho real, siendo que desde la perspectiva del derecho patrimonial en el matrimonio le corresponde el carácter de bien propio en el régimen de comunidad de gananciales.**

En segundo lugar, que **las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación atentan contra la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y contradicen la normativa de jerarquía constitucional, además de padecer inexactitudes que dificultan la delimitación del derecho de este derecho, por lo**

**que corresponde el planteo de inconstitucionalidad por contradicción de la norma de mayor jerarquía e irracionalidad de la norma.**

## **2. Propuestas**

Siguiendo los lineamientos expuestos a lo largo de la presente tesis, y expuestos de manera resumida en el apartado anterior, consideramos hacer dos propuestas distintas. Una para el plano casuístico o jurisprudencial, y otra para el legislativo.

En el plano casuístico o jurisprudencial, proponemos hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad del art. 464 inc. o CCCN, sólo en aquellos casos en donde razonablemente no existe un remedio judicial menos extremo.

En tal sentido, corresponde con el fin de armonizar el sistema jurídico la declaración de inconstitucionalidad de la norma durante el matrimonio en los casos en que el autor o inventor tome la decisión de no publicar la obra o invento, con oposición de su cónyuge; el autor o inventor decida ceder, explotar, dejar de explotar o vender su propiedad intelectual y/o sus frutos, con oposición del cónyuge; en los casos de plagio dentro del matrimonio; en los casos en donde el valor de la propiedad intelectual significativo; en las sucesiones donde se disputen derecho de propiedad intelectual entre hijos de distintos matrimonios, siempre que esto signifique una situación de desigualdad ante la ley entre ellos; o en casos de divorcio, cuando el carácter de bien ganancial otorgue a personas sin parentesco con el autor o inventor derechos económicos sobre la obra o invento, derivados del divorcio.

En contraposición, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad en los casos donde se dispute el carácter ganancial de una obra o invento protegidos por normas de propiedad intelectual, cuando su valor es bajo o insignificante, toda vez que puede ofrecerse una solución por medio de la institución del abuso del derecho y la buena fe, arts. 9 y 10 CCCN, la cual tendría el mismo efecto sin la necesidad de recurrir a la solución de *última ratio*.

Tampoco corresponde la declaración de inconstitucionalidad en los casos de divorcio o sucesión cuando el titular de la propiedad intelectual tiene este carácter en razón del producto de la compra de derechos por medio de cesión, toda vez que la Constitución Nacional no protege la exclusividad del titular derivado, que no es autor ni tampoco inventor.

Por otro lado, en el plano legislativo, la solución adecuada sería una norma similar a la propuesta por la Ley 17.711, con ligeras modificaciones que permitan sortear las críticas que existían en torno a las dificultades sobre su interpretación.

Por ejemplo, la norma podría indicar que en caso de los derechos de autor que están sujetos a cosas muebles o inmuebles, como es el caso de edificaciones, cuadros y esculturas, el producto de la venta o enajenación sería asimilable a la venta del fruto civil, del mismo modo que ocurre con la explotación de los productos de las minas, conforme el art. 344 del Código de Minería.

Esto en razón de la naturaleza similar que existe entre la venta física de un producto del arte, único e irrecuperable, y un producto de la minería, en su carácter de objeto que se separa de la mina, y que una vez separado la mina no lo produce nuevamente.

En contraposición, la cesión total de los demás derechos de autor, como obras literarias, planos, diseños o el software, no generaría un bien ganancial, sino un bien propio.

Esto por aplicación del principio de conservación de la naturaleza del derecho. Eso es, que la enajenación de un bien propio genera un bien propio, y la enajenación de un bien ganancial genera un bien ganancial.

También queda pendiente el derecho de marcas, al ser un bien intangible más ligado al derecho comercial que al derecho de propiedad intelectual. Por lo que resulta más difusa su protección constitucional en cuanto al derecho de exclusividad, toda vez que el titular de la marca no es inventor ni autor de la misma. Por lo que poco se puede argumentar a favor de esta exclusividad, en el plano constitucional, si bien mucho se puede argumentar a favor de esta exclusividad en el plano del derecho de marcas, por su propia naturaleza jurídica que se encuentra filosóficamente abarcada por el derecho de propiedad intelectual.

Por lo que en última instancia la discusión en torno al carácter propio o ganancial de la marca será una discusión moral ajena al derecho constitucional.

Ahora bien, teniendo esto en mente, nuestra propuesta para una legislación futura sería el reemplazo del art. 464 inc. o CCCN por la siguiente norma:

Los derechos de propiedad intelectual, entendidos como derechos de autor, marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, software, dominios web, así como cualquier otro bien intangible que surja del producto de la

invención humana, son bienes propios del autor o inventor, tanto en su faz patrimonial como moral.

El fruto que surja de la explotación periódica de la propiedad intelectual durante la vigencia del régimen de comunidad es ganancial.

El producto de la venta o cesión total de los derechos patrimoniales sobre la obra, marca o invento será un bien propio en todos los casos, con excepción de la primera venta de aquellas obras que por su naturaleza se encuentren adheridas a una cosa mueble o inmueble, y cuya creación coincida con la vigencia de la comunidad de gananciales. Los frutos devengados por las reventas sucesivas, si los hubiera, serán gananciales sólo si se devengan durante el régimen de comunidad.

En todos los casos los derechos de propiedad intelectual no originarios, adquiridos por uno de los cónyuges durante el régimen de comunidad mediante compra, inversión, cesión, donación o herencia, serán propios o gananciales conforme las disposiciones ordinarias que regulen el régimen patrimonial del matrimonio al momento de su adquisición.

## Bibliografía y fuentes de información

### Bibliografía

Alarcón Palacio, Y. (2003). *El régimen matrimonial de comunidad en el derecho francés*. Universidad del norte.

Alegre, M. (2014). A propósito de la reforma al Código Civil. *Pensar en derecho*, 2014(I),57-67. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>

Allende, G. (1967). *Panorama de derechos reales*. La Ley.

Anaya Quintero L., y Cruz Fino J. (2018). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2018(26). Universidad Externado de Colombia, 171-188.

Anguita Villanueva, L. (2014). *Constitución y propiedad intelectual*. Reus.

Antequera, R. (2007). *Estudios de derechos de autor y derechos afines*. Reus.

Aparisi Miralles, A. (1992). Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 1992(IX), 249-265. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142223.pdf>

Arias Chávez, D., y Cangalaya Sevillano, L. M. (2022). *La tesis: mitos y errores*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. <https://elibro.net/es/ereader/uces/217042?page=17>.

Arianna, C. (2017). *Régimen patrimonial del matrimonio*. Astrea.

Arrubla Paucar, J. (2010). La Constitucionalización del Derecho Privado. *Nuevo Derecho*, 5(7), 47-73  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5549014.pdf>

Azar, J. (2021). La triple filiación y el abuso de la declaración de inconstitucionalidad por parte del fuero de familia. Una crítica al fallo “L. F. F. c. S. C. O. s/filiación”. *El Derecho*, LIX (15055), 1-5.

Azpiri, J. (2000). *Derecho de familia*. Hammurabi.

Azpiri, J. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia* (1a ed.). Hammurabi.

Basset, U. (2010). *La clasificación de los bienes en la sociedad conyugal*. Abeledo Perrot.

Basset, U. (2015). Tomo III. Relaciones de familia. En J. Alterini (dir.). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético* (pp. 531-542). La Ley.

Bello Knoll, I. (2020). *La fotografía de la imagen personal y el derecho de autor*. D. Lipszyc (dir.). Derecho de autor y derechos conexos (pp. 1-13). UBA: Facultad de Derecho.

Belluscio, A. (2006). *Manual de derecho de familia. Versión e-book*. Astrea.

Belluscio, A. (2012). *Manual de derecho de familia. Versión e-book*. Abeledo Perrot.

Belluscio, A. (2016). *Derecho de familia. Versión e-book*. Abeledo Perrot.

- Bercovitz Rodriguez Cano, R. (1983). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, art.1*. Citado en Ollero Tassara, A. (1995). Los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios, *Cuadernos de derecho judicial. Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, 1995(34), 29-62.
- Bercovitz Rodriguez Cano, R. (2015). *Manual de propiedad intelectual*. Tirant lo Blanch.
- Biblióni, J. (1939). *Anteproyecto de reforma al Código Civil*. Kraft.
- Bidart Campos, G. (1996). *Manual de la constitución reformada*. Tomo I. Ediar.
- Borda, G. (1979). *Manual de derecho de Familia* (octava edición actualizada). Perrot.
- Borda, G. (1981). *Manual de Derechos Reales*. Perrot.
- Borda, G. (1984). *Manual de derecho civil. Parte general*. Perrot.
- Borda, G. (1991). *El principio de la buena fe*. Universidad del Salvador.  
[http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca930347-borda-principio\\_buena\\_fe.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca930347-borda-principio_buena_fe.htm)
- Borda, G. (2013). *Tratado de familia. Tomo I*. La Ley.
- Bossert, G., y Zanónni, E. (2005). *Manual de derecho de familia*. Astrea.
- Botta, M. A., y Warley, J. (2021). *Tesis, tesinas, monografías e informes: nuevas normas y técnicas de investigación y redacción*. Biblos.  
<https://elibro.net/es/ereader/uces/185780?page=18>.
- Bradford, T. (s.a.). *Levítico Lección 38 Capítulo 25 continuación*.  
<https://torahclass.com/levitico-leccion-38-capitulo-25-continuacion/>



- Braidot, E. (2014). Usufructo. En G. Medina, J. Rivera (dir). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 4881 - 4903). La Ley.
- Cajarville, J. (2012). *La buena fe y su aplicación en el derecho argentino*. Prudentia Iuris, UCA. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2670/1/buena-fe-aplicacion-derecho-argentino.pdf>
- Caramelo, G. (2015). Tomo I. Ejercicio de los derechos. En Picasso, Caramelo y Herrera (eds.). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 34-43). Infojus.
- Causse, F. y Pettis, C. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial: Derechos Reales*. Hammurabi.
- Challú, P. (1999). *Repercusiones del patentamiento monopólico en Italia*. Revista del Derecho Industrial.
- Cifuentes, S. (2008). *Derechos Personalísimos*. Astrea.
- Cooter, R. y Ulen T. (2016). *Derecho y economía*. Suarez, E. (trad.) Fondo de Cultura Económica
- Creus Rozalén, L. (2019). *Régimen económico y pactos matrimoniales en el derecho comparado europeo*. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/05/cij.pdf>
- David, R., y Jauffret Spinosi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- De las Victorias González Silvano, M. (2015). Usufructo. En S. Picasso, G. Caramelo, y M. Herrera (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V* (pp. 235-252). Infojus
- De Ruiz, M. (1997). *Manual de la Constitución Nacional*. Heliasta.

- Diaz, C. (1988). Las formas de manifestaciones del derecho procesal en la jurisprudencia. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988(II), 7-37.  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/las-formas-de-manifestaciones-del-derecho-procesal-la-jurisprudencia.pdf>
- Economic and Social Council (2020). *Progress towards the Sustainable Development Goals*. [El progreso hacia el desarrollo sostenible de metas]  
[https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final\\_SG\\_SDG\\_Progress\\_Report\\_14052020.pdf](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final_SG_SDG_Progress_Report_14052020.pdf)
- Emery, M. (1999). *Propiedad Intelectual*. Astrea.
- Espert, J. (2017). *La Argentina Devorada*. Galerna.
- Fassi, S., y Bossert, G. (1977). *Sociedad conyugal*. Astrea.
- Fayos Gardó, A. (2016). *La propiedad intelectual en la era digital*. Dykinson.  
<https://elibro.net/es/ereader/uces/58315>
- Fernandez Dalpech, H. (2014). *Manual de derecho informático*. Abeledo Perrot
- Fitzpatrick, S. (2019). *La vida cotidiana durante el estalinismo*. Siglo Veintiuno.
- Font, M. (2013). *Derecho comercial*. Editorial Estudio.
- Font, M. (2014). *Guía de estudio de familia*. Estudio.
- Françon, A (1999). *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*. [Curso de propiedad literaria, artística e industrial] Litec.

García López, D. (2007). Aproximación crítica a la propiedad intelectual: La cultura como valor para la democracia. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2006/2007(10), 207-244.

Galeano, S. (2022). *El número de usuarios de internet en el mundo crece un 4% y roza los 5.000 millones.*  
<https://marketing4ecommerce.net/usuarios-de-internet-mundo/>

Gómez Muci, G. (2014). *El derecho de autor en el marco de los derechos humanos. Su consagración constitucional en Iberoamérica* (Tesis de Doctorado en...). UMED.

Gómez Velasco, X. (2016). *Patentes de invención y derecho de la competencia económica.* Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.  
<https://elibro.net/es/ereader/uces/79906?page=19>.

Guadagnoli, R. (2013). *Análisis del sistema de control constitucional argentino.* [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar/) / Id SAIJ: DACF130342

Guastavino, E. (1968). Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes en el matrimonio. *El Derecho. Jurisprudencia general.* Tomo 21, 430-451.

Haro, R. (2006). *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos.* Red Ius et Praxis. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uces/19922?page=29>.

Hayek, F. (2006). *Los Fundamentos de la Libertad.* Unión Editorial.

Heimann, A., y Metke Méndez, R. (2012). *Propiedad intelectual: reflexiones.* Editorial Universidad del Rosario

- Henríquez Viñas, M. (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde las perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 459-476.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000100012](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100012)
- Herrera, M. (2019). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.
- Hobbes, T. (1651). *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. [Leviatán] (Traducción A. Escohotado). Editora Nacional.
- Ibañez, E., Tagilabue, R., y Zangaro, M. (2012). *Investigar para saber. Saber para escribir*. Temas - UADE.
- Jessen, H. (1986). *Derechos Intelectuales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Joseph Proudhon, P. (2009). *¿Qué es la propiedad?* El Cid Editor.  
<https://elibro.net/es/ereader/uces/34625>
- Kant, I. (1797). *La Metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kartashkin, V. (1984). *Derechos económicos, sociales y culturales. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. K. Vasak, Editor. UNESCO.
- Kelsen, H. (1920). *Soberanía y derecho internacional*. Georgetown Law Journal.
- Kolker, P (1996). GATT - ADPIC y La industria farmacéutica. *Derechos Intelectuales*. A. Depalma, editor. Astrea, 15-27.

- Kunen, J. (1986). *Margaret Keane's Artful Case Proves That She—and Not Her Ex-Husband—made Waifs*. [El ingenioso caso de Margaret Keane que demuestra que ella, y no su exmarido, hizo los huérfanos] People Archive. <https://people.com/archive/margaret-keanes-artful-case-proves-that-she-and-not-her-ex-husband-made-waifs-vol-25-no-25/>
- Leaffer, M. (1989). *Understanding copyright law* [Entendiendo la ley de Copyright] Matthew Bender.
- Ledesma, J. (1964). Patentes de invención. *Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXI*, 652-676.
- Lipszyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. Zavalia.
- Lipszyc, D. (2001). *El derecho moral de intérprete. Los modelos de fotografías*. La Ley - Thomson Reuters.
- Lipszyc, D. (2014). *Derechos de autor y derechos conexos*. Zavalla.
- Lipszyc, D. (2019). *Régimen legal de la propiedad intelectual*. Hammurabi
- Llambías, J. (1968). *Anteproyecto de Código civil de 1954 para la República Argentina*. Univ. Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Inst. de Derecho Civil y Comparado.
- Llambías, J., y Alterini, A. (1982). *Código Civil Anotado*. Tomo III-A. Abeledo-Perrot.
- Llambías, J. (1969). *Estudio de la reforma del Código Civil Ley 17.711*. *Revista de jurisprudencia argentina*, 1-3.
- Llambías, J. (2003), *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Abeledo-Perrot.

- Lloveras, N. (2015). *Práctica y estrategia contractual, familia*. La Ley.
- Locke, J. (1689). *The second treatise of government*. [Segundo tratado sobre gobierno civil]. Alianza Editorial.
- Lopez, G. (1996). Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) / Id SAIJ: DACA980156
- Malizia, R. (2014). Derechos Reales. En R. Lorenzetti (dir.) *Código Civil y Comercial Explicado* (pp. 459 - 496). Rubinzal Culzoni
- Manili, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad*. La Ley.
- Mariani de Vidal, M. (2010). *Derechos Reales*. Tomo III. Zavalía.
- Martínez, C. (2013). *El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado*. Microjuris. Cita: MJ-DOC-6175-AR
- Martinez Medrano, G., y Soucasse, G. (2000). *Derecho de marcas*. La Rocca.
- Mata Solis, L. (2019). *El enfoque cualitativo de investigación*. Investigalia.  
<https://bit.ly/3UI6oTg>
- Mazzinghi, J. (2006). *Tratado de derecho de familia. Tomo II*. La Ley.
- Medina, G. (1998). Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio – Ante la posibilidad de una reforma a la ley de propiedad industrial. *La Ley*, 1998(E), 1022-1030.
- Medina, G. (2014). Régimen patrimonial del matrimonio. En G. Medina, y J. Rivera. (eds.). M. Esper (coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 1142 – 1227). La Ley.

- Medina Pabón, J. (2008). *Derecho Civil: derecho de familia*. Editorial Universidad del Rosario.
- Medina Pabón, J. (2018). *Derecho Civil: derecho de familia* (5a. ed.). Editorial Universidad del Rosario.
- Midón, M. (2017). *El vicio de la inconstitucionalidad*. Ediar.
- Mochon Morcillo, F., y Beker, V. (2008). *Economía. Principios y aplicaciones*. Mc-Graw Hill Interamericana.
- Molina de Juan, M. (2014). Régimen patrimonial del matrimonio. En A. Kelmenajer de Carluchi, M. Herrera, y N. Lloveras (dir.). *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial* (pp. 530-550). Culzoni.
- Moncayo, G. (1985). *Derecho internacional público*. Tomo I. Zavalia.
- Montezuma Panez, O. (2016). *Propiedad Intelectual versus Derechos Reales: Ni es lo mismo, ni es igual. Reflexiones sobre la aplicación de derechos de autor en la era digital*. Advocatus. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/4457/4368>
- Morales, M. (2012). Derechos de Propiedad Intelectual: Una deuda pendiente. *El Mercurio*. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=900835&Path=/0D/BE/>
- Muñoz Vita, A. (2021). *SOS diseño: su valor representa el 16% del PIB europeo*. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/10/22/fortunas/1634924451\\_489671.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/10/22/fortunas/1634924451_489671.html)
- Nino, C. (2005). *Un país al margen de la ley*. Ariel.
- Nino, C. (2015). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.

- North, G. (1992). *The Coase Theorem: A Study in Economic Epistemology*. [El teorema de Coase: un estudio de epistemología económica]. Institute for Christian Economics, Texas.
- O'Callaghan, X. (2011). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Dykinson. <https://vlex.es/vid/propiedad-intelectual-215206>
- Paiva Véliz, M., y Alvarez Valenzuela, D. (2010). *Reformas a la ley chilena de propiedad intelectual: el desafío de una regulación equilibrada*. International Centre for Trade and Sustainable Development. <http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/>
- Parise, M. (2006). La comisión de reformas al Código Civil – 1926-. Aproximación histórico –jurídica a su proyección. *Iushistoria Revista Electrónica*, 2016(3), 1 - 6. [www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm](http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm)
- Peracca, A. (2015). Tomo II. Régimen patrimonial del matrimonio. En S. Picasso, G. Caramelo, y M. Herrera (eds.). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 86-106). Infojus.
- Pérez Pejic, G. (2015). Tomo I. Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva. En S. Picasso, G. Caramelo, y M. Herrera (Eds.). *Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 359-396). Infojus.
- Picón, D., y Melian, Y. (2014). *La unidad de análisis en la problemática enseñanza aprendizaje*. Universidad Nacional de la Patagonia Austral. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5123550.pdf>
- Pollaud Dulian, F. (1993). *Abus de droit et droit moral* [Abuso de derechos y derechos morales]. Recueil Dalloz.



Rengifo García, E. (1997). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia.

Resala, G. (2017). *Los errores más comunes al escribir una tesis*. Noveduc.

Río Portilla, J. (2013). *El arte de patentar*. Reverté.  
<https://elibro.net/es/ereader/uces/183519?page=13>.

Ripert, G., y Boulanger, J. (1965). *Tratado de derecho civil según el tratado de M. Planiol*. D. García Detreux (trad.), J. Llambías (dir.). La Ley.

Rivera, G. (2016). *Propiedad intelectual y régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*.  
<http://mail.abogados.com.ar/propiedad-intelectual-y-regimen-patrimonial-del-matrimonio-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/17994>

Roffe, P., y Santa Cruz, M. (2006). *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*. CEPAL.

Rodriguez Rojas, M. (2017). *Los derechos de autor en caso de divorcio y herencia*. *El Español*.  
[https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20171004/251844814\\_12.html](https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20171004/251844814_12.html)

Rossi, J. (2018). *Usucapión*. Ediciones DyD.

Sabsay, D. (2011). *Manual de derecho constitucional*. La Ley.

Sánchez Calero, F. (2004). *Curso de Derecho Civil, Tomo IV*. Tirant Lo Blanch.

Sánchez Herrero, A. (2015). Tomo II. El régimen de comunidad. Bienes de los cónyuges. Segunda parte - Los derechos de propiedad intelectual y su calificación en la comunidad de ganancias. En A. Krasnow (dir.), R. Budassi y E. Radyk (Coord.). *Tratado de derecho de familia* (pp. 1-10). La Ley.

Satanowsky, I. (1954). *Derecho intelectual, Volumen I*. Tipográfica Editora Argentina.

Schmitz Vaccaro, C. (2009). Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2), 343-367.  
[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci\\_arttext#5](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200006&script=sci_arttext#5)

Serrano Gómez, E., y Rogel Vide, C. (2008). *Manual de derecho de autor*. Editorial Reus. <https://elibro.net/es/ereader/uces/46326?page=36>

Solari, N. (2015). *Derecho de familias. Versión e-book*. La Ley.

Spector, H. (1991). *Derechos Intelectuales*. Tomo V. Astrea.

Tabiteres, M., y Leturia, M. (2014). *Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*. La Plata: Librería Editora Platense.

Taleva Salvat, O. (2009). *Manual de derechos de autor*. Valletta Ediciones. <https://elibro.net/es/ereader/uces/66810?page=8>.

Vela Sánchez, A. (2013). *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia*. Dykinson.

Vélez Sarsfield, D. (1871). *Notas del Código Civil*. La Ley.

Velez Sarsfield, D. (1869). Nota del artículo 2807. *Código Civil*. <https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/>

Vera, R. (2009). *¿Cómo escribir una tesis de grado?* El Cid Editor. <https://elibro.net/es/ereader/uces/29259?page=14>.

Vidal Quadras Trías de Bes, M. (2008). *Patentes e industria farmacéutica*. J.M. BOSCH EDITOR. <https://elibro.net/es/ereader/uces/36679?page=18>.

Villalba, C. (2014). Cultura, derechos de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden constitucional. En D. Lipzyc (coord.). *Derecho de autor. Cuestiones Actuales*. (pp. 3-19). Abeledo Perrot y Fondo Editorial de Derecho y Economía.

Villalba, C., y Lipzyc, D. (2009). *El derecho de autor en la Argentina*. La Ley.

Villalba Diaz, F. (febrero, 2016). *La propiedad intelectual en el régimen de mancomunidad de bienes en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Cita Online AR/DOC/191/2016

Weber, M. (1905). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. [https://www.javiercolomo.com/index\\_archivos/Libros/Protestante.htm](https://www.javiercolomo.com/index_archivos/Libros/Protestante.htm)

Widner, I. (SA). *¿Cómo formular la hipótesis de mi tesis?* Universidad de Chile. <https://bit.ly/3mmjXFw>

Zarini, H. (2017). *Constitución Argentina Comentada y Concordada*. Astrea

Zilly, T. (1990). *Sentencia 893 F.2d 1338 1990 Copr.L.Dec. P 26,521. Margaret KEANE, also known as Margaret Keane McGuire, Plaintiff-Appellee, v. Walter KEANE, Defendant-Appellant, and Gannett Co., Inc.* [Margaret KEANE, también conocida como Margaret Keane McGuire, actora apelante, contra Walter KEANE, demandado apelante, y Gannett Co., Inc.] <https://m.openjurist.org/893/f2d/1338/keane-v-keane-usa>

Zuccherino, D. (1995). *El derecho de propiedad del inventor*. Ad-Hoc.

## Fuentes de información

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ADPIC TRIP´S. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/799/l24425-19.htm>

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2012). <https://www.pensamientocivil.com.ar/nuevocodcivil/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Fundamentos (2012). <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>

Alsenz V. alsenz. Court of Appeals of Texas, Houston, 27 de febrero de 2003. <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1450334.html>

Arlt, Roberto Godofredo Christophersen s/ Sucesión. Reproducción parcial de las sentencias de primera y segunda instancia. <https://www.monografias.com/trabajos10/suces/suces.shtml>

Cámara de Acusación de Córdoba. *Gimenez, Sebastian Andrés y otro s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización*, etc. Fallo del 30 de abril de 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41245-tenencia-estupefacientes-comercializacion-desfederalizacion-irracionalidad-pena>

Cámara Nacional Civil, Sala B, (7 de septiembre de 1967). Caso: Arlt Cristophersen, Roberto y otra s/ Sucesión. *La Ley*, 128-905.

Cámara Nacional Civil, Sala J. *Mazzia, Antonia y otros c/ Luraschi Galdino Merardo s/ Desalojo por falta de pago*, Relación 513.476. Fallo del 4 de septiembre de 2008

Cámara Nacional Civil, Sala L. *Moreno, María Mercedes c/ Espindola, Raúl Óscar y otros s/ daños y perjuicios - ordinario*. Fallo del 13 de noviembre de 2008

Code de la propriété intellectuelle. [Código de la propiedad intelectual]. (2006)  
Francia. <https://bit.ly/2Wdjrez>

Code of Laws of the United States of America. [Código de Leyes de Estados Unidos de América] (1994). Estados Unidos.  
<https://www.govinfo.gov/app/collection/uscode/2017/>

Código Civil (1871). Argentina. Ley 340.  
<http://www.saij.gov.ar/340-nacional-codigo-civil-Ins0002653-1869-09-25/123456789-0abc-defg-g35-62000scanyel>

Código Civil (2009). Chile. [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)

Código Civil Español. Libro Cuarto. <https://www.notariosyregistradores.com/web/columna-izq/codigo-civil-libro-cuarto-articulos-1088-al-1537/#art1346>

Código Civil, Reformado por la Ley 17.711 (1968). Argentina.  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103603>

Código de la propiedad intelectual, Francia. Traducción: Castell, B. (2016).  
<https://wipo.lex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/fr/fr467es.pdf>

Código de Propiedad Intelectual. (2019). España.  
[https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=087\\_Codigo\\_de\\_\\_Propiedad\\_Intelectual\\_.pdf](https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=087_Codigo_de__Propiedad_Intelectual_.pdf)

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886-1979). Suiza.  
<https://web.archive.org/web/20051029080234/>

[http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html)

Constitución Nacional, Argentina, 1853. <https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Confederacion-Argentina-1853-.pdf>

Constitución Nacional, Argentina, 1860.  
[http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones\\_argentinas.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf)

Constitución Nacional, Argentina, 1949.  
[http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones\\_argentinas.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf)

Constitución Nacional de Chile.  
[https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf)

Constitución Nacional de España.  
[https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf)

Constitution of the United States [Constitución de Estados Unidos] (1787).  
[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1\\_sec8](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8)

Copyright Law of the United States (1976). [Ley de Copyright de Estados Unidos] Estados Unidos. <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

Copyright Law of the United States (2021). [Ley de Copyright de Estados Unidos] Estados Unidos. <https://www.copyright.gov/title17/>

Corte Suprema de Estados Unidos. Marshall, J. (1803). *William Marbury vs James Madison*. Caso: 5 US 137. Petrachi, S., traductor. Buenos Aires: UBA.  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lje/revistas/25/marbury-v-madison.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 5 de diciembre de 1865. Caso: *Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación*. Fallo CSJN 3:131.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 21 de septiembre de 1871. Caso: D. José Caffarena c/ El Banco Argentino del Rosario de Santa Fe s/ conversión de billetes. Fallo CSJN: 10:427. [http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos\\_.php?id=691&id2=695&id3=9159](http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_.php?id=691&id2=695&id3=9159)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 30 de abril de 1941. Caso: Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional. Fallo CSJN 190:149. Id SAIJ: FA41000000. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-lagos-sa-ganadera-gobierno-nacional-fa41000000-1941-04-30/123456789-000-0001-4ots-eupmocsollaf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 15 de Mayo de 1984. Caso: Arenzon c/ Estado Nacional Argentino s/ Amparo. Nro. Interno: A000000494. Id SAIJ: FA84000170.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 27 de Septiembre de 2001. Caso: Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa. Nro. Interno: M102XXXII. Id SAIJ: FA01000464

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 14 de Junio de 2015. Caso: S., Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad. <https://derechopenalonline.com/inconstitucionalidad-de-las-leyes-de-punto-final-y-obediencia-debida/>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 13 de Marzo de 2012- Caso: F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva. Nro. Interno: 259.XLVI. Id SAIJ: FA12000021

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 27 de noviembre de 2012- Caso: Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. <https://www.cij.gov.ar/nota-10349-La-Corte-Suprema-admite-que-los-jueces-puedan-declarar-de-oficio-la-inconstitucionalidad-de-una-ley.html>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 14 de febrero de 2017. Caso: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". <https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

Decisión del Mercosur, N° 08/95. <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0895.asp>

Decreto Ley 6673/1963. Poder Ejecutivo Nacional. Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=27687>

Family code of Texas. <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/SDocs/FAMILYCODE.pdf>

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (2012). <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>



- Ley 27. Organización de la Justicia Nacional. Argentina.  
[http://servicios.infoleg.gob.ar/  
infolegInternet/anexos/115000-119999/116333/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116333/norma.htm)
- Ley 111. Propiedad Industrial (1864). Argentina. [http://servicios.infoleg.gob.ar/  
infolegInternet/anexos/280000-284999/281086/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/280000-284999/281086/norma.htm)
- Ley 17.011. Protección de la propiedad industrial. Argentina.  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=29277>
- Ley 11.723 de Propiedad Intelectual (1933). Argentina. Recuperada de  
[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/  
40000-44999/42755/texact.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm)
- Ley 14.394 del Régimen Legal de Familia y Minoridad. Argentina.  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103605>
- Ley 17.336. Propiedad Intelectual. Chile.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>
- Ley 17.771 de 1968. Argentina. Modificaciones al Código Civil.  
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-17711-1968-103603>
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-23093>
- Ley 19.039. Protección de los derechos de propiedad industrial Chile.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30406>
- Ley 22.195, Argentina, 1980. Aprobación del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y dos actas de Convenios.  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000->

109999/109985/norma.htm

Ley 22.362, 26 de diciembre de 1980, de Marcas y Designaciones. Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18803/texact.htm>

Ley 23.515, Ley de divorcio vincular. Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=21776>

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. España.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8328>

Ley 24.481, de Patentes y Modelos de utilidad. Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/35001/texact.htm>

Ley 25.036, Propiedad Intelectual, Modificación. Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54178/norma.htm>

Ley 26.229. Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, suscrito en Estrasburgo. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/127528/norma.htm>

Ley 26.402. Dibujos y modelos industriales. Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/144460/norma.htm>

Ley de la Propiedad Industrial, México.

[https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI\\_010720.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf)

Monslow, In re, Supreme Court of Kansas, 8 de Marzo de 1996.

<https://case-law.vlex.com/vid/912-p-2d-735-615377151>

Norris V. Vaughan, Supreme Court of Texas, 22 de julio de 1953.  
<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1953/a-3977-0.html>

OMPI (2020). *¿Qué es la propiedad intelectual?*.  
<https://www.wipo.int/about-ip/es/>

Proyecto de Código Civil (1998). Libro Tercero. Argentina.  
<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/tercero.pdf>

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.  
<https://bit.ly/3CGL7wc>

Reforma del Código Civil (1936). Tomo 2. Buenos Aires: Kraft.  
<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1141>

Rodrigue V. Rodrigue, Supreme Judicial Court of Maine, 9 de abril de 1997.  
<https://law.justia.com/cases/maine/supreme-court/1997/1997-me-99-0.html>

Sumario del fallo 31 de Marzo de 2010, Id SAIJ: SUQ0025810. *Facultades del juez, interpretación de la ley*.  
<http://www.saij.gob.ar/facultades-juez-interpretacion-ley-suq0025810/123456789-0abc-defg0185-200qsoiramus>

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/295167>